



Le droit de la transition énergétique, une tentative d'identification

Romain Mauger

► To cite this version:

Romain Mauger. Le droit de la transition énergétique, une tentative d'identification. Droit. Université Montpellier, 2017. Français. <NNT : 2017MONTD003>. <tel-01706796>

HAL Id: tel-01706796

<https://theses.hal.science/tel-01706796v1>

Submitted on 12 Feb 2018

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.



HAL Authorization

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par l'Université de Montpellier

**Préparée au sein de l'école doctorale
Droit et Science politique
Et de l'unité de recherche Centre de
Recherches et d'Études Administratives de
Montpellier (CREAM - EA 2038)**

Spécialité : Droit public

Présentée par Monsieur Romain MAUGER

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Soutenue le 8 septembre 2017 devant le jury composé de

Madame la Professeure Claudie BOITEAU, <i>Professeure agrégée de droit public à l'Université Paris Dauphine</i>	Rapporteure
Monsieur le Professeur Philippe TERNEYRE, <i>Professeur agrégé de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour</i>	Rapporteur
Monsieur le Professeur Nicolas KADA, <i>Professeur agrégé de droit public à l'Université de Grenoble-Alpes</i>	Membre
Madame la Professeure Marion UBAUD- BERGERON, <i>Professeure agrégée de droit public à l'Université de Montpellier</i>	Présidente du jury
Madame la Professeure Catherine RIBOT, <i>Professeure agrégée de droit public à l'Université de Montpellier</i>	Directrice de thèse



« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à adresser mes plus profonds remerciements à Mme la professeure Catherine RIBOT pour avoir accepté de diriger cette thèse et m'avoir ensuite soutenu durant sa rédaction, parfois malgré la distance. Qu'elle sache que j'ai beaucoup apprécié la grande liberté qu'elle m'a laissé tout en m'incitant à approfondir mes recherches quand nécessaire.

Mes remerciements vont également aux membres du jury pour m'avoir fait l'honneur d'accepter de lire le résultat de ces travaux. Puissent-ils y trouver autant d'intérêt que j'en ai eu durant cet ouvrage.

Que l'équipe d'Erelia, et tout spécialement les Montpelliérains, trouvent en ces lignes l'expression de ma gratitude pour l'expérience professionnelle et éthique qu'ils m'ont permis d'acquérir, le tout dans la bonne humeur.

I would also like to express my sincere gratitude to profs Willemien DU PLESSIS, Anél DU PLESSIS, prof Louis KOTZE, prof Stephen DE LA HARPE, prof Nicola SMIT and all the staff of the Faculty of Law of the North-West University, Potchefstroom campus, for their warm welcome, their trust and their strong support. May they know that they played a key role in the early years of my quest for academic accomplishment.

Bien évidemment, j'adresse ici mes remerciements à ma famille pour leur aide et leur écoute. Je ne pouvais pas ne pas mentionner Gilles, pour les longues heures de relecture qu'il a bien voulu consacrer à ma thèse. Sans oublier mes amis, qui n'ont pas fini d'écouter parler de droit et d'éoliennes !

Y por supuesto, un incommensurable agradecimiento a Paola por estos años de apoyo y estas noches de trabajo.

A Shaun et Angélique

SOMMAIRE

Liste des abréviations	3
Introduction.....	9

Première Partie

L'EDIFICATION D'UN DROIT DEDIE A L'ORGANISATION DE LA TRANSITION ENERGETIQUE ET DE SES INSTITUTIONS

Titre 1^{er} : La naissance du droit de la transition énergétique : un processus long et éclaté.....	35
Chapitre 1 ^{er} : Un processus de création du droit fondé sur la concertation	37
Chapitre 2 nd : L'adoption conflictuelle des (ambitieuses) lois de transition énergétique	91
Titre 2nd : Les institutions et outils de planification renouvelés ou créés par le droit de la transition énergétique : un ensemble à faire vivre.....	164
Chapitre 1 ^{er} : L'articulation juridique des nombreuses institutions créées ou renouvelées par le droit de la transition énergétique.....	166
Chapitre 2 nd : Le droit de la transition énergétique, droit de planification, droit souple par excellence ?	232

Deuxième Partie

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, DE L'ACCOMPAGNEMENT DES EVOLUTIONS TECHNIQUES ET ECONOMIQUES A LA LOGIQUE CITOYENNE

Titre 1^{er} : Un droit promoteur ou un droit destructeur ?	304
Chapitre 1 ^{er} : L'encadrement juridique chaotique de l'éolien et du photovoltaïque, un droit de la transition énergétique contradictoire ?	306
Chapitre 2 nd : Les complexités juridiques parallèles de la réduction du nucléaire et du développement des réseaux électriques intelligents	376
Titre 2nd : L'expansion d'un droit de la transition énergétique à la recherche de ses racines	448
Chapitre 1 ^{er} : Droit et contentieux des modes de soutien au développement des énergies renouvelables, l'aspect économique central du droit de la transition énergétique	450
Chapitre 2 nd : La construction d'un droit de la transition énergétique par et pour les citoyens	517
CONCLUSION GENERALE	581
BIBLIOGRAPHIE	585
INDEX THEMATIQUE	668
INDEX DES TABLES ET FIGURES	674
TABLE DES MATIERES	676

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

LISTE DES ABREVIATIONS

§	paragraphe
AAI	Autorité administrative indépendante
AdCF	Assemblée des Communautés de France
ADEeF	Association des Distributeurs d'Electricité en France
ADEME	Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie
AFDEN	Association Française de Droit de l'Energie
Aff.	Affaire
AIE	Agence internationale de l'énergie / IEA - <i>International Energy Agency</i>
AJCT	Actualité juridique des collectivités territoriales
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
AJDI	Actualité juridique du droit immobilier
al.	alinéa
ALUR	Accès au logement et un urbanisme rénové (loi)
AMF	Association des maires de France / Autorité des marchés financiers
ANFR	Agence nationale des fréquences
AOD	Autorité organisatrice d'un réseau public de distribution
APVF	Association des Petites Villes de France
ARCEP	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
ARENH	Accès régulé à l'électricité nucléaire historique
ARS	Agence régionale de santé
Art.	Article
ASN	Autorité de sûreté nucléaire
Ass.	Assemblée
BDFC	Bulletin des conclusions fiscales
BNEF	<i>Bloomberg new energy finance</i>
BverfG	<i>Bundesverwaltungsgericht</i> (Cour constitutionnelle allemande)
C. Ener.	Code de l'énergie
C. Env.	Code l'environnement
C. Urb.	Code de l'urbanisme
CA	Cour d'Appel
CAA	Cour Administrative d'Appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CAS	Compte d'affectation spéciale
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass.	Cour de Cassation
Cass. Com.	Cour de Cassation Chambre commerciale
CCE	Contribution climat-énergie
CCG	Cycle combiné gaz
CCNUCC	Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques
CDC	Caisse des dépôts et consignations
CE	Conseil d'Etat
CEA	Commissariat à l'énergie atomique
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEER	<i>Council of European Energy Regulators</i> / Conseil des régulateurs européens de l'énergie
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CESE	Conseil économique, social et environnemental

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

CETE	Comité d'experts pour la transition énergétique
Cf.	voir
CFE	Cotisation foncière des entreprises
CGAAER	Conseil général de l'Alimentation, de l'Agriculture et des Espaces ruraux
CGCSPE	Comité de gestion de la contribution au service public de l'électricité
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGDD	Commissariat général au développement durable
CGEDD	Conseil général de l'Environnement et du Développement durable
CGEFi	Contrôle général Economique et Financier
CGEIET	Conseil général de l'Economie, de l'Industrie, de l'Energie et des Technologies
CGP	Commissariat général au plan
Chap.	Chapitre
CIFRE	Convention Industrielle de Formation par la Recherche
CIGALES	Clubs d'Investisseurs pour une Gestion Alternative et Locale de l'Épargne Solidaire
CIGEO	Centre industriel de stockage géologique
CIMAP	Comité interministériel pour la modernisation de l'action publique
CIP	Conseiller en investissements participatifs
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CLER	Comité de liaison énergies renouvelables
CMP	Commission mixte paritaire
CNDDGE	Comité national du développement durable et du Grenelle de l'environnement
CNDP	Commission nationale du débat public
CNEN	Conseil national d'évaluation des normes
CNI	Conseil national de l'industrie
CNIID	Centre National d'Information Indépendante sur les Déchets
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNTE	Conseil national de la transition écologique
CO ₂	Dioxyde de carbone
Cons.	Considérant
COP	<i>Conference of the Parties</i>
CoRDiS	Comité de règlement des différends et des sanctions
CPUC	<i>California Public Utilities Commission</i>
CRE	Commission de régulation de l'énergie
CSDPE	Comité du système de distribution publique d'électricité
CSE	Conseil supérieur de l'énergie
CSPE	Contribution au service public de l'électricité
CVAE	Cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises
DALO	Droit au logement opposable (loi)
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DGEC	Direction générale de l'énergie et du climat
DGF	Dotation globale de fonctionnement
DGPR	Direction générale de la prévention des risques
Dir./dirs.	Directeur/directeurs
DNN	Distributeurs non nationalisés
DNTE	Débat national sur la transition énergétique
DREAL	Direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

éd.	Edition
EEG	<i>Erneuerbare-Energien-Gesetz</i> « loi sur les énergies renouvelables » (loi - Allemagne)
EGMDE	Etats généraux de modernisation du droit de l'environnement
ELD	Entreprise locale de distribution
ENLR	<i>European Networks Law & Regulation Quarterly</i>
EPCI	Etablissement public de coopération intercommunale
EPIC	Etablissement public à caractère industriel et commercial
EPL	Entreprise publique locale
EPR	<i>European Pressurized Reactor</i>
ERC	Eviter – réduire – compenser
ESUS	Entreprise solidaire d'utilité sociale
EWEA	<i>European wind energy association</i>
FEE	France Energie Eolienne
FiP	<i>Feed-in-Premium</i>
FiT	<i>Feed-in-Tariff</i>
FNE	France Nature Environnement
FSL	Fonds de solidarité pour le logement
FSPPE	Fonds du service public de la production d'électricité
GAJA	Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
GIEC	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
GRD	Gestionnaires des réseaux publics de distribution
GRT	Gestionnaire du réseau public de transport
GW	Gigawatt
GWEC	<i>Global wind energy council</i>
HAS	Haute Autorité de santé
IBA	<i>International Bar Association</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
ICPE	Installations classées pour la protection de l'environnement
<i>Id.</i>	<i>Idem</i>
IDDDRI	Institut du développement durable et des relations internationales
IFER	Imposition forfaitaire sur les entreprises de réseaux
IFP	Intermédiaire en financement participatif
IGA	Inspection générale de l'Administration
IIDD	Institut international du développement durable
INPI	Institut national de la propriété industrielle
Insee	Institut national de la statistique et des études économiques
IRENA	<i>International Renewable Energy Agency</i>
ISEP	<i>Institute for Sustainable Energy Policies</i>
JCP A	La semaine juridique, édition Administration et collectivités territoriales
JCP G	La semaine juridique, édition Générale
kW	Kilowatt
kWc	Kilowatt-crête
kWh	Kilowatt-heure
LCOE	<i>Levelised cost of electricity</i>
LEMA	Loi sur l'eau et les milieux aquatiques
LFI	Loi de finances initiale
LFR	Loi de finances rectificative
LOF	Loi d'orientation foncière
LOLF	Loi organique relative aux lois de finances

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

LPO	Ligue pour la protection des oiseaux
MAPAM	Modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (loi)
MDE	Maîtrise de la demande d'énergie
MW	Mégawatt
MWc	Mégawatt-crête
MWh	Mégawatt-heure
n°	Numéro
NIMBY	<i>Not in my Backyard</i>
NOME	Nouvelle organisation du marché de l'électricité (loi)
NOTR(e)	Nouvelle organisation territoriale de la République (loi)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODD	Objectif de développement durable
OFATE	Office franco-allemand pour la transition énergétique
ONG	Organisation non gouvernementale
OPTF	Offre au public de titres financiers
OVC	Objectif à valeur constitutionnelle
p./pp.	page/pages
P2G	<i>Power-to-gas</i>
PAUC	Parties actuellement urbanisées de la commune
PCAET	Plan climat air énergie territoire
PCET	Plan climat énergie territoire
PDU	Plan de déplacements urbains
PLU	Plan local d'urbanisme
PLUi	Plan local d'urbanisme intercommunal
PNR	Parc naturel régional
POPE	Programmation fixant les orientations de la politique énergétique (loi)
POS	Plan d'occupation des sols
PPA	Plan de protection de l'atmosphère
PPE	Programmation pluriannuelle de l'énergie
PPP	Partenariat public-privé
PSI	Prestataire de services d'investissement
pt.	Point
PV	Photovoltaïque
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RAC	Réseau Action Climat
RCT	Réforme des collectivités territoriales (loi)
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue de droit public et de la science juridique en France et à l'étranger
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Ren21	<i>Renewable Energy Policy Network for the 21st Century</i>
Rev. UE	Revue de l'Union européenne
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RJE	Revue juridique de l'environnement
RJEP	Revue juridique de l'entreprise publique
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RNU	Règlement national d'urbanisme

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

s.	et suivant (es)
S3RENR	Schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SCIC	Société coopérative d'intérêt collectif
SCoT	Schéma de cohérence territoriale
Sect.	Section
SEM	Société d'économie mixte
SEMH	Société d'économie mixte hydroélectrique
SEMOP	Société d'économie mixte à opération unique
SER	Syndicat des énergies renouvelables
SGMAP	Secrétariat Général pour la Modernisation de l'Action Publique
SIL	Schéma interrégional du littoral
SIM	Schéma interrégional de massif
SNBC	Stratégie nationale bas-carbone
SNSM	Société nationale de secours en mer
SNTEDD	Stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable
SPL	Société publique locale
SRADDET	Schéma d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires
SRADT	Schéma régional d'aménagement et de développement du territoire
SRC	Schéma régional des carrières
SRCAE	Schéma régional climat-air-énergie
SRCE	Schéma régional de cohérence écologique
SRE	Schéma régional éolien
SRIT	Schéma régional des infrastructures de transport
SRI	Schéma régional de l'intermodalité
SRU	Solidarité et au renouvellement urbain (Loi relative à la)
STEP	Station de transfert d'énergie par pompage
TA	Tribunal Administratif
TC	Tribunal des Conflits
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TEPCV	Territoire à énergie positive pour la croissance verte
TEPos	Territoire à énergie positive
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
THT	Très haute tension (lignes électriques)
TICC	Taxe intérieure sur les houilles, les lignites et les cokes
TICFE	Taxe intérieure sur la consommation finale d'électricité
TICGN	Taxe intérieure sur la consommation de gaz naturel
TIPE	Taxe intérieure sur les produits énergétiques
TRI	Taux de rentabilité interne
TUE	Traité sur l'Union européenne
TURPE	Tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité
UE	Union européenne
UFE	Union Française de l'Electricité
UTS:ISF	<i>University of Technology Sydney : Institute for a Sustainable Future</i>
Vol.	Volume
ZDE	Zone de Développement de l'Eolien

INTRODUCTION

« *Le droit est plus grand que la règle de droit.* »

Jean Carbonnier, « Droit et non-droit »,
Flexible droit, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 22.

Le changement climatique est le défi majeur du XXI^e siècle auquel est confronté l'ensemble de la population mondiale. Afin d'en atténuer les risques et les conséquences, de s'y adapter en tant que de besoin et de tenter de réparer les dommages produits, la communauté internationale a fait montre d'une préoccupation croissante (bien qu'inégale selon les périodes et les Etats) pour ce sujet. La prise en compte des « *changements du climat de la planète et [de] leurs effets néfastes [...] pour l'humanité tout entière* »¹ est ainsi officielle depuis le Sommet de la Terre, tenu à Rio de Janeiro en 1992². L'une des trois conventions adoptées à cette occasion³ n'est autre que la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), entrée en vigueur en 1994⁴. La « *préoccupation* » pour le rôle de l'activité humaine dans la concentration de gaz à effet de serre, renforçant l'effet de serre naturel et allant résulter en un réchauffement planétaire dangereux pour les écosystèmes naturels et l'humanité, y est affirmée dès le préambule⁵. Son objectif ultime est alors logiquement de « *stabiliser [...] les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique* »⁶. Des *Conferences of the Parties* (COP) qui suivront, résulteront notamment le protocole de Kyoto et le déjà célèbre Accord de Paris. S'agissant du protocole de Kyoto, adopté en décembre 1997 et entré en vigueur en 2005⁷, il vise à réduire sur la période 2008-2012 de 5% les émissions de gaz à effet de serre des pays développés par rapport au niveau de 1990⁸. A Doha, en 2012, le mécanisme est amendé et étendu jusqu'à

¹ Nations Unies, *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, entrée en vigueur le 21 mars 1994, préambule, § 1.

² Pour une histoire résumée des négociations climatiques internationales, cf. *Vie-publique*, « Le débat sur le climat depuis le sommet de la terre à Rio (1992 - 2016) », 20 jan. 2017, consulté le 22 juin 2017 [<http://www.vie-publique.fr/chronologie/chronos-thematiques/debat-climat-rio-1992-rio-20-2012.html>].

³ Aux côtés de la Convention sur la diversité biologique et de la Convention sur la lutte contre la désertification.

⁴ Nations Unies, *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, entrée en vigueur le 21 mars 1994.

⁵ *Id.*, préambule, § 2.

⁶ *Id.*, art. 2.

⁷ Nations Unies, *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, entré en vigueur le 16 fév. 2005.

⁸ *Id.*, art. 3, 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2020 en portant ces objectifs à au moins 18% de réduction des émissions d'ici là⁹. Concernant l'Accord de Paris, issu de la COP 21 tenue dans la capitale Française en novembre-décembre 2015¹⁰, il résulta en un régime global et commun (incluant donc également les pays en développement) fondé sur des intentions nationales volontaires de réduction des émissions de gaz à effet de serre¹¹, avec en ligne de mire un objectif de limitation de la hausse de la température à la surface de l'atmosphère terrestre « *nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels et en poursuivant l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5 °C* »¹².

L'Union européenne, longtemps « *aux avant-postes de la lutte contre les changements climatiques, par sa participation à l'action internationale comme par ses mesures propres* », a fixé des objectifs de réduction de ces mêmes gaz au sein de sa politique énergétique, en faisant l'un des moteurs et objectifs. Ainsi, en 2007, le Conseil européen décida d'engager fermement l'Union européenne vers une réduction de ses émissions de gaz à effet de serre d'au moins 20% en 2020 par rapport à 1990¹³. En 2014, la même institution releva cet engagement à 40% pour 2030¹⁴. Toutefois, la doctrine n'a pas manqué de relever et critiquer la « *grande discrétion* » de l'Union européenne lors des dernières négociations internationales, tranchant avec son ancien statut de meneur exemplaire lors de la décennie précédente¹⁵.

Enfin, au niveau national, les objectifs découlant des négociations internationales et surtout de la Communauté puis de l'Union européenne, ont été transposés dans la lettre de la politique énergétique française, *via* en particulier la loi dite Grenelle I¹⁶ puis, plus récemment la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte¹⁷. Ce souci du changement climatique constitue depuis lors l'une des principales motivations à ce qui est nommé la transition énergétique, cœur de cette étude.

⁹ Nations Unies, *Amendement de Doha au Protocole de Kyoto*, Décision 1/CMP.8, doc. FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, 28 fév. 2013, art. 1, C. § 1 bis de l'article 3.

¹⁰ *Vie-publique*, « Le débat sur le climat depuis le sommet de la terre à Rio (1992 - 2016) », 20 jan. 2017, consulté le 22 juin 2017 [<http://www.vie-publique.fr/chronologie/chronos-thematiques/debat-climat-rio-1992-rio-20-2012.html>].

¹¹ Nations Unies, *Accord de Paris*, entré en vigueur le 4 nov. 2016.

¹² *Id.*, art. 2, 1. a).

¹³ Conseil de l'Union européenne, *Conclusions de la présidence du Conseil européen de Bruxelles (8 et 9 mars 2007)*, 7224/1/07, 2 mai 2007, I. 32.

¹⁴ Conseil de l'Union européenne, *Conclusions sur le cadre d'action en matière de climat et d'énergie à l'horizon 2030 (23 et 24 octobre 2014)*, SN 79/14, 23 oct. 2014, I. 2.

¹⁵ Patrick THIEFFRY, « Chronique Droit européen de l'environnement - L'accord de Paris ou l'abandon de la politique d'exemplarité en matière de lutte contre les changements climatiques », *RTD Eur.*, 2016, p. 466.

¹⁶ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, art. 2, I.

¹⁷ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 1, III.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

I. Terminologie et fondements de l'émergence d'un cadre juridique de la transition énergétique

Toute étude juridique se doit de commencer par définir son objet. C'est donc ce à quoi nous nous attacherons dans un premier temps avec la définition des principaux termes usés, avant de nous pencher sur l'histoire des transitions énergétiques et sur celle du droit de l'énergie, afin d'aborder sur des bases satisfaisantes l'étude du droit de la transition énergétique.

A) Définition des termes

Les termes essentiels de l'objet de l'étude entre les mains du lecteur ne sont autres que ceux d'énergie et de transition énergétique. Ci-dessous sont fournis des éléments en permettant une meilleure compréhension.

1) L'énergie

Le mot énergie provient du grec ἐνέργεια (energeia), qu'il est possible de traduire par la « *force en action* ». Ainsi que nous le rappelle le professeur Krolik, il caractérise un changement d'état de la matière¹⁸, soit une transition d'un état à un autre.

Son importance dans les sociétés humaines contemporaines est de premier ordre :

« L'énergie est un vecteur. Elle permet de passer du froid à la chaleur, de l'obscurité à la lumière, de l'immobilisme au mouvement et vice-versa. Elle se manifeste couramment dans l'éclairage, le chauffage, le transport, l'agriculture mécanisée, le fonctionnement des appareils électroniques, etc. Elle anime les personnes et les choses, elle les transforme. Rien n'est possible sans énergie »¹⁹.

Les conditions de son accès et de sa qualité ont un impact direct sur la qualité de vie, ce qui d'ailleurs en fait le thème central de certains romans de science-fiction, dont la fameuse dystopie de René Barjavel, *Ravage*²⁰. La disparition soudaine de l'électricité dans la France de 2052 y provoque alors l'effondrement brutal de la civilisation existante.

Pour Laurence Raineau, « [l]'énergie n'est pas une simple "variable" alimentant un système technique, mais engage les institutions, les systèmes politiques, économiques et sociaux. Le choix d'une source d'énergie est pour cela aussi un choix de société »²¹. L'énergie (au sens sociétal) est alors plus que l'énergie (au sens physique). Les implications de sa provenance et de ses usages, notamment, sont très larges et touchent l'ensemble de notre système.

¹⁸ Christophe KROLIK, « Du mouvement naturel à la production énergétique », *RJE*, n° 4, 2016, p. 709.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ René BARJAVEL, *Ravage*, Denoël, 1943.

²¹ Laurence RAINEAU, « Vers une transition énergétique ? », *Natures Sciences Sociétés*, 2011, vol. 19, p. 133.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Au plan juridique, si « *l'énergie est généralement appréhendée comme une marchandise* »²², les développements réservés à son droit quelques paragraphes plus bas²³ montrent également que son saisissement par le droit est plus large que sous l'angle de la seule question mercantile.

2) La transition énergétique

Pour définir la transition énergétique, il faut d'abord s'enquérir du sens du terme de transition. Venant du latin *transire*, il signifie « *aller au-delà* ». Pour Blanche Lormeteau, il « *désigne le passage d'un état à un autre, [...] le mouvement vers l'ailleurs* »²⁴, nous rappelant ainsi la définition du terme d'énergie par le professeur Krolik vu à la page précédente. Le philosophe Patrick Viveret ajoute qu'il s'agit d'un « *terme dynamique, même s'il ne caractérise pas la nature du point d'arrivée* »²⁵. Un terme qui qualifie donc un mouvement, mais sans en préciser le but, la direction. Il ne précise pas non plus le rythme et les étapes de ce mouvement, pouvant prendre la forme d'un « *processus linéaire et progressif, comme au contraire intégrer un certain nombre de transformations radicales* »²⁶. Il autorise donc une certaine flexibilité, pour être positif, tout comme il peut être dit « *insuffisant, imprécis* »²⁷, voire qualifié de « *mot-valise* »²⁸, pour être plus critique. Toutefois, la définition retenue par le Commissariat général au développement durable postule « *un processus de transformation au cours duquel un système passe d'un régime d'équilibre à un autre* »²⁹, et ce par le biais d'une « *mutation à la fois progressive et profonde des modèles de société sur le long terme* »³⁰. Cette version se veut un peu plus précise quant à son point d'arrivée et donc plus rassurante, également du fait que dans ce cas le chemin est annoncé « *progressif et profond* », donc excluant ou reléguant au second plan les ruptures.

Dans le champ politique, son utilisation s'est répandue comme une traînée de poudre, selon Patrick Viveret depuis « *le pacte écologique de Nicolas Hulot* »³¹ (quand bien même dans l'ouvrage en question il est davantage question du vocable de *mutation* qui en est cependant

²² Christophe KROLIK, « Du mouvement naturel ... », *cit.*, 2016, p. 708.

²³ Cf. Introduction, I) B) 2).

²⁴ Blanche LORMETEAU, « La validation par le Conseil constitutionnel de la méthode de transition comme principe directeur de l'action publique dans le champ de l'énergie », *Constitutions*, 2015, p. 607.

²⁵ Maxime JAGLIN, « Le mot transition est un terme imprécis et insuffisant », *Libération*, 26 août 2014, consulté le 22 juin 2017 [http://www.liberation.fr/france/2014/08/26/le-mot-transition-est-un-terme-imprecis-et-insuffisant_1087459].

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Arnaud GOSSEMENT, « Du Grenelle de l'environnement au Conseil national de la transition écologique », *Gossement Avocats*, 18 août 2013, consulté le 22 juin 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2013/08/18/publication-du-decret-n-2013-753-du-16-aout-2013-relatif-au.html>].

²⁹ *Dictionnaire de la pensée écologique*, Dominique BOURG, Alain PAPAUX (dirs.), PUF, 2015, entrée « Transition ».

³⁰ Léa BOISSONADE, « La transition, Analyse d'un concept », Commissariat général au développement durable, juin 2017, p. 1.

³¹ Maxime JAGLIN, « Le mot transition est un terme imprécis et insuffisant », *cit.*, 26 août 2014, en référence à Nicolas HULOT, *Pour un pacte écologique*, Calmann-Lévy, 2006.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

fort proche). Son « *institutionnalisation* »³² viendra avec le décret d'attribution n° 2017-1071 du 24 mai 2017, détaillant les compétences du ministre d'Etat, ministre de la transition écologique et solidaire³³, quand bien même il avait déjà intégré officiellement le champ des compétences du ministère de l'Environnement depuis 2014³⁴.

Une fois qu'y est adjoint le sujet de l'énergie, la transition prend un tour spécifique, fondé sur un processus technique. Pour Pierre Sablière, elle désigne :

« [L]e passage, à terme, des énergies non renouvelables (pétrole, charbon, gaz, uranium) aux énergies renouvelables (éolien, solaire, biomasse,...) pouvant s'accompagner d'une réduction des émissions de gaz à effet de serre, d'une réduction des risques environnementaux et d'une réduction des pollutions et déchets dangereux. Mais cette transition suppose également une réduction des besoins énergétiques en amont en augmentant l'efficacité des équipements et de leurs usages (bâtiments sobres en énergie, rénovation des bâtiments existants, appareils électriques plus efficaces,...) »³⁵.

La transition énergétique, en ce sens, semble donc être surtout et avant tout un processus visant à se défaire de l'usage des sources d'énergie fossile pour aller vers celles d'énergie renouvelable, entraînant des changements connexes ou potentiels dans l'ensemble du secteur énergétique, mais aussi de l'environnement et de la santé publique.

Mais la transition énergétique n'est-elle qu'un processus technique ? A cette question, Patrick Viveret répond clairement qu'elle va plus loin que cela en avançant que « [l]'enjeu est de mettre en place une transition sociétale et pas simplement énergétique ou même écologique »³⁶. Or, si cette transition recouvre une dimension sociétale, alors le droit doit nécessairement s'y intéresser afin de l'appréhender, au bénéfice de la société qu'il régule. Le Commissariat général au développement durable relève également que si « *les transitions systémiques ne peuvent être complètement contrôlées, il est possible de les faciliter et de les orienter* », ce qui est le rôle des pouvoirs publics par le biais du droit notamment³⁷.

Tout d'abord, Hugues Hellio rappelle que mis à part pour son caractère énergétique, le concept de transition n'est pas nouveau pour le droit. De fait, il apparaît dans certains Codes. Pourtant, il n'a pas de signification juridique définie alors que l'époque actuelle constitue le renouveau de cette notion dans le droit français. Toujours selon lui, le droit de la transition, c'est un corpus juridique mis en place pour l'exécuter³⁸. Ensuite, pour revenir au concept de la transition énergétique, selon Maître Barthélemy et M. Laurent Vidal, « [l]e droit constitue

³² Léa BOISSONADE, « La transition, Analyse d'un concept », *cit.*, juin 2017, p. 1.

³³ Décret n° 2017-1071 du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre d'Etat, ministre de la transition écologique et solidaire.

³⁴ Décret n° 2014-401 du 16 avril 2014 relatif aux attributions du ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, art. 1.

³⁵ Pierre SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz, 2013, p. 46.

³⁶ Maxime JAGLIN, « Le mot transition est un terme imprécis et insuffisant », *cit.*, 26 août 2014.

³⁷ Léa BOISSONADE, « La transition, Analyse d'un concept », *cit.*, juin 2017, pp. 1 – 2.

³⁸ Hugues HELLIO, « Les dynamiques du droit de transition », Colloque *Penser et mettre en œuvre les transitions écologiques*, 24 et 25 septembre 2015, Faculté de droit et sciences politiques de Nantes.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

[...] *l'instrument privilégié, en France comme en Europe, de la "transition énergétique" »*³⁹. Les deux domaines semblent donc fortement liés, le premier permettant la réalisation du second. Enfin, selon Blanche Lormeteau, la transition énergétique désigne une méthode qui a été validée par le Conseil constitutionnel lors de son examen de la loi-phare de ce processus⁴⁰ :

*« Dans son contrôle, le Conseil constitutionnel valide systématiquement le lien entre ces outils de transition et la lutte contre le dérèglement climatique. Ce faisant, il entérine la méthode de transition énergétique, en reprenant l'articulation entre transition et croissance : l'ensemble des activités économiques intègre les enjeux de la politique énergétique, et doit être tourné vers la lutte contre le dérèglement climatique »*⁴¹.

Ainsi, les dispositions particulières et très diverses de la loi de transition énergétique (regardant la diminution de la consommation d'énergie⁴², la lutte contre la pollution de l'air⁴³, ou la diversification du mix énergétique⁴⁴, entre autres) sont justifiées et validées par les Sages de la rue de Montpensier sur le fondement notamment de leur concours à un objectif final, celui de la transition énergétique vers la croissance verte⁴⁵.

Ce travail de thèse s'assoit sur la même logique en postulant que le droit de la transition énergétique provient de manière empirique de l'ensemble des dispositions concrètes ayant pour finalité de faire progresser la transition énergétique, quel que soit leur champ originel et leur Code d'attribution. C'est ce corpus juridique finaliste qui sera l'objet de cette étude.

B) Une brève histoire des transitions énergétiques et du droit de l'énergie

La terminologie étant clarifiée, il nous faut alors aller au-delà des mots et nous intéresser à leur histoire. En l'occurrence, à l'histoire des transitions énergétiques et à celle du droit de l'énergie.

1) Une brève histoire des transitions énergétiques

La transition énergétique actuelle n'est pas la première. Elle semble en réalité constituer la troisième transition énergétique majeure de notre histoire en accompagnant la troisième révolution industrielle chère à Jeremy Rifkin⁴⁶. Les deux premières ont d'abord vu le charbon succéder au bois au cours du XIX^e siècle, avant d'être remplacé ou réduit au profit du pétrole,

³⁹ Christophe BARTHELEMY, Laurent VIDAL, « Le droit de l'énergie – Présentation », *RFDA*, 2017, p. 229.

⁴⁰ CC, 13 août 2015, déc. n° 2015-718 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*.

⁴¹ Blanche LORMETEAU, « La validation par le Conseil constitutionnel ... », *cit.*, 2015, p. 608.

⁴² Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 6.

⁴³ *Id.*, art. 44.

⁴⁴ *Id.*, art. 187.

⁴⁵ La croissance verte est définie dans l'article L. 100-1 modifié du Code de l'énergie comme : « un mode de développement économique respectueux de l'environnement, à la fois sobre et efficace en énergie et en consommation de ressources et de carbone, socialement inclusif, soutenant le potentiel d'innovation et garant de la compétitivité des entreprises ». A noter que proclamer comme objectif la croissance verte résulte assez antinomique au sens où la croissance, en économie, est un processus par définition infini.

⁴⁶ Jeremy RIFKIN, *La troisième révolution industrielle : Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Les Liens qui Libèrent, 2012.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

du gaz et plus tardivement du nucléaire, en accompagnement de l'explosion d'un nouveau vecteur, l'électricité⁴⁷.

Toutefois, les transitions énergétiques ne se résument pas à ces seuls mouvements majeurs des deux derniers siècles, elles forment un sujet plus complexe. Durant au moins cette période mais certainement depuis plus longtemps, la transition énergétique est en fait permanente, sauf qu'elle se produit à des rythmes différents, dans différents points du monde, concernant différents secteurs ou usages de la société. Si elle concerne à première vue la substitution d'une source d'énergie significative par une autre elle peut tout autant concerner une évolution des technologies liées à l'énergie ou des usages de celle-ci⁴⁸. La machine à vapeur est un bon exemple d'une technologie ayant donné lieu à un avant et un après et l'usage des climatiseurs aux Etats Unis est un exemple de changement dans les usages de l'énergie⁴⁹.

S'agissant de leur échelle de temps, il y a des transitions rapides, de quelques années, et des transitions longues, de plus d'un siècle. Comme le démontre le professeur Sovacool, aux Etats-Unis, le pétrole, le gaz naturel et le charbon ont mis entre 70 et plus de 130 ans pour arriver à entre 20 et 25% de part de l'énergie consommée⁵⁰. Pour le nucléaire, cette progression temporelle a été plus réduite, avec seulement 38 ans pour arriver à 20% mais seulement de l'électricité consommée et non du total de l'énergie, deux échelles fort différentes⁵¹. De ses travaux portant sur des transitions de sources et de services énergétiques de 1500 à 1920, Roger Fouquet tire la conclusion que chacune a connu une phase d'innovation de plus de 100 ans suivie d'une phase de diffusion d'environ 50 ans⁵². Ce délai de mise en œuvre de plusieurs décennies, semble assez cohérent avec les projections incluses dans les lois françaises depuis les années 2000 en matière de pénétration des nouvelles énergies renouvelables (hors hydroélectricité) dans le mix électrique⁵³.

Mais il existe aussi des transitions plus rapides, parmi lesquelles le développement de l'électricité nucléaire en France s'inscrit, toujours selon le professeur Sovacool⁵⁴. Ainsi, entre l'annonce du programme électronucléaire en 1974 en réaction au premier choc pétrolier d'octobre 1973, et la construction d'un parc de près de 50 réacteurs en 1989, seulement 15

⁴⁷ Christophe KROLIK, « Du mouvement naturel ... », *cit.*, 2016, p. 709.

⁴⁸ Richard HIRSH, Christopher JONES, « History's contributions to energy research and policy », *Energy Research & Social Science*, n° 1, 2014, p. 110.

⁴⁹ Benjamin K. SOVACOOOL, « How long will it take? Conceptualizing the temporal dynamics of energy transitions », *Energy Research & Social Science*, n° 13, 2016, pp. 208 – 209.

⁵⁰ Benjamin K. SOVACOOOL, « The History and Politics of Energy Transitions – Comparing Contested Views and Finding Common Ground », *The Political Economy of Clean Energy Transitions*, Douglas ARENT *et al.* (dir.), Oxford University Press, 2017, p. 18.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Roger FOUQUET, « The slow search for solutions: Lessons from historical energy transitions by sector and service », *Energy Policy*, 2010, n° 38, p. 6586.

⁵³ Ainsi, l'article 4 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique (dite POPE) fixait à 21% l'objectif de part des énergies renouvelables dans le mix électrique de 2010. 10 ans plus tard, l'article 1, III de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte fixe cet objectif à 40% pour 2030.

⁵⁴ Benjamin K. SOVACOOOL, « The History and Politics of Energy Transitions ... », *The Political Economy of Clean Energy Transitions*, *cit.*, 2017, p. 27.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

années s'écouleront, pour à l'arriver générer une écrasante majorité de l'électricité consommée dans l'hexagone⁵⁵. Mais il est à noter qu'une transition énergétique d'une telle ampleur a été rendue possible par son organisation particulière, de manière pyramidale, avec les moyens conséquents de l'EDF d'alors et bénéficiant d'une grande stabilité réglementaire⁵⁶. Ce qui renforce la perception que les transitions rapides sont des anomalies bien plus que la norme, limitées à un contexte bien particulier⁵⁷. Au surplus, comme nous le verrons plus loin dans cette thèse, ce contexte favorable n'est pas le propre de la transition énergétique actuelle en direction des énergies renouvelables, surtout en ce qui concerne la stabilité du droit applicable⁵⁸. Nonobstant, en conclusion de son étude, le professeur Sovacool estime qu'étant donnée la somme de connaissance accumulée aujourd'hui, dans le secteur de l'énergie mais pas seulement, la transition vers un système reposant de manière croissante sur les énergies renouvelables ne devrait pas prendre un siècle⁵⁹, ou à tout le moins, pas du fait de blocages technologiques.

A la différence des transitions énergétiques précédentes, celle dans laquelle nous sommes actuellement n'est pas motivée par l'idée de progrès technologique et d'accès à une source d'énergie présumée (à tort jusqu'à présent) illimitée⁶⁰. Cette transition est différente parce qu'elle est forcée par les limites des énergies utilisées, et de manière plus pressante encore, par les limites de l'écosystème terrestre :

« L'énergie n'est plus ce qu'elle était. L'irruption de la crise écologique et climatique à la fin du siècle dernier, qui fait désormais peser des menaces inédites sur les sociétés humaines, et la diminution avérée des stocks d'hydrocarbures conventionnels dans le monde ont contraint à envisager la redéfinition de la nature, des usages et des modes d'appropriation sociale de l'énergie »⁶¹.

Cette tentative de séparation d'avec un système énergétique insoutenable⁶² pose alors la question du système non seulement énergétique mais de tous les aspects économiques, sociaux et environnementaux qui sont directement liés à celui vers lequel nous nous dirigeons. C'est la question de la transition énergétique souhaitée. Or, il semble qu'il existe deux principales voies vers deux modèles de société fondés sur une utilisation de l'énergie bien différente. Soit il s'agit d'une mutation du paradigme existant à ce jour, tout en en gardant l'organisation largement verticale mais en intégrant tant bien que mal à ce modèle

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Arnulf GRUBLER, « The costs of the French nuclear scale-up: A case of negative learning by doing », *Energy Policy*, n° 38, 2010, p. 5185.

⁵⁷ Benjamin K. SOVACOO, « The History and Politics of Energy Transitions ... », *The Political Economy of Clean Energy Transitions*, cit., 2017, p. 17.

⁵⁸ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2.

⁵⁹ Benjamin K. SOVACOO, « The History and Politics of Energy Transitions ... », *The Political Economy of Clean Energy Transitions*, cit., 2017, p. 29.

⁶⁰ Benjamin K. SOVACOO, Brent BROSSMANN, « The rhetorical fantasy of energy transitions: implications for energy policy and analysis », *Technology Analysis & Strategic Management*, vol. 26, n° 7, 2014, p. 837.

⁶¹ *La transition énergétique en chantier. Les configurations institutionnelles et territoriales de l'énergie*, Marie-José FORTIN, Yann FOURNIS, François L'ITALIEN (dirs.), Presses de l'université Laval, 2016, p. 1.

⁶² Arnulf GRUBLER, « Energy transitions research: Insights and cautionary tales », *Energy Policy*, n° 50, 2012, p. 8.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

centralisé une part de sources d'énergie renouvelable croissante. Soit il s'agit de remettre en cause cette structure et de se diriger vers un modèle beaucoup plus décentralisé et horizontal⁶³. Laurence Raineau parle alors de « *transition vers un paradigme énergétique alternatif* »⁶⁴, entraînée par le développement des sources d'énergie renouvelable dans l'approvisionnement, qui sont davantage qu'une simple solution technique mais peuvent modifier en profondeur les cadres de la société, y compris le droit.

Ce choix à faire est développé depuis les années 1970 dans les écrits d'Amory Lovins sous le nom de *Soft Energy Path* ou *Hard Energy Path*⁶⁵. Le *Hard Energy Path* est la voie qui a été empruntée jusqu'à présent de manière toujours plus approfondie avec chaque transition énergétique, et en particulier celle ayant mené à l'usage prééminent de l'énergie nucléaire. Cette voie est bâtie sur les énergies fossiles et fissile et nécessite une organisation pyramidale non seulement du secteur énergétique mais aussi de la société, avec un Etat puissant et des échelons locaux aux pouvoirs réduits. Elle est en générale peu portée sur la participation des citoyens et peut amener à limiter les libertés publiques pour protéger un système complexe et faillible⁶⁶. A l'inverse, le *Soft Energy Path*, qui déjà s'ouvrait il y a quatre décennies et est plus d'actualité que jamais, repose sur des installations utilisant des sources d'énergie renouvelable inépuisables, préférentiellement de petite taille et très nombreuses, simples de compréhension et d'utilisation, et adaptées aux besoins locaux⁶⁷. Cette deuxième voie permet un changement social marqué, vers un système davantage décentralisé et participatif. Ces éléments sont ou à tout le moins doivent être au cœur de la réflexion et de la rédaction des dispositions juridiques qui encadrent la transition énergétique, frappant notamment mais pas seulement le droit de l'énergie, enfin codifié.

2) Une brève histoire du droit de l'énergie

L'énergie a joué un rôle de longue date dans le droit, et notamment dans le droit administratif. En effet, de nombreuses décisions rendues par le juge administratif ou le Tribunal des conflits, dont certaines passées à la postérité dans les amphithéâtres des facultés de Droit, ont directement trait à l'énergie⁶⁸. Ainsi de l'arrêt du Conseil d'Etat *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, rendu en 1902, concernant la mutabilité des contrats administratifs⁶⁹, ou celui rendu également par le Palais-Royal en 1948, *Société du journal "L'Aurore"*, à propos du principe de non-rétroactivité des actes administratifs⁷⁰. Mais nous ne

⁶³ *La transition énergétique en chantier. Les configurations institutionnelles et territoriales de l'énergie*, Marie-José FORTIN, Yann FOURNIS, François L'ITALIEN (dir.), Presses de l'université Laval, 2016, pp. 2 – 3.

⁶⁴ Laurence RAINEAU, « Vers une transition énergétique ? », *Natures Sciences Sociétés*, 2011, vol. 19, p. 136.

⁶⁵ Cf. Amory LOVINS, « Energy Strategy: The Road not Taken? », *Foreign Affairs*, oct. 1976, pp. 65 – 96 ; ou, Amory LOVINS, *Soft Energy Paths: Toward a Durable Peace*, Harpercollins, 1979.

⁶⁶ Amory LOVINS, *Soft Energy Paths: Toward a Durable Peace*, cit., 1979, pp. 10 – 11.

⁶⁷ Amory LOVINS, « Energy Strategy: The Road not Taken? », cit., oct. 1976, pp. 77 – 78.

⁶⁸ Christophe BARTHELEMY, Laurent VIDAL, « Le droit de l'énergie – Présentation », cit., 2017, p. 229.

⁶⁹ CE, 10 jan. 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, n° 94624. Pour une analyse de l'apport, cf. [<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/10-janvier-1902-Compagnie-nouvelle-du-gaz-de-Deville-les-Rouen>].

⁷⁰ CE, 25 juin 1948, *Société du journal "L'Aurore"*, n° 94511. Pour une analyse de l'apport, cf. [<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/25-juin-1948-Societe-du-journal-L-Aurore>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

nous intéresserons pas tant dans cette étude à l'énergie dans le droit, mais bien plus au droit dans l'énergie, à commencer par le droit de l'énergie.

Pour Laetitia Grammatico, le droit de l'énergie peut se définir comme « *l'ensemble des règles de droit qui accompagne l'exploration, la production, l'importation, l'exploitation (parfois la transformation), le transport, la distribution et l'utilisation des différentes sources d'énergie* »⁷¹. Une définition principalement fondée sur la matérialité de l'énergie, sur son cycle de l'extraction ou la production jusqu'à son usage final. Pour sa part, en 1996, le professeur Adrian Bradbrook définit ce droit comme « *[l'] allocation des droits et devoirs concernant l'exploitation de toute source d'énergie entre les individus, entre les individus et l'Etat, ou entre les Etats* »⁷². Une définition davantage fondée sur les utilisateurs de l'énergie donc. Les deux définitions se complètent ainsi pour prendre en compte les multiples facettes et appréhensions de ce droit.

En France, le droit aura mis très longtemps avant d'organiser celles de ses dispositions qui saisissent l'énergie. Comme le détaille Pierre Sablière, la codification a été envisagée dans un premier temps par l'article 55 d'un décret-loi du 17 juin 1938, dans un deuxième temps par l'article 44 de la loi de nationalisation de l'électricité et du gaz du 8 avril 1946, et dans un troisième temps par une circulaire du Premier ministre en date du 30 mai 1996, pour se solder par un échec à chaque fois⁷³. C'est finalement grâce à la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique (loi dite POPE), et spécifiquement à son article 109 habilitant le Gouvernement à prendre une ordonnance dans les trois ans, délai dépassé mais renouvelé pour 18 mois par l'article 92 de la loi 2009-526 du 12 mai 2009 puis prorogé de 6 mois supplémentaire par l'article 28 la loi 2010-1488 dite NOME, que la partie législative du Code de l'énergie verra le jour, suite à l'adoption de l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie⁷⁴. Ces délais extrêmement longs sont inhabituels, surtout depuis la mise en place en 1989 de la Commission supérieure de codification⁷⁵, qui a pu organiser la production de nombreux codes en un peu plus de 20 ans⁷⁶, dont certains n'auront pris qu'une poignée

⁷¹ Laetitia GRAMMATICO, *Les moyens juridiques du développement énergétique dans le respect de l'environnement en droit français (Recherches sur le droit du développement durable)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p.25.

⁷² Adrian BRADBROOK, « Energy law as an academic discipline », *Journal of Energy and Natural Resources Law*, n° 14, 1996, p. 194. (nous traduisons)

⁷³ Pierre SABLIÈRE, « Quel code pour le droit de l'énergie ? », *AJDA*, 2008, p. 1302.

⁷⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie.

⁷⁵ Décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification.

⁷⁶ Jean-Marc SAUVÉ, « 25 ans de la relance de la codification », Colloque organisé par l'Institut français des sciences administratives, 13 oct. 2013, consulté le 26 juin 2017 [http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/25-ans-de-la-relance-de-la-codification#_ftn2].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

d'années pour voir le jour⁷⁷, et aboutissant à la codification d'« environ 60% des lois et 30% des textes réglementaires en vigueur »⁷⁸.

L'ordonnance de codification de la partie législative du Code de l'énergie tant attendue se révèle toutefois constituer en même temps, de manière inédite, une ordonnance de transposition des textes du 3^e paquet climat-énergie de l'Union européenne⁷⁹. Si cette mesure d'exception permet « d'éviter le contentieux européen »⁸⁰, le délai de transposition arrivant à son terme, elle pose toutefois la question du respect du principe de codification à droit constant, qui consiste à « regrouper les textes applicables, sans les modifier [donnant lieu à] une représentation du droit positif existant, non une recomposition »⁸¹. Dès lors, l'usage fait de l'ordonnance de codification contrarie le rôle du Parlement et empiète sur ses droits⁸². Les ordonnances, utilisées pour codifier massivement et rapidement⁸³, sont en effet en principe prévues pour la rédaction de textes techniques davantage que politiques, or, les dispositions du 3^e paquet entrent dans les deux champs⁸⁴. Ainsi que nous aurons l'occasion de le voir dans le corps de l'étude, ce *modus operandi* n'est pas isolé lorsqu'il s'agit du droit organisant la transition énergétique⁸⁵. En principe, selon Pierre Sablière, le Gouvernement aurait dû procéder en deux temps, en adoptant d'abord le code puis transposant la directive, ou l'inverse, afin de ne pas mélanger les deux et ainsi respecter la « rigueur juridique »⁸⁶.

Bien que saluée par la doctrine⁸⁷, l'adoption de la partie législative du Code de l'énergie en 2011 n'est pas exempte de critiques sur son contenu, ou plutôt ce qui ne fait pas partie de son contenu. Suivant l'adage populaire « dernier arrivé, dernier servi », le Code de l'énergie paye son retard et l'incorporation entre-temps de dispositions qui devraient « naturellement » y figurer dans d'autres codes. Estimées à « plus de trois cents articles (législatifs et réglementaires), concernant très directement l'énergie, [...] accaparés par plus de vingt codes »⁸⁸ par la doctrine, certaines de ces mesures n'y reviendront pas, dont le corpus de règles le plus symbolique n'est autre que la production d'électricité nucléaire. La doctrine en droit de l'énergie est unanime⁸⁹ sur l'absence de logique du périmètre du Code – du fait du

⁷⁷ Cf. par exemple, Philippe TERNEYRE, Jean GOURDOU « L'originalité du processus d'élaboration du code : le point de vue d'universitaires membres du "cercle des experts" et de la Commission supérieure de la codification », *RFDA*, 2016, p. 11.

⁷⁸ Jean-Marc SAUVÉ, « 25 ans de la relance de la codification », *cit.*, 13 oct. 2013.

⁷⁹ Les textes transposés sont disponibles aux visas de l'ordonnance concernée.

⁸⁰ Claudie BOITEAU, « Le code de l'énergie : entre urgence mal contrôlée et choix politique discutable », *AJDA*, 2011, p. 1169.

⁸¹ Guy BRAIBANT, « Problèmes actuels de la codification française », *RFDA*, 1994, p. 663.

⁸² Claudie BOITEAU, « Le code de l'énergie : ... », *cit.*, 2011, p. 1169.

⁸³ Cf. Guy BRAIBANT, « Codification », *RFDA*, 2000, pp. 493 – 496.

⁸⁴ Claudie BOITEAU, « Le code de l'énergie ... », *cit.*, 2011, p. 1169.

⁸⁵ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, I) B) 2) a) ; et section 2, II) A) 2) b).

⁸⁶ Pierre SABLIÈRE, « Un code en manque d'énergie », *AJDA*, 2011, p. 1428.

⁸⁷ *Id.*, p. 1427 ; Claudie BOITEAU, « Le code de l'énergie ... », *cit.*, 2011, p. 1169 ; Christophe KROLIK, « Un code primeur pour la naissance du droit de l'énergie », *RJE*, n° 4, 2011, p. 483.

⁸⁸ Pierre SABLIÈRE, « Un code en manque d'énergie », *cit.*, 2011, p. 1427.

⁸⁹ Pierre SABLIÈRE, « Quel code pour le droit de l'énergie ? », *cit.*, 2008, p. 1303 ; Claudie BOITEAU, « Le code de l'énergie ... », *cit.*, 2011, p. 1169 ; Paquita MORELLET-STEINER, « De la loi du 15 juin 1906 au Code de l'énergie : l'avènement du droit de l'énergie », *RJEP*, jan. 2012, dossier 2, pp. 1 – 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

manque d'arbitrage lors de sa conception, qui lui a valu une partie de son retard⁹⁰ – remplacée par une possible « *préoccupation d'affichage* »⁹¹, en refusant de consacrer un livre du Code de l'énergie à la source produisant de 75 à 80% de l'électricité consommée en France selon les années⁹². Le cas de l'éolien terrestre, régit par le Code de l'environnement, aurait également dû être transféré dans le livre II traitant de « [l]a maîtrise de la demande d'énergie et le développement des énergies renouvelables » ou dans un livre destiné aux énergies renouvelables (incluant l'hydroélectricité)⁹³. En résumé, malgré son enthousiasme, la doctrine ne cache pas sa déception pour un Code (ou une moitié de Code, précisément) qui semble avoir « *quelque peu perdu de vue* » l'objectif de valeur constitutionnelle (OVC) d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, pourtant découvert par le Conseil constitutionnel au sujet de l'entreprise de codification⁹⁴, du fait des arbitrages rendus⁹⁵. Force sera de constater que ce trait de complexité et de perte de lisibilité se transmettra au droit de la transition énergétique⁹⁶.

Toutefois, le Code de l'énergie n'en serait pas un sans la codification de sa partie réglementaire, si vaste en droit de l'énergie⁹⁷, du fait de sa technicité. Quand enfin le décret n° 2015-1823 du 30 décembre 2015 complète le Code de 2011, l'œuvre supposée achevée (du moins jusqu'à son obsolescence très rapide causée par les textes adoptés à un rythme effréné⁹⁸) se voit refuser cet adjectif par la doctrine qui déplore « *la non-incorporation d'un certain nombre de textes réglementaires, [l']absence de clarté concernant] les textes abrogés et, surtout, [l']absence de] codification des arrêtés d'application pourtant indispensable à la compréhension d'un droit éminemment technique* »⁹⁹. Or, bien que la Commission supérieure de codification rappela dans son rapport de 2016 que « *les dispositions issues d'arrêtés n'ont pas vocation à être codifiées* », elle semblait prête à faire une exception dans un « *souci d'exhaustivité* » lorsque ces dispositions revêtent une importance particulière dans un droit¹⁰⁰. Pourquoi pas, alors, pour celui de l'énergie, au vu notamment de son caractère « *sédimentaire* »¹⁰¹, conséquence d'un empilement continu et sans logique apparente. C'était là l'occasion de faire ce pour quoi la codification existe, à savoir « *effectuer une mise en ordre du droit* »¹⁰². Si cela n'aurait pas comblé le manque de philosophie sous-jacente de ce droit, il aurait au moins gagné en accessibilité et lisibilité.

⁹⁰ Commission supérieure de codification, 19^e rapport annuel, 2008, pp. 16 – 17.

⁹¹ Paquita MORELLET-STEINER, « De la loi du 15 juin 1906 au Code de l'énergie ... », *cit.*, jan. 2012, p. 2.

⁹² Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, II) A) 2) a).

⁹³ Pierre SABLIÈRE, « Un code en manque d'énergie », *cit.*, 2011, p. 1430.

⁹⁴ CC, 16 décembre 1999, déc. n° 99-421 DC, cons. 13 ; pour une analyse plus en profondeur, cf. Sophie LAMOUREUX, « La codification ou la démocratisation du droit », *RFDC*, n° 48, 2001, pp. 801 – 824.

⁹⁵ Pierre SABLIÈRE, « Un code en manque d'énergie », *cit.*, 2011, p. 1431.

⁹⁶ Cf. par exemple, Partie 1, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) 1); ou, Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) A) 2).

⁹⁷ Pierre SABLIÈRE, « Quel code pour le droit de l'énergie ? », *cit.*, 2008, p. 1306.

⁹⁸ Pierre SABLIÈRE, « L'adoption, non exempte de critiques, de la partie réglementaire du Code de l'énergie. - (D. n° 2015-1823, 31 déc. 2015) », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, avr. 2016, étude 8, p. 1.

⁹⁹ *Id.*, pp. 1, 4.

¹⁰⁰ Commission supérieure de codification, 27^e rapport annuel, 2016, p. 6.

¹⁰¹ Catherine ROCHE, « Le Code de l'énergie a été adopté », *Revue de l'Énergie*, n° 601, mai-juin 2011, p. 177.

¹⁰² Sophie LAMOUREUX, « La codification ou la démocratisation du droit », *cit.*, 2001, p. 802.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Si « [l]a publication du Code de l'énergie peut être assimilée à l'acte de naissance du droit français de l'énergie » par la mise en exergue de la maturité de son corpus juridique, de la définition de ses limites et de son contenu, la doctrine relève également les lacunes concernant ses fondations théoriques avec « les concepts juridiques, les droits subjectifs et les principes directeurs du droit de l'énergie » étant par trop transparents¹⁰³, et même « manquant de cohérence, d'unité, d'autonomie »¹⁰⁴. Au surplus, les avis divergent en ce que le Code de l'énergie aurait permis de passer réellement d'un droit des énergies à un droit de l'énergie¹⁰⁵, permettant de les faire concourir ensemble à un objectif commun. Or, le droit de la transition énergétique souffre d'un péril semblable concernant ses fondements théoriques, imposant de faire des choix entre les voies évoquées précédemment¹⁰⁶ et de construire son corpus juridique sur ce socle. Enfin, les auteurs mêmes du Code de l'énergie annoté et commenté reconnaissent que le « foisonnement de dispositions nouvelles [...] à l'image de la transformation des usages et des enjeux qui anime aujourd'hui le secteur de l'énergie, [tend parfois à échapper] à son code »¹⁰⁷. Partant, si une partie des dispositions récentes adoptées en matière d'énergie (ne devant donc pas connaître le problème du nucléaire dans le Code de l'environnement pour des raisons historiques) lui échappent, qu'est-ce qui en relève et qu'est-ce qui n'en relève pas ? Il serait né incomplet, et sa phase de croissance connaîtrait d'autres carences ?

C'est à l'appui de ces notions et des questions déjà soulevées que l'étude présente se concentrera sur la constitution et l'identification des caractéristiques du corpus juridique organisant la transition énergétique, contribuant notamment, mais pas seulement à ce que « [l]e Code de l'énergie [soit] résolument un Code écologique »¹⁰⁸.

II. Présentation de l'étude

Les pages qui précèdent ont permis de situer dans le temps mais aussi lexicalement les notions essentielles de cette étude. En sus, elles ont permis de faire ressortir un certain nombre de préoccupations, ou à tout le moins de constats, s'agissant de la philosophie (ou de son absence) qui guide l'édiction du droit de l'énergie et de celle qui doit guider la rédaction du droit de la transition énergétique. Il nous faut alors chercher à situer cette étude et sa méthodologie dans le contexte de la recherche juridique, avant d'annoncer la problématique de la thèse et le plan pour tâcher d'y répondre.

¹⁰³ Christophe KROLIK, « Un code primeur ... », *cit.*, 2011, p. 483.

¹⁰⁴ Philippe TERNEYRE, Claudie BOITEAU, « Existe-t-il un droit de l'énergie ? » *RFDA*, 2017, p. 518.

¹⁰⁵ Cf. par exemple, Pierre SABLIÈRE, « Quel code pour le droit de l'énergie ? », *cit.*, 2008, p. 1304 ; Christophe KROLIK, « Un code primeur ... », *cit.*, 2011, p. 483 ; Christophe KROLIK, « Du mouvement naturel à la production énergétique », *cit.*, 2016, p. 728.

¹⁰⁶ Cf. Introduction, I) B) 1).

¹⁰⁷ Claudie BOITEAU, Gilles LE CHATELIER, *Code de l'énergie 2017, Annoté & commenté*, 4^e éd., Dalloz, 2017, p. VI.

¹⁰⁸ Michel GUÉNAIRE, « 3 questions à Michel Guénaire à propos de la 2e édition du Code de l'énergie », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 6, juin 2016, entretien 1, p. 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

A) Situer cette étude et sa méthodologie dans le contexte de la recherche juridique

Situer l'étude présente requiert deux éléments. Tout d'abord, il faut la situer dans l'état de la recherche passée et actuelle, et ainsi constater qu'elle s'inscrit dans un courant évoluant en parallèle des problématiques énergétiques de la société. Dans un second temps, il s'impose d'apporter des précisions sur la méthodologie, l'intérêt et le cadre de ces travaux, éléments qui seront utiles à la compréhension de la genèse ainsi que du déroulé de ceux-ci.

1) L'état de la recherche

D'après Pierre Sablière, le travail doctrinal en droit de l'énergie n'est pas très développé. A la suite d'une production notable en première moitié du XX^e siècle concernant notamment l'hydroélectricité¹⁰⁹, il a fallu attendre les années 1990 et surtout 2000 pour voir un regain d'intérêt pour cette matière, sous différents angles. Nous verrons alors les orientations que prend cette nouvelle vague dans les travaux de thèse, les ouvrages ou les revues juridiques dédiées, afin d'y inscrire nos travaux.

Les travaux de thèse en droit concernant directement l'énergie ont connu au cours des 30 dernières années plusieurs époques avec leurs intérêts ou leurs manières d'appréhender un sujet. D'une recherche par mots-clés¹¹⁰, nous pouvons dégager de cette période 5 angles principaux de recherche sur le droit de l'énergie, qui s'étalent en général sur une décennie et correspondent aux problématiques énergétiques de la société d'alors, avec cependant quelques travaux décalés dans le temps. Enfin, un sixième angle de recherche est en cours d'ouverture.

Premièrement, de la fin des années 1980 à la fin des années 1990, l'étude du droit de l'énergie est marquée par des thèses liant droit et nucléaire, sous l'angle du développement de cette énergie, avec les travaux de Jean-Marc Lorach¹¹¹, Anne-Sophie Millet¹¹², ou Laurence Virot¹¹³. Nous signalerons les travaux d'Alexandre Fronsacq¹¹⁴, qui traitaient en 1999 de la sûreté des centrales nucléaires, pouvant alors être classifiés dans cette catégorie ou dans celle d'une époque plus tardive concentrée davantage sur les préoccupations causées par le nucléaire. Ce corpus de recherche correspond assez bien à l'époque de construction de son hégémonie sur l'approvisionnement en électricité hexagonale¹¹⁵.

¹⁰⁹ Pierre SABLIÈRE, *Droit de l'énergie*, cit., 2013, p. 15.

¹¹⁰ Ces recherches ont été effectuées sur la page internet *theses.fr*, à l'aide des mots-clés : « énergie », « énergie renouvelable », « transition énergétique » puis « droit de l'énergie » et en sélectionnant les catégories « droit public », « droit » et « droit privé ».

¹¹¹ Jean-Marc LORACH, *Aspects politiques, juridiques et sociaux de la collaboration européenne en matière d'établissements nucléaires industriels : le cas des centrales de Chooz, du surgénérateur Superphénix et de l'usine d'enrichissement Eurodif*, Université Robert Schuman, 1987.

¹¹² Anne-Sophie MILLET, *L'invention d'un système juridique : nucléaire et droit*, Université de Nice, 1991.

¹¹³ Laurence VIROT, *L'évolution du droit nucléaire*, Université de Nice, 2000.

¹¹⁴ Alexandre FRONSACQ, *La sûreté des centrales nucléaires : approche juridique de la sûreté des centrales nucléaires de production d'électricité*, Université Paris 1, 1999.

¹¹⁵ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, I) A) 2) b).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Deuxièmement, au début des années 2000, le droit de l'énergie est étudié sous l'angle de la protection de l'environnement. Après des travaux précurseurs d'El Bachir Moulim¹¹⁶, Sandrine Rousseaux¹¹⁷, Florence Dagicour¹¹⁸ et Laetitia Grammatico¹¹⁹ soutiendront leurs travaux de 2001 à 2003.

Troisièmement, du début des années 2000 à une époque récente, l'étude du droit de l'énergie se tourne vers la libéralisation de celle-ci sous l'influence du droit communautaire puis européen, avec ses conséquences sur la gestion des réseaux d'énergie notamment. Les travaux de Christophe Lemaire¹²⁰, Sébastien Nivault¹²¹, Léa Rodrigue¹²², Josiane Ntsadi Massika¹²³ et Charikleia Vlachou¹²⁴ s'y inscrivent.

Quatrièmement, au commencement des années 2010, le nucléaire fait son retour dans les travaux de recherche doctorale, mais sous un angle beaucoup plus sombre, celui du risque d'accident. Les thèses de Damien de La Fage¹²⁵ et de Marie Sabrina Dhoorah¹²⁶ en font partie.

Cinquièmement, depuis la fin des années 2000 et jusqu'à présent, avec les exceptions notables des travaux de Françoise Hottin-Pochard¹²⁷ et Jacqueline Jamet¹²⁸ datant tous deux de 1987, le droit de l'énergie est ausculté de manière croissante avec le focus des énergies renouvelables. Nous citerons alors les œuvres d'Alexandre Hego Deveza-Barrau¹²⁹, Philippe Landelle¹³⁰, Florence Latullaie¹³¹, Frédéric Schneider¹³² et Paradis Kamkar¹³³.

¹¹⁶ El Bachir MOULIM, *L'énergie et la protection de l'environnement dans la Communauté européenne*, Université François Rabelais, 1994.

¹¹⁷ Sandrine ROUSSEAU, *Changement climatique et droit communautaire. Régulation juridique des émissions de gaz à effet de serre par des mesures internes*, Université de Nantes, 2001.

¹¹⁸ Florence DAGICOUR, *La protection de l'environnement et le droit international : le cas de l'énergie nucléaire*, Université de Poitiers, 2002.

¹¹⁹ Laetitia GRAMMATICO, *Les moyens juridiques du développement énergétique dans le respect de l'environnement en droit français : recherches sur le droit du développement durable*, Université Montpellier 1, 2003.

¹²⁰ Christophe LEMAIRE, *Énergie et concurrence : recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz naturel*, Université Paris 1, 2002.

¹²¹ Sébastien NIVALT, *L'évolution du statut des entreprises locales de distribution d'électricité et de gaz dans un environnement concurrentiel*, Université de Poitiers, 2004.

¹²² Léa RODRIGUE, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, Université Paris 2, 2008.

¹²³ Josiane NTSADI MASSIKA, *La place du service public au sein du marché unique de l'énergie*, Université de Poitiers, 2011.

¹²⁴ Charikleia VLACHOU, *La coopération entre les autorités de régulation en Europe (communications électroniques, énergie)*, Université Paris 2, 2014.

¹²⁵ Damien DE LA FAGE, *L'accident nucléaire*, Université Toulouse 1, 2011.

¹²⁶ Marie Sabrina DHOORAH, *L'évolution du droit en matière de sûreté nucléaire après Fukushima et la gouvernance internationale*, Université Paris 2, 2014.

¹²⁷ Françoise HOTTIN-POCHARD, *Le régime juridique des systèmes éoliens : une approche de droit comparé*, Université de Nantes, 1987.

¹²⁸ Jacqueline JAMET, *Les aspects juridiques de l'utilisation de l'énergie solaire dans l'habitat en France et aux Etats-Unis*, Université de Montpellier 1, 1987.

¹²⁹ Alexandre HEGO DEVEZA-BARRAU, *Droit et intégration des énergies renouvelables : les règles juridiques relatives au développement et à l'utilisation des énergies renouvelables dans le bâtiment*, Université Toulouse 1, 2009.

¹³⁰ Philippe LANDELLE, *Le développement des sources d'énergie renouvelables et l'aménagement durable du territoire*, Université de Limoges, 2008.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Enfin, dans l'époque récente, nous noterons la soutenance d'un important travail sur les fondements du droit de l'énergie mené par Christophe Krolik¹³⁴ ainsi qu'un autre en droit de l'énergie s'intéressant explicitement à la transition énergétique¹³⁵. La thèse que le lecteur a entre ses mains s'inscrit dans ce nouveau courant, mêlant droit de l'énergie et transition énergétique pour espérer arriver à la conclusion d'un droit spécifique à ladite transition.

S'agissant des ouvrages, les années passées ont vu la parution d'une poignée d'entre eux sur le droit de l'énergie, soit de manière générale¹³⁶, soit sur des thématiques particulières, notamment reliées au marché de l'énergie et à sa régulation¹³⁷. Plus encore, de nombreux ouvrages ont été publiés concernant le droit des énergies renouvelables, là aussi traité de manière générale¹³⁸, concernant seulement une énergie renouvelable¹³⁹ ou en concentrant l'analyse sur leurs rapports avec le marché¹⁴⁰ ou sur l'angle contractuel par exemple¹⁴¹. Enfin, dans la même logique que l'évolution récente des sujets de thèse, deux ouvrages juridiques de 2015 et 2016 abordent directement et clairement la problématique de la transition énergétique. Si l'un entreprend de passer en revue le droit applicable à la transition énergétique en France¹⁴², l'ouvrage sous la direction de Bernadette Le Baut-Ferrarese, *Les transitions énergétiques dans l'Union Européenne*¹⁴³, va plus loin tant géographiquement que dans les questions posées. Sa logique ne sera pas étrangère à l'organisation de cette thèse, en abordant la transition énergétique sous l'angle économique, environnemental et sociétal.

Pour finir, une évolution perceptible s'est produite dans le monde réduit des revues juridiques traitant de l'énergie. Durant la seconde moitié du XX^e siècle, la principale revue juridique française traitant d'énergie n'était autre que les *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, devenus en 2001-2002 la *Revue juridique de l'entreprise publique* et perdant ainsi sa spécificité en matière d'énergie. A partir de 2015 apparaît la revue *Energie - Environnement - Infrastructures*, montrant ainsi l'évolution de l'appréhension de l'énergie par le droit. Alors qu'elle était perçue au siècle dernier sous l'angle de ses vecteurs (électricité, gaz), elle est

¹³¹ Florence LATULLAIE, *La production d'énergie de sources renouvelables par les collectivités territoriales*, Université de Nantes, 2012.

¹³² Frédéric SCHNEIDER, *Les énergies marines renouvelables face au droit*, Université de Nice, 2013.

¹³³ Paradis KAMKAR, *Le photovoltaïque, une « innovation verte » à l'épreuve du droit : analyse synthétique et critique du cadre juridique photovoltaïque visant le particulier à la Réunion*, Université de La Réunion, 2015.

¹³⁴ Christophe KROLIK, *Contribution aux fondements du droit de l'énergie*, Université de Limoges, 2011.

¹³⁵ Alice DARSON, *Transition énergétiques et transition juridique : le développement des énergies de sources renouvelables en France*, Université de Bordeaux, 2015.

¹³⁶ Pierre SABLIÈRE, *Droit de l'énergie*, cit., 2013.

¹³⁷ Benoît BLOTTIN, *Concurrence, régulation et énergie : Rôle des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle*, Bruylant, 2016 ; Guy BLOCK et al., *Le nouveau marché de l'énergie : Guide juridique à l'usage des distributeurs et des consommateurs*, Anthemis, 2008.

¹³⁸ *Traité de droit des énergies renouvelables*, Bernadette LE BAUT-FERRARESE (dir.), Le Moniteur, 2012.

¹³⁹ *Energie solaire - Aspects juridiques*, David BAILLEUL (dir.), Université de Savoie, 2010 ; Gwendoline PAUL, *Le droit éolien*, Editions du Papyrus, 2014.

¹⁴⁰ *Énergies renouvelables et marché intérieur*, Claudie BOITEAU (dir.), Bruylant, 2014.

¹⁴¹ Philippe TERNEYRE, *Energies renouvelables : contrats d'implantation : Implantation des unités de production, clauses suspensives, modèles de contrats*, Lamy, 2010.

¹⁴² Justine BAIN-THOUVEREZ, Thomas CHAUTARD, Raphaël ROMI, *Mettre en œuvre la transition énergétique - Décryptage juridique*, Territorial éditions, 2016.

¹⁴³ *Les transitions énergétiques dans l'Union Européenne*, Bernadette LE BAUT-FERRARESE (dir.), Bruylant, 2015.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

maintenant directement liée à l'environnement et aux infrastructures, visant ainsi à mieux prendre en compte ses structures et ses impacts.

La doctrine en droit de l'énergie a donc et est plus que jamais en pleine évolution. C'est dans ce cadre qu'entendent alors s'insérer ces travaux, dont la méthodologie, l'intérêt et le cadre sont décrits ci-après.

2) Méthode, intérêt et cadre de l'étude

Le contexte de réalisation de cette thèse n'a pas été anodin dans les choix méthodologiques et argumentatifs faits par l'auteur. Il nous faut tout d'abord préciser que j'exerçais l'activité professionnelle dite de Chef de projet éolien terrestre pour une société privée en France au moment de mon inscription en thèse et durant ma première année de doctorat. Partant, l'exercice de recherche effectué trouve certaines similarités avec ce qui est nommé thèse CIFRE (Convention Industrielle de Formation par la Recherche), « *conciliant la recherche doctrinale et la recherche appliquée* »¹⁴⁴. Cet élément purement pratique (l'activité professionnelle parallèle, à tout le moins au commencement de la thèse) constitue l'une des raisons de certains développements sortant du champ purement juridique¹⁴⁵, pour en retour mieux mettre en exergue le rôle tenu ou espéré du droit dans ce champ. Tout en prenant pour acquis que le droit forme le socle de l'action de la transition énergétique (en décidant ce qui est légal ou non, et déterminant les comportements ou technologies à inciter ou désinciter) ces développements permettent aussi de rappeler que certaines mesures juridiques risquent fort de rester lettre morte ou au contraire d'être par trop efficaces (devenant nuisibles) en fonction du contexte auquel le droit s'adapte¹⁴⁶. Extraire celui-ci des évolutions techniques et économiques ne serait pas très pertinent s'agissant d'un phénomène qui repose en grande partie sur ces évolutions, mais nous y reviendrons quelques lignes plus bas. En tout état de cause, et comme il se doit pour tout travail de recherche doctorale, le raisonnement est fondé sur les sources primaires et secondaires du droit. Nous noterons toutefois que le droit de la transition énergétique étant un champ d'études récent, assez peu d'ouvrages y sont pleinement consacrés, comme nous l'avons relevé à la page précédente. Pour cette raison, les sources secondaires utilisées sont majoritairement issues de parutions dans des revues juridiques. Ces éléments précisés, attachons-nous à l'intérêt de ces travaux.

Comme évoqué, les travaux juridiques liant le droit et la transition énergétique sont en progrès ces dernières années, suivant logiquement l'usage croissant de cette terminologie en matière de politique énergétique, et allant jusqu'à orner la couverture de textes de loi¹⁴⁷. Néanmoins, les travaux doctrinaux se concentrent souvent sur la description des mesures du nouveau corpus juridique participant de ce mouvement, sans nécessairement s'interroger sur

¹⁴⁴ Clément CRESPIY, *Eoliennes et paysages : recherche sur les critères jurisprudentiels de l'insertion paysagère des éoliennes*, Université Montpellier 1, 2013, pp. 27 – 28.

¹⁴⁵ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1.

¹⁴⁶ Cf. par exemple Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) ; et II) A).

¹⁴⁷ Nous pensons bien évidemment à la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, mais aussi dans une certaine mesure à la loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

l'organisation de ce corpus, sur sa philosophie ou sa théorie sous-jacente et sur la question de savoir s'il constitue, et si oui, comment il constitue, un droit à part entière. Si nous n'avons pas la prétention d'y apporter une réponse tranchée et définitive, ces travaux chercheront toutefois à apporter des éléments de réponse voire à poser de nouvelles questions.

Plus encore, en tâchant d'identifier les composantes du droit de la transition énergétique, cette étude fait usage de ce que l'on peut nommer une méthode empirique. En effet, les différents temps de l'argumentation partent d'analyses concrètes de la méthode d'adoption des textes propres à la transition énergétique¹⁴⁸, de ses institutions et de ses outils¹⁴⁹ ou encore de l'évolution de la réglementation de certains de ses moteurs¹⁵⁰. Ces analyses, prises ensembles, visent alors à expliquer (i) pourquoi cette transition a lieu, (ii) comment elle a lieu, (iii) quel est le rôle joué par le droit dans cette transition, (iv) quels impacts a en retour cette transition et son saisissement par le droit sur le droit lui-même. Nous nous attarderons aussi quand cela sera nécessaire sur le décalage entre le discours politique et la réalité des mesures inscrites dans le droit, afin de pouvoir le qualifier de manière plus juste.

Elaborant à partir de cas concrets – par exemple en ne se limitant pas à seulement mentionner les outils de planification propres à la réglementation de la transition énergétique mais en spécifiant certaines de leurs conséquences directes pour le développement d'énergies renouvelables et le bon accomplissement en retour de ladite transition¹⁵¹ – ces travaux peuvent apparaître assez techniques à l'heure de traiter d'un droit de la transition énergétique non encore nécessairement reconnu comme tel car non codifié¹⁵². Toutefois, à l'appui des propos du vice-président de la Commission supérieure de codification, Daniel Labetoulle, nous avons l'audace de penser que puisqu'il « *n'est ni souhaitable ni raisonnablement possible* »¹⁵³ de codifier l'ensemble du droit français, ce n'est alors logiquement pas la codification qui fait le droit.

Afin de mieux cerner l'objet juridique « *droit de la transition énergétique* », repartons du droit de l'énergie¹⁵⁴. Nous ajouterons qu'en ce qui le concerne, pour les professeurs Heffron et Talus, il « *est probablement l'un des domaines les plus complexes du droit. Il nécessite qu'un chercheur en la matière s'intéresse à d'autres disciplines comme, par exemple, la politique, l'économie, la géographie, les sciences environnementales et l'ingénierie* »¹⁵⁵. Or, ce besoin d'interdisciplinarité propre au droit de l'énergie l'est tout autant, si ce n'est plus, pour traiter du corpus juridique en expansion tous azimuts de la transition énergétique. Les

¹⁴⁸ Cf. Partie 1, titre 1.

¹⁴⁹ Cf. Partie 1, titre 2.

¹⁵⁰ Cf. Partie 1, titre 3.

¹⁵¹ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, I) A) 1) b) ; et, 2) b).

¹⁵² Si nous considérons, comme le professeur Krolik le fait que c'est l'édiction d'un Code qui marque l'acte de naissance d'un droit. Cf. Introduction, I) B) 2).

¹⁵³ La Documentation Française, « Questions à Daniel Labetoulle, Vice-président de la Commission supérieure de codification », mai 2009, consulté le 26 juin 2017 [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/codification/daniel-labetoulle.shtml>].

¹⁵⁴ Cf. Introduction, I) B) 2).

¹⁵⁵ Raphael HEFFRON, Kim TALUS, « The evolution of energy law and energy jurisprudence: Insights for energy analysts and researchers », *Energy Research & Social Science*, n° 19, 2016, pp. 1 – 2. (nous traduisons)

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

mêmes auteurs ajoutent que le droit de l'énergie n'est pas un champ autonome du droit et est très lié à ses autres branches¹⁵⁶. Là encore, le droit de la transition énergétique n'est pas en reste, au vu du nombre de branches du droit qu'il concerne de près ou de loin, comme nous le verrons au fur et à mesure de ces travaux. Ce constat de complexité et du besoin de maîtriser d'autres champs du droit ou d'autres matières que cette discipline, le professeur Pontier l'a également dressé s'agissant de ce qu'il qualifie de *droit du nucléaire*¹⁵⁷. Mais ici aussi, le droit organisant la transition énergétique est confronté aux mêmes enjeux, il doit être « *pensé* », et donc « *appréhendé juridiquement* », il faut « *s'interroger sur la multiplicité de règles pour en déterminer la signification par rapport aux grands concepts juridiques* »¹⁵⁸. Le professeur Pontier ajoute encore que la raison juridique doit s'appliquer à ce droit, et s'en est peut être la cause la plus importante, afin « *d'éviter le tête-à-tête du politique et du technique* »¹⁵⁹ qui ont organisé, presque à l'écart du droit la dernière transition vers le nucléaire en France¹⁶⁰. Les développements présents dans ces travaux ne manqueront ainsi pas de confronter les dispositions organisant la transition avec des principes juridiques anciens reconnus, comme le droit à la propriété privée¹⁶¹ ou certains autres droits subjectifs¹⁶². Enfin, nous pensons que l'argumentaire déployé par le professeur Pontier pour justifier la qualification de droit du nucléaire s'adapte à la perfection au droit de la transition énergétique :

« [I]l est possible de discuter indéfiniment sur le point de savoir si un ensemble de règles qui peuvent paraître disparates forment ou non un droit. [Mais,] il paraît indéniable que certaines des règles applicables à ce domaine sont bien des règles juridiques [et que] les lois et les autres normes adoptées en la matière entraînent des débats juridiques, un contentieux qui est parfois complexe et qui met en jeu des principes juridiques »¹⁶³.

Dès lors, sur le fondement de ces critères de reconnaissance, il semblerait que l'ensemble des règles qui ont trait à la transition énergétique, de force normative variable¹⁶⁴, certes, mais entraînant un contentieux complexe¹⁶⁵ et mettant en jeu des principes juridiques¹⁶⁶, puisse être nommé de manière appropriée *droit de la transition énergétique*.

Si, sous de nombreux aspects, le droit de l'énergie est le père du droit de la transition énergétique, c'est sans nul doute le droit de l'environnement qui en est la mère. C'est en effet la rencontre du monde de l'énergie avec les impératifs de l'environnement qui aboutissent à sa création et à son émancipation. En suivant le même procédé qu'au paragraphe précédent, nous pensons que ce qui fait la maturité du droit de l'environnement pour le professeur Naim-Gesbert porte les germes de celle du droit de la transition énergétique :

¹⁵⁶ *Id.*, p. 2.

¹⁵⁷ Jean-Marie PONTIER, « Le droit du nucléaire, droit à penser », *AJDA*, 2015, p. 1680.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Cf. Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^e éd., Dalloz, pp. 788 – 789.

¹⁶¹ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, II) B).

¹⁶² Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, I).

¹⁶³ Jean-Marie PONTIER, « Le droit du nucléaire, droit à penser », *cit.*, 2015, p. 1680.

¹⁶⁴ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 2.

¹⁶⁵ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, II).

¹⁶⁶ Jean-Marie PONTIER, « Le droit du nucléaire, droit à penser », *cit.*, 2015, p. 1682.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

« Le droit de l'environnement est autre qu'il ne paraît. Réputé aride, il est luxuriant ; technique, il est élémentaire ; supplétif, il est essentiel. Pour dire plus, il se définit rationne materiae comme l'ensemble des règles qui régulent les activités de l'homme sur son milieu. Son armature est de l'ordre de l'obligation de moyen, au principal la prévention, à l'accessoire la réparation. Toutefois, parce qu'il est un droit de la rupture, sa maturité tend à déplacer ses fondements vers une définition finaliste proche d'une obligation de résultat. Comme le sable, des normes d'effet durable s'infiltrant dans le jeune édifice et le consolident ou le fragilisent ; [...] Dès lors, sa physionomie se brouille, surtout si l'on considère son immense propension à emprunter à d'autres droits, à transformer en profondeur des principes ou concepts, voire à en créer. Le droit de l'environnement engendre en lui-même, mais aussi en dehors de lui-même [...]. C'est là un signe probant de sa maturité »¹⁶⁷.

Luxuriant, élémentaire, essentiel, droit de la rupture, définition finaliste, voici des qualificatifs que le droit de la transition énergétique ne renierait pas. Pas moins que sa capacité à transformer, s'approprier ou créer des concepts, qui sera abordée dans ces travaux¹⁶⁸. A l'instar du droit de l'environnement, il appelle à dépasser la séparation droit public/droit privé¹⁶⁹, à l'image de la propriété publique et de la propriété privée, remises en causes aujourd'hui par l'émergence des « communs »¹⁷⁰, tout comme par les débats sur « l'appropriation du vent et du soleil » (ou plutôt l'appropriation de leur captation et transformation en énergie) par des installations détenues par l'Etat, par des exploitants privés ou par un regroupement des citoyens locaux¹⁷¹.

En somme, si le droit de la transition énergétique a hérité du droit de l'énergie son sujet même, il a hérité du droit de l'environnement la finalité, la préservation de l'environnement à l'échelle planétaire, et la méthode, inspirée de « formes expérimentales de représentation » dans son écriture¹⁷². Cependant, en fils aimant, il leur rend bien, au vu de sa participation non feinte et conséquente à leurs contentieux. L'exemple le plus éclairant en étant probablement le contentieux éolien¹⁷³.

A l'heure d'évoquer la parenté du droit de la transition énergétique, nous nous devons de souligner la disposition particulière de ce droit pour la comparaison avec les systèmes juridiques étrangers. Nous pourrions penser que le droit comparé de la transition énergétique est un exercice de droit comparé de l'énergie et de l'environnement¹⁷⁴. Or, cela n'est pas tout à fait le cas. Le droit de la transition énergétique se prête en réalité à une comparaison qui va au-delà de ces deux droits aujourd'hui reconnus, participant de son émancipation. Ainsi, si la

¹⁶⁷ Éric NAIM-GESBERT, « Maturité du droit de l'environnement », *RJE*, vol. 35, 2010, p. 232.

¹⁶⁸ Cf. par exemple, Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2.

¹⁶⁹ Cf. *Droit public et droit privé de l'environnement*, Mustapha MEKKI, Éric NAIM-GESBERT (dirs.), LGDJ, 2016.

¹⁷⁰ François OST, « Oser la pensée complexe; l'exemple des "communs" », *Droit public et droit privé de l'environnement*, Mustapha MEKKI, Éric NAIM-GESBERT (dirs.), LGDJ, 2016, pp. 12 – 15.

¹⁷¹ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 1.

¹⁷² François OST, « Oser la pensée complexe; ... », *Droit public et droit privé de l'environnement*, cit., 2016, p. 11 ; A l'image des conférences environnementales et du débat national sur la transition énergétique, inspirés par la logique du Grenelle de l'environnement. Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, I) et II).

¹⁷³ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) 2) b).

¹⁷⁴ Cf. par exemple, Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET et al., « Droit comparé de l'énergie et de l'environnement », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, avr. 2017, chron. 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

comparaison en droit de la transition énergétique semble se satisfaire tout autant de l'étude de l'organisation et de la planification de ce processus par des outils juridiques dans d'autres juridictions¹⁷⁵ que de la mise en parallèle de certaines problématiques très spécifiques, en réalité, il a besoin de précisions sur le cadre de politique énergétique étranger, lui-même défini en fonction du mix énergétique du territoire concerné. Dès lors, la comparaison entre les mécanismes juridiques d'une éventuelle sortie du nucléaire en Afrique du Sud, produisant une très faible part de son électricité *via* le nucléaire¹⁷⁶, et la France n'aurait qu'un intérêt limité. En revanche, la comparaison avec l'Allemagne voisine et dotée d'un parc nucléaire important trouve un intérêt direct et certain¹⁷⁷.

Il nous paraît à ce stade de l'introduction important d'apporter quelques précisions sur ce qu'emporte la spécificité de ce nouveau droit. Ce champ du droit étant résolument novateur, interdisciplinaire à l'extrême, et construit sur des fondations juridiques renouvelées, très dépendantes ou influencées non seulement par les évolutions techniques et économiques très rapides¹⁷⁸ mais aussi par les droits supranationaux ou étrangers, il nous semble qu'il lui est impératif de procéder à une émancipation conceptuelle à la mesure de son émancipation matérielle. Ce droit a le potentiel de remettre en cause les anciennes structures du système énergétique, entraînant avec elle les structures de la société dans son ensemble. Il nous semble dès lors convenu et artificiel de procéder à des développements sur les travaux des auteurs dits fondamentaux. Nous leurs préférons des références à des concepts adaptés lors de développements précis dans le corps du texte¹⁷⁹.

Il nous reste cependant à apporter quelques derniers éléments concernant le champ de l'étude. Le droit de la transition énergétique dispose effectivement d'un champ excessivement large intégrant des dispositions dans les transports, la construction, l'agriculture, la consommation (d'énergie ou de biens), et la liste n'est pas exhaustive. Celui-ci sera donc limité aux dispositions organisant la redéfinition du mix électrique et en particulier concernant l'utilisation des sources d'énergie renouvelable que sont l'éolien terrestre et le solaire photovoltaïque, plus précisément de grande taille, donc à une échelle généralement supérieure à celle de l'installation individuelle. Si nous aborderons le cas d'autres énergies renouvelables (telles la biomasse, la géothermie ou l'éolien en mer) et de l'incontournable électronucléaire dans le contexte français, cela se fera seulement lorsque cela apportera à la réflexion (par exemple, pour le nucléaire, s'agissant de la réglementation de sa diminution dans le mix électrique, au profit des énergies renouvelables¹⁸⁰). Concernant le champ temporel de l'étude, nous nous limiterons principalement aux textes adoptés durant la

¹⁷⁵ Cf. par exemple, Anaïs GUERRY, « A Reflection on Some Legal Aspects of Decision Control in the Energy Transition Process: A Comparison of France and Germany », *Energy, Governance and Sustainability*, Jordi JARIA I MANZANO, Nathalie CHALIFOUR, Louis J. KOTZE (dirs.), Edward Elgar, 2016, pp. 194 – 218.

¹⁷⁶ Environ 5% produits par 2 réacteurs. Cf. World Nuclear Association, « Nuclear Power in South Africa », *World Nuclear Association*, juin 2017, consulté le 27 juin 2017 [<http://www.world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-o-s/south-africa.aspx>].

¹⁷⁷ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, II) A).

¹⁷⁸ Cf. Partie 2, titre 1, développements du chapitre 1 sur la baisse des coûts des énergies renouvelables et chapitre 2 concernant les réseaux intelligents et les nouvelles pratiques en découlant.

¹⁷⁹ Cf. par exemple, Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, II) B).

¹⁸⁰ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, B).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

dernière mandature (2012-2017), et ce pour deux raisons. Premièrement, parce que c'est à partir de 2012 que le terme de transition énergétique a commencé à être employé régulièrement au plus haut niveau de l'Etat. Deuxièmement, car nous supposons que se limiter à une mandature permet de travailler sur un corpus juridique censé avoir une certaine cohérence d'ensemble, bien que nous puissions parfois découvrir que cela ne la garantit pas. Pour finir, le cadre géographique de ces travaux se limitera à la France métropolitaine continentale (à une exception près lors d'un développement faisant intervenir la Corse¹⁸¹), le cas des territoires insulaires étant fort différent en termes de problématique de mix énergétique local et de réseau électrique.

B) Problématique et annonce du plan

Les notions devant être mises à profit étant précisées et leur contenu sous-jacent abordé, les limites du champ d'étude étant fixées, nous pouvons dorénavant évoquer la problématique posée et annoncer le plan de l'argumentation qui en découle.

1) Problématique

A ce stade de l'introduction, les grands questionnements du droit de la transition énergétique auront déjà surgit dans l'esprit du lecteur. Celui-ci trouvera alors ci-dessous la problématique de cette thèse, composée d'une question centrale, précisée par une série d'autres interrogations concernant des éléments complémentaires d'identification de ce droit :

Comment identifier le droit émergent de la transition énergétique en France, à l'appui de la réglementation des énergies renouvelables électriques prééminentes que sont l'éolien terrestre et le solaire photovoltaïque ?

Quels sont les traits majeurs de ce droit ? Comment agit-il ? Par quels instruments ? Quelles institutions ? Est-il fondé sur un cadre théorique particulier ou n'est-il qu'un droit purement technique ?

2) Annonce du plan

Afin d'apporter des éléments de réponse à la problématique et ainsi ouvrir la voie à d'autres questionnements qui ne manqueront pas de surgir, les développements qui suivent s'organisent autour de 2 parties et d'un total de 4 titres.

La première moitié du corps de ces travaux s'attache aux défis de l'organisation de la transition et de ses institutions, le tout par l'effet de son propre droit naissant. Logiquement, cela nous amènera à nous pencher d'abord sur la naissance du droit de la transition énergétique, la création de son corpus juridique (titre 1). Ce processus de création du droit, fondé sur une méthode voulue largement ouverte et participative, présente le potentiel d'offrir une genèse propre au droit de la transition énergétique qui serait alors un premier signe potentiel d'un droit moins vertical que celui de l'énergie durant la dernière moitié du XX^e siècle. Ensuite, nos écrits traiteront des institutions et des outils de planification mis en place

¹⁸¹ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1, II) A) 2).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

ou appropriés par le droit de la transition énergétique (titre 2). Ces développements devraient permettre de clarifier l'articulation juridique de ces nombreux acteurs, nouveaux ou anciens et influant directement sur l'élaboration et l'application du droit de la transition énergétique. Ce droit se révèle par ailleurs être largement un droit de la planification, utilisant pour ce faire des outils à la normativité variable, desquels il fera également usage pour l'application de ses dispositions et l'achèvement de ses objectifs.

La seconde moitié de notre argumentation identifiera le droit de la transition énergétique en fonction de son incidence sur le processus avant tout technique et économique qui lui permet d'exister, sans oublier qu'il est modelé de manière croissante par et pour les citoyens. L'analyse des dispositions du droit de la transition énergétique à l'égard des énergies renouvelables que sont l'éolien terrestre et le solaire photovoltaïque, mais aussi de l'objectif de diminution de la part du nucléaire dans le mix électrique ou du développement des réseaux intelligents, permet d'envisager ce corpus juridique comme un droit tour à tour promoteur et destructeur (titre 3). Enfin, nous traiterons de l'expansion du droit de la transition énergétique, un droit à la recherche de ses racines (titre 4). Les racines sont ici entendues selon deux sens différents : celui de racines devant apporter la stabilité tant recherchée par un droit soumis à des vents tournants, surtout en matière d'instruments économiques créés et réformés par le législateur ; mais également celui de racines au sens de puiser les ressources à la source, à savoir par l'intégration directe ou indirecte mais si possible toujours locale des citoyens aux projets d'énergie renouvelable sur leur territoire. Une réflexion conclusive refermera progressivement nos travaux en invoquant le rôle essentiel du citoyen faisant appel au juge, afin de forcer si nécessaire un droit qui peut paraître purement technique à étendre ses racines vers des concepts davantage théoriques.

Première partie :
**L'édification d'un droit dédié à l'organisation de la transition
énergétique et de ses institutions**

La transition énergétique, et par extension son corpus juridique, donnent le vertige. Leur champ d'action est si grand qu'il semble pouvoir ouvrir des portes à l'infini et nourrir des réflexions juridiques nombreuses et contradictoires. Dans cette première partie, nous exposerons les fondations non seulement du droit de la transition énergétique – les conditions de sa création – mais également celles qu'il a jetées avec l'objectif ultime de remplir ses objectifs, étant un droit essentiellement finaliste. Ces développements permettront alors d'identifier le droit de la transition énergétique selon des critères organiques, ceux de ses institutions et de leurs outils.

Le processus d'émergence de la transition énergétique dans le droit français donne alors lieu à l'édification d'un droit aux contours particuliers, indéniablement marqué par l'expérience du Grenelle de l'environnement mais tentant de s'en émanciper et d'inventer sa propre matrice. L'un des enjeux essentiels ici présents est de parvenir à construire un droit qui cumule fondations scientifiques, transparence et ouverture du processus de rédaction, ambition, sans tomber dans les déclarations d'intentions ou l'excès de complexité.

Les institutions qui ont participé à la construction juridique de la transition énergétique avant la loi éponyme sont anciennes et déjà accoutumées à une certaine gestion de l'énergie ou de la réglementation en général. Le droit de la transition énergétique qui en résulte s'inscrivant dans le marbre de la loi, les fait siennes et y ajoute une nouvelle vague de conseils et comités dans la galaxie des instances jouant un rôle d'appui, de contrôle ou d'application en la matière. Leurs pouvoirs respectifs et finalement leur utilité (*via* par exemple le respect de leurs délibérations par le pouvoir exécutif) sont cependant très variables. Cette gradation dans le travail critique fourni trouve sa source majoritairement dans le mode de constitution de ces instances, en faisant ainsi des entités jouant un rôle idéalement complémentaire propre à renforcer la cohérence et la mise en œuvre du droit de la transition énergétique. A cet ensemble, nous ajouterons les collectivités territoriales, qui ont un rôle tant historique que pratique fondamental dans le domaine de l'énergie.

Enfin, s'agissant des outils créés ou appropriés par ce droit, ceux-ci constituent également un éventail hétérogène tant par leur compétence géographique ou matérielle que par la variation de leur pouvoir normatif. Ce dernier point fait par ailleurs resurgir un ancien débat doctrinal, celui du droit souple. Si son entrée en grâce intervient davantage du fait d'un contexte d'accroissement de la régulation au détriment du pouvoir régalien, le droit de la transition énergétique semble en faire usage à bon escient afin d'articuler un mouvement de grande ampleur aux défis innombrables.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Titre 1^{er} :

**La naissance du droit de la transition énergétique :
un processus long et éclaté**

Rome ne s'est pas faite un jour, ni l'émergence du droit de l'environnement et encore moins le droit de l'énergie¹⁸². Le droit de la transition énergétique suit le même cheminement. Bien qu'il soit né plus récemment, il se développe tantôt à grandes enjambées, tantôt à petit pas et emprunte différents canaux. Dans le cadre juridique, il bénéficie autant d'une loi-phare portant son nom que d'une myriade de dispositions ajoutées au fur et à mesure par le biais d'autres textes. Il s'infiltré *via* les textes réglementaires afin de codifier ce qui est avant tout une évolution technologique, économique et sociétale.

Fait d'exception, la naissance de ce droit s'est accompagnée d'une vaste démarche de concertation tant des spécialistes et acteurs économiques et sociaux concernés que des citoyens dans leur ensemble. C'est d'autant plus surprenant que traditionnellement la gestion des moyens de production d'énergie était laissée à une minorité jugée qualifiée sans processus d'information et encore moins de participation de la population.

À la suite de ce processus de concertation visant tant les débats d'experts que l'appropriation par l'ensemble des citoyens de l'objet transition énergétique, le Gouvernement et le Parlement sont intervenus pour retranscrire, si possible fidèlement, le contenu issu des débats, tâchant ainsi de faire œuvre de ce que nous pourrions nommer « *législation participative* ». Cependant, dans la sphère de l'élaboration juridique, le droit de la transition énergétique se montre éparpillé. A l'instar du droit de l'environnement, qui a connu ces débats sur l'opportunité ou la menace que représentait tantôt sa réunion en un seul code, tantôt son éclatement et prolifération au sein de nombreuses branches du droit, le régime de la transition énergétique est soumis aux mêmes questions, aux mêmes choix cornéliens.

Pour le moment, nous gagerons que son expansion au sein des nombreux domaines qu'il touche (Codes de l'énergie, de l'environnement, de la construction et de l'habitation, Code général des collectivités territoriales, Code général des impôts, et tant d'autres) ne peut lui être que bénéfique et renforcer sa prise en compte. Peut-être un jour verrons-nous un Code de la transition énergétique, mais cela paraît peu probable vu l'œuvre de codification déjà réalisée et au sens où par définition même une transition n'a de raison d'être que parce qu'elle évolue, et le jour où elle s'arrête, il n'est plus possible de la qualifier ainsi¹⁸³. Ce serait donc par défaut un code condamné à s'éteindre par son propre accomplissement au service d'un droit en quête d'un monde alimenté par une énergie 100% renouvelable.

¹⁸² Cf. Introduction, I) B) 2).

¹⁸³ Cf. Introduction, I) A) 2) et B) 2).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Chapitre 1^{er} :
Un processus de création du droit fondé sur la concertation

Ce processus de concertation, organisé autour de conférences environnementales annuelles et du débat national sur la transition énergétique (DNTE) s'est voulu volontaire. Si la création du droit de la transition énergétique s'inscrit dans la lignée d'expériences de concertation large menées auparavant dans le domaine de l'environnement, il tente d'aller plus loin et de corriger les défauts des étapes précédentes. En cela, doit être mise à son crédit une réelle volonté constructive de sensibiliser la population sur les enjeux de la transition énergétique.

En effet, le sujet de la transition énergétique a, surtout en 2012 et 2013, fait l'objet d'une montée en puissance des événements de réflexion, d'information, puis de participation. Plus précisément, les conférences environnementales, en tant que rendez-vous annuel de discussions, d'annonces et de bilan, permettent de maintenir un fil rouge et en principe de garder les acteurs concernés informés de l'engagement de l'Etat dans le soutien à la transition énergétique.

S'affichant comme le pic de la concertation publique sur le sujet qui nous intéresse, le débat national pour la transition énergétique se traduit quant à lui par l'organisation d'un écheveau de comités, groupes et conseils devant permettre à tous les acteurs privés et publics de s'exprimer sur les enjeux de ce mouvement ainsi que de sensibiliser et s'enquérir de l'appréhension du public quant à la transition.

Inspiré du Grenelle de l'environnement mais avec la volonté de dépasser les limites quant aux sujets abordés et d'augmenter la participation du public, ce débat souffrira néanmoins d'une certaine discrétion en raison d'une conjonction de facteurs. Ce point décevant a tendance à nourrir les critiques quant à cet effort d'ouverture sur un sujet technique comme l'énergie. Critiques qui, par ailleurs, ne sont pas surprenantes dès lors qu'il s'agit de l'exercice périlleux de la synthèse entre des positions qui peuvent être très éloignées entre celle de sociétés privées ou publiques défendant des avancées mineures et des associations engagées pour une transition exigeante.

Au final, cette démarche de concertation et de participation a pour but de faire appel au peuple en tant que canalisateur des débats d'experts, afin d'en sortir par le haut. La question reste donc de savoir dans quelle mesure il est possible d'énoncer un avis cohérent à partir de l'expression d'autant de positions individuelles et surtout pour l'Etat de s'astreindre à suivre cet avis pour l'intégrer au droit de la transition énergétique, s'il diffère de celui porté en son nom jusque-là.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Section 1 : Un processus de concertation volontaire

Il est ici question d'un processus de concertation volontaire en ce que le Gouvernement n'avait aucune obligation légale de procéder à un tel exercice teinté de démocratie participative. En ce qui concerne les conférences environnementales, c'est de la méthode des négociations sociales que vient le modèle, permettant à un large nombre de représentants des acteurs désignés de s'accorder sur les mesures à mettre en place pour régler les problèmes actuels et préparer les solutions de demain. Quant au DNTE, c'est le champ de l'environnement qui s'étend à l'énergie. En effet, si les problématiques environnementales ont coutume aujourd'hui d'impliquer des modes de concertation plus ou moins poussés, le monde de l'énergie y était jusqu'à peu étranger. Mais l'émergence de moyens de production d'énergie décentralisés, que ce soient les parcs éoliens ou les panneaux solaires sur la toiture de particuliers a fait entrer la question de la production d'énergie dans les débats publics.

I. Les conférences environnementales, le fil rouge de la transition énergétique

C'était à l'origine une promesse de campagne. François Hollande, alors candidat à la Présidence de la République en 2012, promettait dans son programme de « *faire de la France la nation de l'excellence environnementale* »¹⁸⁴. Il précisera cette volonté électorale lors d'un débat en s'engageant à « *ouvrir une conférence environnementale qui prévoira un agenda, des priorités et des moyens* »¹⁸⁵. Promesse tenue, au regard des conférences qui ont eu lieu de 2012 à 2016.

Ces réunions ont été l'occasion de mettre en place une réflexion et un suivi sur plusieurs années des décisions prises ou à prendre dans le domaine de la transition énergétique entre autres.

A) Les conférences environnementales, passerelles entre le Grenelle de l'environnement et le débat national sur la transition énergétique

La première de ces conférences, tenue les 14 et 15 septembre 2012, a eu un rôle plus large que celle des années suivantes. Elle a fait office de pivot, entre l'expérience précédente de concertation sur l'environnement (et en partie sur l'énergie) et celle à venir du DNTE.

¹⁸⁴ Lui Président, « Les 60 engagements présidentiels de François Hollande », 2012, p. 28, consulté le 9 nov. 2015 [<http://fr.scribd.com/doc/93200567/Les-60-engagements-presidentiels-de-Francois-Hollande>].

¹⁸⁵ *Le Monde*, « Ecologie : François Hollande s'engage à ouvrir une "conférence environnementale" », 28 janv. 2012, consulté le 17 nov. 2015 [http://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2012/article/2012/01/28/ecologie-francois-hollande-s-engage-a-ouvrir-une-conference-environnementale_1636011_1471069.html#GEgdpQWwzR6xxdKZ.99].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

1) L'instauration des conférences environnementales, entre ruptures et continuités

Bien évidemment, les conférences environnementales ont souhaité palier les défauts du dispositif précédemment mis en place. Ce nouveau système procède donc d'une volonté de rupture. Cependant, par son organisation même elle se trouve *de facto* dans la continuité avec le Grenelle de l'environnement.

a) Les conférences environnementales, volonté de rupture avec le Grenelle de l'environnement

La mise à exécution de cette promesse de campagne prend forme le 4 juin 2012, lorsque la ministre de l'Ecologie d'alors, Nicole Bricq, réunit les membres du Comité national du développement durable et du Grenelle de l'environnement (CNDDGE) « *pour leur présenter la feuille de route gouvernementale en matière d'environnement* »¹⁸⁶. La justification de la mise en place de cette conférence un peu particulière est simple, selon la ministre : « *la force propulsive du Grenelle s'est épuisée* ». C'est également ce qui ressortira de l'audition de son successeur, Delphine Batho, par les députés de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire. En effet, elle évoque « *la rupture à l'endroit du Grenelle et de la politique qui a été précédemment menée* »¹⁸⁷. Enfin, le président de la République lui-même, lors de son discours d'ouverture de la première conférence environnementale, le 14 septembre 2012, avance que « *la conférence d'aujourd'hui n'est pas la reproduction, sous une autre forme, un autre mot, du Grenelle de l'Environnement* »¹⁸⁸. L'idée qui s'impose est donc d'ouvrir une nouvelle page afin de clore la séquence Grenelle de l'environnement. En termes de stratégie politique, cela ne surprendra personne. Un symbole aussi évocateur du quinquennat précédent que celui du Grenelle de l'environnement ne saurait survivre à l'œuvre de son successeur.

Dès lors, l'objectif des conférences environnementales est « *de montrer un changement de méthode, un changement d'approche et de résultat* »¹⁸⁹. Le nouveau format doit ainsi « *ouvrir un dialogue environnemental de même qualité que le dialogue social* »¹⁹⁰. Et ce dialogue :

« [P]ermettra de fixer les objectifs dans chacun des domaines abordés, l'agenda et les moyens pour les atteindre. Seront également définis les indicateurs permettant d'évaluer les progrès

¹⁸⁶ *Droit de l'Environnement*, « La feuille de route du ministère de l'Écologie se précise », 1^{er} juin 2012, Actualité flash.

¹⁸⁷ Thierry NOISETTE, « Delphine Batho: "La conférence environnementale doit être un point de départ" », *Smart Planet*, 16 juil. 2012, consulté le 11 nov. 2015 [<http://www.smartplanet.fr/smart-people/delphine-batho-la-conference-environnementale-doit-etre-un-point-de-depart-15642/>].

¹⁸⁸ François HOLLANDE, président de la République, « Déclaration du Président de la République à l'occasion de la Conférence environnementale », 14 sept. 2012, consulté le 10 nov. 2015, p. 1 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/discours_ouverture_conf_environnementale_140912.pdf].

¹⁸⁹ *Id.*, p. 8.

¹⁹⁰ « Communication - La préparation de la conférence environnementale », *Compte-rendu du Conseil des ministres du mercredi 18 juillet 2012*, consulté le 16 nov. 2015 [<http://www.elysee.fr/conseils-des-ministres/article/compte-rendu-du-conseil-des-ministres-du-mercredi-18-juillet-201/>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

réalisés et les modalités d'un dialogue décentralisé. La conférence arrêtera aussi la méthode du grand débat national sur la transition énergétique »¹⁹¹.

Une conférence de méthode donc, créée pour jeter les bases des prochaines étapes de concertation et entrevoir les nouveaux cadres du dialogue environnemental, toujours dans l'idée de trancher avec la méthode du Grenelle de l'environnement et d'aboutir entre autres au suivi de l'évolution du droit de la transition énergétique.

Cependant, si l'on a vu ici exposée la volonté de l'exécutif de changer la matrice en matière d'élaboration de la politique environnementale de l'État, force est de constater qu'il y a également une forme de continuité avec le Grenelle de l'environnement, ne serait-ce que par la volonté de rapprocher le modèle du dialogue environnemental de celui du dialogue social, auquel le mot Grenelle est directement lié¹⁹². Nous en profiterons pour préciser que le rapprochement fait entre les accords de Grenelle de 1968 et le Grenelle de l'environnement est sujet à caution, selon la doctrine¹⁹³. Mais le processus du Grenelle de l'environnement et celui de la transition énergétique trouvent d'indéniables points communs dans la méthode¹⁹⁴, rapprochant plus encore le droit de l'environnement du droit de la transition énergétique.

b) Les conférences environnementales, nécessité de continuité avec le Grenelle de l'environnement

Bien que la présentation des conférences environnementales se soit faite en appuyant sur la rupture avec le Grenelle de l'environnement, il a également été fait mention de la continuité avec cette méthode de concertation environnementale. Effectivement, lorsque la ministre de l'Ecologie, Delphine Batho, exposait le principe de la conférence environnementale aux députés de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, elle précisait que « *le Gouvernement s'inscrit [...] dans une forme de continuité [...] à l'endroit du Grenelle* »¹⁹⁵. Plus encore, le président de la République lui-même, lors de son discours introductif à la conférence environnementale de 2012¹⁹⁶, après avoir pris ses distances avec le Grenelle de l'environnement, a tenu à saluer « *les acquis et le travail de ceux qui y ont contribué* ». Et de préciser : « *Cette formule a eu des mérites incontestables : la concertation à 5, qui a été fructueuse ; la prise de conscience de l'urgence environnementale qui a conduit au vote de deux lois* ». Au final, l'amorce des conférences environnementales apparaît comme la tentative d'ouvrir un nouveau chapitre, tout en s'appuyant sur les acquis des années précédentes dans la matière qui nous concerne.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² En référence bien évidemment aux accords de Grenelle en date du 27 mai 1968, signés au ministère du Travail, rue de Grenelle, à Paris.

¹⁹³ Pascale DEUMIER, « Qu'est-ce qu'un Grenelle ? », *RTD Civ.*, 2008, pp. 63 – 64.

¹⁹⁴ Agathe VAN LANG, « Les lois Grenelle : droit de l'environnement de crise ou droit de l'environnement en crise ? », *Droit Administratif*, n° 2, fév. 2011, étude 3, pp. 1 – 3.

¹⁹⁵ Thierry NOISETTE, « Delphine Batho : "La conférence environnementale doit être un point de départ" », *cit.*, 16 juil. 2012.

¹⁹⁶ François HOLLANDE, président de la République, « Déclaration du Président de la République à l'occasion de la Conférence environnementale », 14 sept. 2012, *cit.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Ainsi, continuité avec le Grenelle de l'environnement, mais également continuité au sein de ce nouvel outil qu'est la conférence environnementale. En effet, il est prévu que ce rendez-vous ait lieu tous les ans durant le quinquennat du Président François Hollande. C'est ce qui a été annoncé à de multiples reprises tant par la ministre de l'Ecologie¹⁹⁷ que par le président de la République. Cette idée d'organiser chaque année une conférence environnementale vise à dépasser les limites d'une action ponctuelle pour travailler sur le temps long (à tout le moins à l'échelle d'un mandat électif) et ne pas tomber dans le travers de l'essoufflement du processus¹⁹⁸.

2) L'organisation des conférences environnementales, dépasser les limites du Grenelle de l'environnement

« Mais en même temps le Grenelle a atteint ses limites, certains engagements ont été traduits dans les faits, d'autres ont été oubliés, et les moyens financiers n'ont pas été à la hauteur des objectifs annoncés. Surtout, l'ambition initiale a été perdue au fil du temps et une nouvelle fois l'économie a été opposée à l'écologie »¹⁹⁹.

Voici la liste des raisons pour lesquelles le président de la République a décidé de garder les acquis du Grenelle de l'environnement, mais de tenter d'en corriger les défauts et donc d'améliorer le dialogue environnemental. Cette évolution, dès lors, concerne principalement les acteurs des débats environnementaux, mais aussi le lieu et le suivi des conférences environnementales.

a) Les acteurs des conférences environnementales, la doctrine du « cinq plus un »

Le Grenelle de l'environnement avait instauré la « gouvernance à cinq », finalement la plus grande victoire de ce processus²⁰⁰. Les cinq grandes familles d'acteurs en question sont les suivantes : Etat, élus locaux, associations environnementales, syndicats de salariés et syndicats d'employeurs. Le modèle de la conférence environnementale ajoute lui un acteur supplémentaire, les parlementaires. L'idée est ici de les intégrer dès les débuts du processus

¹⁹⁷ Thierry NOISETTE, « Delphine Batho: "La conférence environnementale doit être un point de départ" », *cit.*, 16 juil. 2012.

¹⁹⁸ Critique émise tant par Nicole BRICQ, alors ministre de l'Ecologie (*Droit de l'Environnement*, « La feuille de route du ministère de l'Écologie se précise », 1^{er} juin 2012 : « la force propulsive du Grenelle s'est épuisée », par François HOLLANDE dans son discours d'ouverture de la 1^{ère} conférence environnementale (« Déclaration du Président de la République à l'occasion de la Conférence environnementale », 14 sept. 2012, *cit.*, p. 1 : « l'ambition initiale a été perdue au fil du temps et une nouvelle fois l'économie a été opposée à l'écologie ») que dans un rapport Sénatorial du 23 janvier 2013 (Sénat, Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois, Rapport n° 290 sur l'application des lois n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (Grenelle I) et n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (Grenelle II), Laurence ROSSIGNOL, Louis NEGRE, p. 5 : « l'élan semble s'être un peu essoufflé faute de volonté politique suffisante »).

¹⁹⁹ François HOLLANDE, président de la République, « Déclaration du Président de la République à l'occasion de la Conférence environnementale », 14 sept. 2012, *cit.*, p. 1.

²⁰⁰ Cf. le rapport Sénatorial du 23 janvier 2013 (Sénat, Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois, Rapport n° 290 sur l'application des lois n° 2009-967 du 3 août 2009 ..., *cit.*, Laurence ROSSIGNOL, Louis NEGRE, p. 5 : « la « gouvernance à cinq » [...]. Ce nouveau mode de gouvernance a été le grand succès du Grenelle ») ainsi que le rapport du CESE de 2012 (Pierrette CROSEMARIE, « Bilan du Grenelle de l'environnement, pour un nouvel élan », Conseil économique, social et environnemental, 22 février 2012, consulté le 11 nov. 2015, p. 9).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

afin de faciliter la phase de vote des textes qui découleront de ces discussions²⁰¹ et surtout établir un lien clair entre ces discussions et l'œuvre législative. Ce mode de concertation large sur les problématiques environnementales dont l'État se saisit au fur et à mesure va imprégner par la suite le DNTE et jusqu'à la composition du Conseil national de la transition écologique (CNTE)²⁰². Il est, sur le papier à tout le moins, le signe d'une heureuse prise en compte par l'exécutif des acteurs qui non seulement feront la loi mais aussi et surtout de ceux qui auront à l'appliquer.

Concrètement, ces six acteurs s'organisent autour de tables-rondes thématiques²⁰³ pour deux jours de débats sous la férule d'un ou plusieurs ministres²⁰⁴. À noter également que « *la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie rendra compte de l'avancée des travaux de la conférence en conseil des ministres* »²⁰⁵. Est à noter donc l'impact plurisectoriel de ces conférences environnementales, permis par la diversité des acteurs impliqués (du monde économique, social et environnemental) et des ministres sollicités ou informés. Cela peut cependant donner l'impression d'un exécutif qui souhaite garder un contrôle total sur les débats qui auront lieu lors des conférences environnementales, venant quelques peu limiter l'ouverture du processus de concertation. Cette problématique ouverture/contrôle ou centralisé/décentralisé reste un dilemme majeur du droit de la transition énergétique²⁰⁶, prégnant dès son écriture, donc.

Il est à remarquer enfin, l'évocation par le président de la République d'une ouverture encore plus large de ces débats, en garantissant que « *tous les territoires seront associés à la conception et à la mise en œuvre de la transition écologique* »²⁰⁷. Avec le recul, cette phrase nous paraît fort juste, en ce que le DNTE inclura des débats en région²⁰⁸ et que les mesures votées dans la loi de transition énergétique pour une économie verte incluront les territoires à énergie positive pour la croissance verte (TEPCV) et les régions comme chef de file en matière d'énergies renouvelables²⁰⁹, pour ce qui est de l'action concrète dans le champ de la transition énergétique.

²⁰¹ Cf. Pierre LASCOUMES, « Des acteurs aux prises avec le "Grenelle Environnement" », *Participations*, vol. 1, 2011/1, pp. 277 – 310, § 7 ; voir aussi le discours de François HOLLANDE en ouverture de la 1ère conférence environnementale (« Déclaration du Président de la République à l'occasion de la Conférence environnementale », 14 sept. 2012, *cit.*, p. 1 : « *La concertation sera ouverte aux Parlementaires parce qu'au bout de la démarche, il y a le vote de la loi* »).

²⁰² Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1, I) A) 2) et section 2, II) A).

²⁰³ Cf. *Dépêches Jurisclasseur*, « La Conférence environnementale des 14 et 15 septembre 2012 », 14 sept. 2012.

²⁰⁴ Cf. à titre d'exemple les ministres inscrits au programme de la conférence environnementale de 2014, en moyenne 2 par table-ronde. Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Le programme de la conférence environnementale 2014 », 24 nov. 2014, consulté le 17 nov. 2015 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Le-programme-de-la-conference.html>].

²⁰⁵ « Communication - La préparation de la conférence environnementale », *Compte-rendu du Conseil des ministres du mercredi 18 juillet 2012*, *cit.*

²⁰⁶ Cf. Introduction, I) B) 1).

²⁰⁷ François HOLLANDE, président de la République, « Déclaration du Président de la République à l'occasion de la Conférence environnementale », 14 sept. 2012, *cit.*, p. 1.

²⁰⁸ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, II) A) 1) b).

²⁰⁹ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2, I) A)

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Si les acteurs des conférences environnementales sont en toute logique primordiaux, il est un autre aspect important de ces événements, en particulier dans la symbolique de la construction par étapes.

b) Le lieu et le suivi des conférences environnementales, construire sur le bilan

Le lieu des conférences environnementales recouvre une certaine symbolique quant au déroulé et au principe même de ces conférences annuelles, visant à élaborer les réponses aux problématiques environnementales par un processus d'amélioration constante²¹⁰. Ce lieu, c'est le Conseil économique, social et environnemental (CESE). Or, c'est ce même conseil qui a fait le bilan du Grenelle de l'environnement²¹¹. Ce rapport de 2012 s'intitule d'ailleurs fort à propos « *Pour un nouvel élan* ». Ce qui vient faire écho aux propos de l'exécutif quant au besoin de relancer le processus initié par ce même Grenelle²¹². Le CESE, qui a clos la séquence Grenelle, est donc choisi pour ouvrir la nouvelle séquence, celle des conférences environnementales, et lui donner ainsi « *un nouvel élan* ».

Et afin de rester dans la symbolique du bilan et de la construction progressive sur les acquis des expériences précédentes, il apparaît clairement que les conférences environnementales, chaque année, se fondent sur le bilan de la précédente. D'où la mise en place d'objectifs et d'indicateurs, comme évoqué plus haut, et la rédaction d'une feuille de route pour pouvoir mesurer cette évolution et corriger le tir si besoin. Ainsi en est-il du rapport qui nourrit la conférence environnementale des 14 et 15 septembre 2012²¹³, fondé sur l'analyse des mesures du Grenelle et de leur application, mais également du rapport de 2013 intitulé « *D'une conférence environnementale à l'autre, un an de transition écologique* »²¹⁴. Ce rapport dresse « *un tableau de bord de la mise en œuvre de la feuille de route pour la transition écologique [...]. Parmi les 84 mesures de la feuille de route, 24 ont été réalisées de façon définitive, et 39, de portée de moyen terme, sont engagées conformément au calendrier* »²¹⁵.

Et de même pour les années suivantes.

Cette démarche s'inscrit au cœur du thème de ce travail, puisqu'elle concerne en premier chef l'édiction du droit de la transition énergétique, concept dont les conférences environnementales ont organisé la naissance dans notre corpus juridique. Ce poids des instruments prénormatifs ou para-normatifs constitue d'ailleurs un trait de ce droit²¹⁶.

²¹⁰ Ce qui n'est pas sans rappeler le cœur des méthodes reconnues par les certifications ISO, fondées sur la roue de Deming ou le processus itératif PDCA (Plan-Do-Check-Act).

²¹¹ Pierrette CROSEMARIE, « Bilan du Grenelle de l'environnement ... », *cit.*, 22 février 2012.

²¹² Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1 A) 1) b).

²¹³ Thierry WAHL, Guillaume MORDANT et Christophe POUPARD, « Trajectoire de la France à la suite du Grenelle Environnement : indicateurs de résultats », Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, 2012.

²¹⁴ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « D'une conférence environnementale à l'autre... Un an de transition écologique », sept. 2013, *cit.*

²¹⁵ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « D'une conférence environnementale à l'autre... Un an de transition écologique », sept. 2013, *cit.*, p. 2.

²¹⁶ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 2.

B) Le décollage progressif du concept juridique de transition énergétique

Cette notion relativement floue de transition, telle qu'évoquée dans l'introduction²¹⁷, a fait au cours des dernières années son entrée dans notre corpus juridique, principalement *via* la cause environnementale. Ainsi en est-il des transitions écologique et énergétique²¹⁸ martelées tout d'abord par nos gouvernants avant d'obtenir, si ce n'est une définition juridique claire, à tout le moins l'identification d'un ensemble de textes²¹⁹. Pour le cas qui nous concerne, la transition énergétique, l'intégration juridique débute avec la conférence environnementale de 2012 et se poursuit avec les suivantes.

1) La conférence environnementale 2012, lancement de la transition énergétique

La conférence environnementale des 14 et 15 septembre 2012, première du nom, « *est saisie de deux grandes priorités* :

- *l'énergie, avec l'ouverture prochaine du grand débat national sur la transition énergétique,*
- *et la préservation de la biodiversité avec la perspective d'une loi-cadre* »²²⁰.

Et afin d'aborder ces thématiques de manière croisée, la conférence s'organise autour de 5 tables-rondes concernant le DNTE, la biodiversité, les risques sanitaires environnementaux, la fiscalité écologique et la gouvernance environnementale²²¹. De ces débats vont alors découler des mesures d'encadrement, afin de canaliser la transition énergétique sur le long terme et des mesures d'action afin de lui donner ses premiers effets rapidement.

a) La préparation des mesures d'encadrement de la transition énergétique

La transition énergétique a pour but de « *porter un changement durable* »²²². Il lui faut donc penser sur le long terme. Et c'est en cela que la première conférence environnementale a un rôle de préparation du futur cadre juridique de celle-ci.

Or, afin de bâtir un édifice résistant et durable, il est important qu'il ait de saines et robustes fondations. Dans le cas d'un mouvement global de changement de modèle énergétique, avec toutes les implications que cela recouvre²²³, il paraît fort heureux de l'entamer par une discussion entre les parties prenantes. Ce sera dès lors le rôle du DNTE. La feuille de route issue de la conférence environnementale dessine alors sans plus attendre l'architecture de ce

²¹⁷ Cf. Introduction, I) A) 2).

²¹⁸ À titre d'exemple, François HOLLANDE dans sa « Déclaration du Président de la République à l'occasion de la Conférence environnementale », 14 sept. 2012, *cit.*, évoque la transition écologique (p. 1) avant même d'aborder la transition énergétique (p. 3), thème central de cette rencontre.

²¹⁹ Dont les bases sont notamment, mais pas seulement la loi de transition énergétique pour la croissance verte, les ordonnances qui en découlent et les textes réglementaires subséquents. Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1.

²²⁰ *Dépêches Jurisclasseur*, « La Conférence environnementale des 14 et 15 septembre 2012 », 14 sept. 2012.

²²¹ *Ibid.*

²²² François HOLLANDE, président de la République, « Déclaration du Président de la République à l'occasion de la Conférence environnementale », 14 sept. 2012, *cit.*, p. 1.

²²³ Impacts économiques tout d'abord, mais aussi paysagers, sociaux, sanitaires, d'artificialisation des sols, de réseaux, etc.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

débat²²⁴ qui doit se dérouler sur « *une période allant de novembre 2012 à mai 2013* »²²⁵. Elle prévoit également la réforme du CNDDGE qui deviendra le CNTE, et aura un rôle à jouer après le débat, sur le suivi de tout le processus de la transition énergétique, en particulier concernant les futures mesures juridiques y afférant²²⁶. Dans le même temps, le Premier ministre a, lors de son discours de clôture de la conférence, « *insisté sur la nécessité de simplifier notre droit de l'environnement devenu complexe en raison "d'empilements successifs"* »²²⁷. Cette formule sera le point de départ des Etats généraux de modernisation du droit de l'environnement (EGMDE)²²⁸, prévus pour la fin du printemps 2013 et abordant les aspects directement juridiques de notre réglementation environnementale.

Tous ces éléments devront alors se conjuguer pour déboucher sur la consécration de la transition énergétique par la rédaction d'une « *loi de programmation [...] qui sera déposée devant le Parlement à la fin du premier semestre 2013* »²²⁹.

Enfin, l'un des éléments de long terme les plus emblématiques et surtout controversés des mesures inscrites – et en l'occurrence renouvelées²³⁰ – dans la feuille de route à l'issue de la conférence est la réduction de la part du nucléaire dans le mix électrique de 75 à 50 % d'ici à 2025²³¹. Cette mesure peut être considérée de long terme en ce qu'elle constitue un objectif pour la décennie suivante, mais si l'on prend en compte le temps nécessaire à l'évolution du mix énergétique et en particulier celui nécessaire pour agir sur des installations de grande puissance comme les centrales nucléaires²³², elle se téléscope avec la nécessité d'une action sans tarder afin de tenir cet objectif.

²²⁴ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, II) et section 2, I) et II).

²²⁵ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Feuille de route pour la transition énergétique : chantiers prioritaires, méthode et calendrier », 20 sept. 2012, consulté le 9 nov. 2015, p. 6 [www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Feuille_de_Route_pour_la_Transition_Ecologique.pdf].

²²⁶ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1, I).

²²⁷ Diane POUPEAU, « Les projets du gouvernement dévoilés à la conférence environnementale », *AJDA*, 2012, p. 1709.

²²⁸ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Feuille de route pour la transition énergétique : chantiers prioritaires, méthode et calendrier », 20 sept. 2012, *cit.*, p. 23.

²²⁹ François HOLLANDE, président de la République, « Déclaration du Président de la République à l'occasion de la Conférence environnementale », 14 sept. 2012, *cit.*, p. 8.

²³⁰ Cf. engagement n°41, Lui Président, « Les 60 engagements présidentiels de François Hollande », 2012, *cit.*, p. 28.

²³¹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Feuille de route pour la transition énergétique : chantiers prioritaires, méthode et calendrier », 20 sept. 2012, *cit.*, p. 4.

²³² Par exemple, le réacteur de type EPR de la centrale de Flamanville (un site déjà équipé de réacteurs plus anciens, donc en principe avec moins de travaux qu'un site entièrement à construire), est en construction depuis décembre 2007 (Cf. Loïc SOLEYMIEUX, « EPR de Flamanville : de plus en plus en retard, de plus en plus coûteux », *Le Monde*, 21 avril 2015, consulté le 29 nov. 2015 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2015/04/21/epr-de-flamanville-de-plus-en-plus-en-retard-de-plus-en-plus-couteux_4618984_3244.html]).

De même, pour remplacer les 900 MW de puissance installée d'un réacteur de la centrale de Fessenheim, il est par exemple nécessaire d'installer entre le double et le triple en puissance éolienne terrestre (en prenant un facteur de charge moyen de 25% mais avec les incertitudes propres aux questions de réseaux, de stockage ou encore de maîtrise de la consommation et en partant du fait, improbable, qu'on ne remplacerait cette centrale que par de l'éolien terrestre), soit entre 1800 et 2700 MW. Ce qui représente l'ensemble des nouvelles installations éoliennes terrestres sur une période de 2 ou 3 ans (cf. RTE, « Panorama de l'électricité renouvelable

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

b) La décision de mesures d'action pour la transition énergétique

Afin de montrer la réalité de la transition énergétique au grand jour, il a été nécessaire de prendre des mesures percutantes, tant en termes d'intérêt politique (en tentant d'engranger des succès rapides) que parce que ces problèmes ont été qualifiés d'urgents²³³.

Dans ce domaine, la mesure la plus symbolique n'est autre que la fermeture de la centrale nucléaire de Fessenheim, originellement prévue pour la fin de l'année 2016²³⁴, du fait de son statut de doyenne des centrales françaises²³⁵, et de sa position géographique contestée²³⁶. Cependant, la conférence environnementale ne donna pas davantage d'informations sur les modalités de fermeture d'une telle installation.

Néanmoins, si la transition énergétique en France est immanquablement vue au prisme de l'énergie nucléaire, cette question est beaucoup plus large, et se doit d'inclure les énergies fossiles et renouvelables. A propos des actions concrètes et rapides envisagées pour la production d'énergie, la conférence environnementale a été l'occasion de rappeler « *que l'exploitation des gaz et huile de schistes par fracturation hydraulique, [n'est pas] exempte de risques lourds pour la santé et l'environnement* »²³⁷. Les demandes de permis d'exploitation ont ainsi été rejetées. Cette mesure apparaît d'emblée dans la logique de la transition énergétique, à la recherche de techniques de production d'énergie plus saines pour l'environnement.

Cependant, c'est bien évidemment du côté des énergies renouvelables que la conférence environnementale a eu pour tâche d'annoncer des actions rapides en leur faveur. Ainsi, le résultat des débats de la table ronde n°1, sur le DNTE, n'hésite pas à présenter les énergies renouvelables et leurs systèmes associés²³⁸ comme porteurs « *d'une nouvelle révolution industrielle et sociétale* »²³⁹. Nous reconnâtrons ici l'influence de Jeremy Rifkin²⁴⁰. La facilitation de la mise en place de ce tournant énergétique devra commencer dès lors par la suppression d'un des freins à l'éolien terrestre, les Zones de développement éolien (ZDE)

au 30 juin 2015 », consulté le 12 nov. 2015, p. 11 [http://www.rte-france.com/sites/default/files/2015_06_30_rte_panorama_elr_juin2015.pdf]).

²³³ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Feuille de route pour la transition énergétique : chantiers prioritaires, méthode et calendrier », 20 sept. 2012, *cit.*, p. 4.

²³⁴ Engagement n°41, Lui Président, « Les 60 engagements présidentiels de François Hollande », 2012, *cit.*, p. 28. Cf. développements Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, II) B) 2).

²³⁵ Cf. Marie-Béatrice BAUDET, Audrey GARRIC, « Pourquoi la centrale nucléaire de Fessenheim est-elle ciblée ? », *Le Monde*, 18 mars 2014, consulté le 29 nov. 2015 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2014/03/18/pourquoi-la-centrale-nucleaire-de-fessenheim-est-elle-ciblee_4384936_3244.html#AY14VuZ43BxiRL6E.99].

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Feuille de route pour la transition énergétique : chantiers prioritaires, méthode et calendrier », 20 sept. 2012, *cit.*, p. 6.

²³⁸ À savoir les innovations techniques devant permettre le passage progressif à un mix énergétique 100% renouvelable, avec en premier lieu le stockage de l'énergie et le déploiement des réseaux intelligents.

²³⁹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Feuille de route pour la transition énergétique : chantiers prioritaires, méthode et calendrier », 20 sept. 2012, *cit.*, p. 4.

²⁴⁰ Cf. Jeremy RIFKIN, *La troisième révolution industrielle : Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Les Liens qui Libèrent, 2012.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

ainsi que par la sécurisation du tarif d'achat²⁴¹ ; par l'annonce d'appels d'offres « *d'ici décembre 2012 pour la création de parcs éoliens [offshore]* »²⁴², et « *avant la fin 2012 pour favoriser de grandes installations [solaires] ciblant les technologies innovantes et le développement économique local* »²⁴³. Enfin, en sus de stabiliser ou de relancer des filières renouvelables en cours d'acquisition de leurs maturités technologique et économique, il est prévu que l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) lance « *début 2013 une initiative pour la construction de démonstrateurs d'énergie hydrolienne* »²⁴⁴.

C'est donc dès la première conférence environnementale que la méthode d'élaboration du droit de la transition énergétique a été définie en creux. Elle peut être considérée comme une méthode participative permettant de fixer le contenu d'un ensemble de mesures tant de long terme que de court terme, dont le législateur est ensuite chargé de la transcription dans l'ordonnancement juridique. Le fond provient de la concertation et la forme des canaux classiques de création du droit.

De plus, ces mesures devant avoir un impact rapide et mesurable sur le processus de transition énergétique, le Gouvernement suit ici sa logique de conférences annuelles aux progrès mesurables. C'est pourquoi les conférences environnementales suivantes vont s'employer à suivre et renforcer le mouvement de transition.

2) Le contrôle annuel de l'avancement de la transition énergétique

Dès la fin de la conférence environnementale de 2012, son impact a pu se faire sentir, tant dans des textes législatifs que dans des décisions procédant de la logique de l'État-stratège²⁴⁵. Par la suite, les conférences de 2013 et de 2014 ont continué à dérouler le processus de la transition énergétique jusqu'à ce que le cœur des débats se déplace vers l'élaboration de la loi de programmation.

a) 2012-2013, des actions rapides mais un cadrage retardé

À peine trois semaines après la première conférence environnementale, les mesures décidées par celle-ci impactaient un projet de loi²⁴⁶ et causaient déjà quelques remous²⁴⁷. Le projet de loi dite Brottes, ainsi, « *fait suite pour nombre de ses amendements à la récente conférence*

²⁴¹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Feuille de route pour la transition énergétique : chantiers prioritaires, méthode et calendrier », 20 sept. 2012, *cit.*, p. 7.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ *Id.*, p. 8.

²⁴⁵ Le refus des permis d'exploitation des gaz de schistes en fait partie, en ce que l'Etat ne se contente pas ici simplement d'analyser la légalité des demandes mais y inclut une motivation politique, le choix de laisser ces gisements fossiles sous terre. Cf. pour une tentative de définition simple de l'Etat stratège, le Portail de l'IE, « Etat stratège », consulté le 30 nov. 2015 [<http://www.portail-ie.fr/lexiques/read/87>] ; cf. également Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, I) B) 1) b).

²⁴⁶ Projet de loi finalement adopté sous l'intitulé suivant : Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, dite loi Brottes.

²⁴⁷ *Droit de l'environnement*, « L'examen de la loi Brottes visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre reporté au Sénat », *Droit de l'environnement*, 1^{er} oct. 2012.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

environnementale »²⁴⁸. La suppression de la règle des cinq mâts par parc éolien²⁴⁹, de la nécessité d'une ZDE pour obtenir le tarif d'achat²⁵⁰ et l'assouplissement du raccordement des parcs éoliens offshore et hydroliens²⁵¹ fait ainsi application directe de la feuille de route de la conférence. Ces mesures bienvenues étaient jugées urgentes par le secteur concerné²⁵² et permettent d'agir efficacement et simplement « *sans attendre les calendes grecques* » comme l'a souligné le député François Brottes, rapporteur du texte²⁵³. Pour ce qui est des autres énergies renouvelables, comme promis, l'éolien offshore a fait l'objet d'une saisine de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) sur le cahier des charges et le processus a été lancé pour une attribution des zones de développement fin 2014²⁵⁴, tandis que du côté du solaire, ont été édictées des « *mesures d'urgence pour la relance de la filière photovoltaïque française* »²⁵⁵. Ces mesures sont principalement le doublement des volumes attribués sur 2013 par appel d'offres²⁵⁶, avec un tropisme pour les technologies innovantes (telles que

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Intégrée dans le droit français par l'article 90 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite loi Grenelle II, afin de « *lutter contre mitage* » (Audrey GARRIC, Jonathan PARIENTE, « Eolien terrestre : dix ans de batailles juridiques », *Le Monde*, 5 oct. 2012, consulté le 30 nov. 2015 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2012/10/05/eolien-terrestre-dix-ans-de-batailles-juridiques_1770716_3244.html#B6ppuBwiXuIohjY1.99]).

²⁵⁰ Règle instaurée par l'article 37 de la loi n°2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, dite loi POPE.

²⁵¹ La loi Brottes en son article 25 vient modifier l'article L. 146-6 du Code de l'urbanisme, à propos du littoral. Les zones prévues pour le raccordement des futurs parcs éoliens offshore et hydroliens étant situées dans des zones présentant une sensibilité environnementale (cf. RTE, « Accueil de la production hydrolienne », janv. 2013, consulté le 28 nov. 2015, p. 7 [www.rte-france.com/sites/default/files/etude-hydrolien-2013.pdf]) il a été nécessaire de prévoir la réalisation de travaux de raccordement « *visant à promouvoir l'utilisation des énergies renouvelables* » dans ces espaces, moyennant l'usage de techniques « *souterraines et toujours celles de moindre impact environnemental* » (article 25 de la loi Brottes).

²⁵² Cf. par exemple : Arnaud GOSSEMENT, « Loi Brottes : les éoliennes entre simplification et complication », *Gossement Avocats*, 17 mars 2013, consulté le 29 nov. 2015 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2013/03/17/loi-brottes.html>] : « *Reste à savoir si ces avancées seront suffisantes pour freiner la chute actuelle de l'éolien* ». Ou : Sophie FABREGAT, « Loi Brottes : le secteur éolien soulagé », *Actu-environnement.com*, 12 mars 2013, consulté le 29 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/eolien-raccordements-offshore-loi-systeme-energetique-sobre-18028.php4>].

²⁵³ « L'examen de la loi Brottes ... », *cit.*, 1^{er} oct. 2012.

²⁵⁴ *Droit de l'environnement*, « Éoliennes en mer : un nouvel appel d'offres pour 1000 mégawatts lancé au large du Tréport et des deux îles d'Yeu et de Noirmoutier », 1^{er} jan. 2013.

²⁵⁵ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Mesures d'urgence pour la relance de la filière photovoltaïque française », 7 jan. 2013, consulté le 19 nov. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/DP_photovoltaique.pdf].

²⁵⁶ Afin d'attribuer des tarifs d'achat à 1000 mégawatts par an de projets photovoltaïques de tailles et technologies diverses.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

solaire à concentration ou sur tracker²⁵⁷) et en priorité sur des sites évitant tout conflit d'usage avec les activités agricoles ou forestières²⁵⁸.

En sus des actions concrètes en faveur des énergies renouvelables, la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public a, par son article 13, mis en place le CNTE. Cette version améliorée du CNDDGE ne sera cependant officialisée que le 11 septembre 2013, devenant ainsi « *la nouvelle instance de dialogue en matière de transition écologique et durable* »²⁵⁹. Entre temps, après quelques attermoissements (le lancement étant prévu à l'origine en novembre 2012), la circulaire du 30 janvier 2013 sur l'organisation du débat national de la transition énergétique est publiée²⁶⁰.

Et c'est alors que des retards commencent à se faire sentir. Il en est ainsi du DNTE, qui s'achèvera en juillet 2013 au lieu de mai 2013²⁶¹. Plus grave, il en est ainsi également du projet de loi sur la transition énergétique, initialement prévu pour la fin du 1^{er} semestre 2013 et repoussé dans un premier temps à fin 2014²⁶².

Néanmoins, les discours tant du président de la République en ouverture de la conférence environnementale de 2013 que de clôture par le Premier ministre restent très focalisés sur la transition énergétique²⁶³, alors même que les thèmes abordés dans les tables rondes sont plus vastes (économie circulaire, gestion de l'eau, emplois...²⁶⁴). D'ailleurs, dans la feuille de route issue de la seconde conférence environnementale, il est difficile de trouver des mesures

²⁵⁷ Pour en savoir plus sur le principe du solaire à concentration ou solaire thermodynamique, voir : ADEME, « Le solaire thermodynamique », 16 mai 2014, consulté le 19 nov. 2015 [<http://www.ademe.fr/expertises/energies-renouvelables-reseaux-stockage/passer-a-l'action/produire-lelectricite/solaire-thermodynamique/>].

Et sur le solaire sur tracker, voir : EDF, L'énergie en questions, « Trackers solaires : améliorer le rendement photovoltaïque », 18 mars 2013, consulté le 29 nov. 2015 [<https://www.lenergieenquestions.fr/trackers-solaires-ameliorer-le-rendement-photovoltaïque/>].

²⁵⁸ Comme prévu par la circulaire du ministre d'État, ministre de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la Mer, en charge des technologies vertes et des négociations sur le climat, en date du 18 décembre 2009 relative au développement et au contrôle des centrales photovoltaïques au sol, p. 1.

²⁵⁹ *Dépêches JurisClasseur*, « Installation du Comité national de la transition écologique », 17 sept. 2013.

²⁶⁰ Ministre de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, *Circulaire du 30 janvier 2013 sur l'organisation du débat national de la transition énergétique*, BO de l'Ecologie, de l'Energie, du développement durable et de l'Aménagement du territoire du 25 février 2013 – Numéro 3.

²⁶¹ Cf. Partie 1, titre 1, section 1, I) B) 1) a).

²⁶² Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Deuxième feuille de route pour la transition écologique », sept. 2013, consulté le 16 nov. 2015, p. 3 [[ww.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Feuille_de_Route_2013_VDEF.pdf](http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Feuille_de_Route_2013_VDEF.pdf)].

²⁶³ François HOLLANDE, président de la République, « Discours d'ouverture de la Conférence environnementale pour la transition écologique », 20 sept. 2013, consulté le 19 nov. 2015 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/discours-d-ouverture-de-la-conference-environnementale-pour-la-transition-ecologique.pdf>].

Jean-Marc AYRAULT, Premier ministre, « Discours de clôture de Jean-Marc Ayrault, Premier ministre, Conférence environnementale, au Palais d'Iéna », 21 sept. 2013, consulté le 19 nov. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/discours_de_cloture_de_jean-marc_ayrault_premier_ministre_a_la_conference_environnementale_au_palais_diena.pdf].

²⁶⁴ Cf. *Dépêches JurisClasseur*, « 2e édition de la conférence environnementale », 23 sept. 2013.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

concrètes concernant la transition énergétique, sauf dans le chapitre sur les créations d'emploi²⁶⁵.

Nonobstant, l'idée de contrôler l'accomplissement des mesures décidées auparavant reste bien présente à l'image des documents à cet effet préparés par le ministère de l'Ecologie pour poser les bases de la réunion annuelle²⁶⁶.

b) 2014-2016, la transition énergétique s'émancipe des conférences environnementales

La troisième conférence environnementale suit la même pente, somme toute logique. Une fois les grandes orientations et les mesures d'urgence lancées par la conférence de 2012, les suivantes élargissent le spectre pour laisser le sujet de la transition énergétique à son traitement d'abord par le DNTE puis par les débats sur la loi de programmation. Elle ne fait cependant pas l'impasse sur le bilan des années précédentes, l'occasion de rappeler que, cette fois, « *le projet de loi a été adopté par l'Assemblée Nationale* » et que le CNTE est entré en activité²⁶⁷.

Cette conférence environnementale change par ailleurs quelque peu de format ; elle est ouverte par la ministre de l'Ecologie, Ségolène Royal, qui prononce d'ailleurs un discours là aussi beaucoup moins orienté sur la transition énergétique que les années précédentes²⁶⁸, mais en guise de compensation, l'événement prend cette fois place au palais de l'Élysée. En réalité, cette conférence, un peu retardée²⁶⁹, outre les formalités de suivi des avancées de la transition, se focalise surtout sur la préparation de la *Conference of the parties* (COP) 21 qui doit avoir lieu à Paris un an plus tard.

Alors que l'adoption finale de la loi de transition énergétique a encore été repoussée par rapport aux annonces de la dernière conférence²⁷⁰, les avancées dans le domaine de la transition énergétique annoncées dans la feuille de route 2015 résident davantage dans le recul des subventions aux énergies fossiles. Le Gouvernement s'engage ainsi, suite aux

²⁶⁵ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Deuxième feuille de route pour la transition écologique », sept. 2013, *cit.*, p. 12 – 13.

²⁶⁶ Cf. par exemple, ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « D'une conférence environnementale à l'autre... Un an de transition écologique », 11 sept. 2013, *cit.*

²⁶⁷ Ségolène ROYAL, ministre de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Organisation et enjeux de la Conférence Environnementale 2014, Point sur les échéances nationales et internationales, Agenda de travail », 24 nov. 2014, consulté le 16 nov. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Conference_envi_2014.pdf].

²⁶⁸ On dénombrera au total les termes « transition énergétique » mentionnés seulement trois fois dans le discours d'ouverture de la ministre de l'Ecologie (Ségolène ROYAL, ministre de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Discours de Mme Ségolène Royal, Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie », 27 nov. 2014, consulté le 19 nov. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/27-11-2014_Discours_S-ROYAL_conf_envi_2014.pdf]).

²⁶⁹ Elle aura lieu les 27 et 28 novembre 2014. Cf. Ségolène ROYAL, ministre de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Organisation et enjeux de la Conférence Environnementale 2014, Point sur les échéances nationales et internationales, Agenda de travail », 24 nov. 2014, *cit.*, p. 3.

²⁷⁰ La promulgation de la loi n° 2015-992 relative à la transition énergétique pour la croissance verte aura lieu le 18 août 2015.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

échanges de la table-ronde sur la COP 21²⁷¹, à « *supprimer tous les crédits export dans le soutien qu'il accorde aux pays en développement, dès lors qu'il y a utilisation du charbon* ». Il en sera de même de son action auprès des institutions internationales de financement dans le but de « *prioriser le soutien aux énergies renouvelables et à l'efficacité énergétique, et de n'autoriser en particulier le financement de centrales à charbon que dans des circonstances rares et exceptionnelles* ». Et enfin, le Gouvernement s'engage « *au niveau européen, à faire en sorte que soient supprimées à terme les subventions aux énergies fossiles* ». Vaste programme s'il en est, tant le montant de ces subventions reste astronomique à l'échelle mondiale²⁷². Toujours est-il que la mesure a montré ses premiers effets dès 2015, avec l'abandon de toute future construction de centrale à charbon par de grands groupes français²⁷³.

À noter qu'en 2015, du fait du temps fort de l'environnement que représente la COP 21, aucune conférence environnementale n'a été organisée. Cependant, afin de poursuivre dans cette logique vertueuse des engagements passés, le ministère de l'Ecologie a publié en juillet 2015 un tableau de bord de la mise en œuvre de la feuille de route 2015²⁷⁴.

Finalement, la conférence environnementale de 2016, la dernière du quinquennat, est vue comme l'occasion de dresser le bilan des précédentes éditions et relancer les actions annoncées lors des éditions précédentes mais non accomplies²⁷⁵. Si de nombreuses mesures dans le domaine de la transition énergétique ont fait l'objet d'une traduction juridique, notamment par le vote de la loi de transition énergétique en 2015²⁷⁶, ce mode volontiers vu comme un exercice de co-création de la loi montre des signes d'essoufflement du côté des partenaires, certains décidant de le boycotter²⁷⁷. En cause, les attermoissements voire reculs sur certaines promesses et dossiers liés à l'environnement ou à la transition énergétique,

²⁷¹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Feuille de route 2015 issue des trois tables rondes de la Conférence environnementale », 4 fév. 2015, consulté le 10 nov. 2015, p. 11 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/FRTE_2015.pdf].

²⁷² Le Fonds Monétaire International (FMI) estimait en 2015 le montant total (subventions + coût environnemental) des subventions aux énergies fossiles dans le monde à un total de 5300 milliards de dollars. Cf. FMI, « How Large Are Global Energy Subsidies? », mai 2015, consulté le 29 nov. 2015, p. 18 [<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2015/wp15105.pdf>].

²⁷³ Cf. Claude FOUQUET, « Royal confirme la suppression des aides à l'export pour les centrales à charbon », *Les Echos*, 10 sept. 2015, consulté le 19 nov. 2015 [<http://www.lesechos.fr/industrie-services/energie-environnement/021317345747-energie-royal-confirme-la-suppression-des-aides-a-l-export-pour-les-centrales-a-charbon-1154166.php?XX5BJjCMF6q3FAIR.99>].

Et, Rachida BOUGHRIET, « Engie ne construira plus de centrales à charbon », *Actu-environnement.com*, 16 oct. 2015, consulté le 19 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/engie-centrales-charbon-25482.php4>].

²⁷⁴ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Tableau de bord de mise en œuvre de la feuille de route 2015 pour la transition écologique », 21 juil. 2015, consulté le 10 nov. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/TBFRTE2015_21juillet2015.pdf].

²⁷⁵ Sophie FABREGAT, « Conférences environnementales : l'heure du bilan », *Actu-environnement.com*, 16 fév. 2016, consulté le 17 fév. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/bilan-feuille-route-environnementales-biodiversite-energie-transports-26243.php4>].

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ Sophie FABREGAT, « Conférence environnementale : les acteurs sont partagés entre colère et attentes », *Actu-environnement.com*, 22 avr. 2016, consulté le 22 avr. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/conference-environnementale-acteurs-gouvernement-colere-attente-26659.php4>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

soulignant les limites de conférences environnementales non réellement suivies d'effets²⁷⁸. Le résultat de celle de 2016 se limite d'ailleurs principalement à un calendrier de publication des textes réglementaires d'application de la loi de transition énergétique²⁷⁹. Ce constat des difficultés lors de la dernière échéance souligne l'inadaptation du processus législatif classique, trop souvent incapable de tenir les engagements faits dans les forums de participation.

Au-delà des conférences environnementales, cycle d'événements ayant connu un décollage plus aisé que son atterrissage, l'autre temps fort de la concertation autour de ce concept naissant qu'est la transition énergétique n'est autre que le DNTE.

II. Le débat national sur la transition énergétique, Grenelle 2.0

Le DNTE, annoncé par la feuille de route de la conférence environnementale des 14 et 15 septembre 2012, aura lieu entre novembre 2012 et juillet 2013 dans toute la France et sur internet. Ce débat préparatif à la loi de programmation sur la transition énergétique se veut ouvert au public et à l'ensemble des représentants de tout groupe d'intérêt pouvant avoir un lien avec l'énergie. Le public ici évoqué l'est au sens large et de fait le DNTE constitue un appel à l'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004, prévoyant que :

« Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».

En effet, la transition énergétique a par essence une incidence sur l'environnement qui est espérée positive. Quant à l'architecture de ses instances *ad hoc*, elle en fait un processus singulier dans l'histoire de la politique énergétique française, assez peu - et c'est un doux euphémisme - marquée par l'accès des voix non issues des cénacles techniques aux décisions la concernant. Dans un chapitre ultérieur, nous traiterons de la valeur juridique des documents organisant ce débat ainsi que de ceux en résultant²⁸⁰.

²⁷⁸ *Ibid.* *Quid*, également de l'engagement du groupe Engie, en partie détenu par l'Etat Français dans la construction d'une centrale électrique au charbon en Afrique du Sud ? Cf. Earthlife Africa Jhb, « GDF Suez set to increase climate change in South Africa, Earthlife to Protest », 15 avr. 2015, consulté le 25 avr. 2016 [<http://earthlife.org.za/2015/04/15/%ef%bb%bfpress-release-gdf-suez-set-to-increase-climate-change-in-south-africa-earthlife-to-protest/>].

²⁷⁹ Dominique BOMSTEIN, « Quel bilan pour la conférence environnementale ? », *Environnement-magazine*, 27 avr. 2016, consulté le 28 avr. 2016 [<http://www.environnement-magazine.fr/article/47331-quel-bilan-pour-conference-environnementale/>].

²⁸⁰ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 2, I) A).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Afin de bien situer l'organisation du débat et le rôle de chaque organe dans les développements à suivre, il paraît utile de reproduire ici le diagramme diffusé par le ministère de l'Ecologie en 2013, à l'issue du débat.



Figure 1 : Lieux et instances du débat, Annexe III, Eléments de synthèse de l'organisation et du déroulement des débats [www.developpement-durable.gouv.fr/Objectifs-et-organisation-du-debat.html]

A) La sensibilisation du grand public et la réception de ses opinions

Afin de sensibiliser la population française à l'enjeu de la transition énergétique et de recueillir son assentiment, le DNTE a volontairement cherché à faire une place au grand public, traditionnel spectateur passif des évolutions du mix énergétique. Dès lors, il était évident de recourir à des réunions publiques mais aussi à l'outil internet, tout en gardant une structure de remontée d'informations vers un forum centralisé. L'exercice est particulièrement intéressant en termes d'assimilation des enjeux globaux de l'énergie par la population et pour préparer la meilleure acceptabilité et donc le meilleur respect du texte de loi qui doit ressortir de ce processus.

1) Réunions publiques et débats en ligne, l'effort d'ouverture

Si la sensibilisation du public se joue sur deux fronts, en ligne et sur le terrain, l'organisation de cette démarche comporte des éléments décentralisés, pour être au plus proche du citoyen, et des éléments centralisés, afin d'encadrer les débats et de faire remonter l'information aux instances nationales.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

a) Les outils centralisés du débat citoyen

En ce qui concerne les outils du débat, c'est la circulaire du 30 janvier 2013 sur l'organisation du débat national sur la transition énergétique²⁸¹ qui les énumère et précise également les événements prévus de janvier à juillet 2013. S'agissant des outils centralisés directement relatifs au grand public, nous en dénombrons trois : le Comité de liaison du débat décentralisé, le comité citoyen et enfin le site internet, destiné à recueillir des contributions²⁸².

En premier lieu :

« Le Comité de liaison du débat décentralisé est composé des représentants des associations nationales d'élus (AMF, ADF, ARF...) et d'associations spécialisées. Il a pour mission de suivre les débats dans les territoires et de veiller au format des synthèses de ces échanges afin d'en faciliter l'agrégat au niveau national »²⁸³.

Ce comité a donc le rôle de passerelle entre les débats sur le terrain, à l'échelon régional, et les cénacles d'experts et décideurs parisiens. Emerge dès lors le rôle de premier plan de la région en tant qu'autorité compétente sur les questions d'énergie, comme le confirmera la loi de programmation résultant du DNTE²⁸⁴.

Cependant, ce comité est entériné tardivement, sachant que le DNTE était supposé commencer en novembre 2012 et que *« plusieurs Régions et territoires infrarégionaux ont déjà pris l'initiative d'organiser des débats locaux alors même que le cadre national permettant d'harmoniser les contributions n'a pas été fixé et que le matériau de mise initiale au débat n'est pas encore totalement stabilisé »²⁸⁵*. Un certain empressement des élus régionaux ou un retard certain des services centraux, donc, qui cependant ne devrait pas causer de différence trop importante dans l'information des citoyens.

En second lieu, le comité citoyen, *« est constitué de 10 à 15 citoyens tirés au sort selon les méthodes éprouvées en la matière, représentant la diversité de la société française. Il est l'observateur de la participation du public à toutes les étapes du débat »²⁸⁶*. Initiative à saluer par sa recherche d'une représentativité la meilleure de la société française, ce comité jouera finalement plutôt un rôle de témoin du DNTE et aura pour utilité de rappeler aux

²⁸¹ Ministre de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, *Circulaire du 30 janvier 2013 sur l'organisation du débat national de la transition énergétique*, cit. - Numéro 3

²⁸² Bien qu'étant par essence même un outil décentralisé car constitué en réseau horizontal, nous le considérerons pour ce débat comme un outil centralisé, en ce que le site internet est mis en place et dirigé par le ministère de l'Ecologie. Il est le point central sur internet vers lequel les contributions doivent converger pour être prises en compte.

²⁸³ Ministre de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, *Circulaire du 30 janvier 2013 sur l'organisation du débat national de la transition énergétique*, cit. - Numéro 3, p. 3.

²⁸⁴ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2, I) A).

²⁸⁵ Assemblée des Communautés de France (AdCF), « Transition énergétique : le Comité de liaison du débat décentralisé est installé », 18 janv. 2013, consulté le 20 nov. 2015 [<http://www.adcf.org/environnement/Transition-energetique-le-Comite-de-liaison-du-debat-decentralise-est-installe-1397.html>].

²⁸⁶ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), consulté le 22 nov. 2015, art. 8 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Charte-du-debat-national-sur-la.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

spécialistes des questions énergétiques que la population, surtout avant mais également après information, se soucie en premier lieu de son pouvoir d'achat et de son confort matériel²⁸⁷. Son rôle de garant du bon déroulement du débat et de l'accès à une information de qualité, évoqué dans la Charte du débat, fait en réalité défaut, à la vue du compte-rendu des réunions de ce comité²⁸⁸.

Enfin, en troisième lieu, le site internet²⁸⁹. La page créée pour le DNTE est mise en ligne le 31 janvier 2013 et doit servir de base d'accès aux « *documents utiles au débat, en particulier le dossier du débat, socle de connaissance produit et organisé par le groupe d'expert* »²⁹⁰. Outre ce rôle de base de données pour canaliser les débats régionaux et orienter les internautes, ce site est doté d'un espace réservé aux contributions, afin de recueillir les avis de ces derniers. La Charte du débat prévoit en effet que « *Tout citoyen peut contribuer au débat national sur la transition énergétique, que ce soit en participant aux débats décentralisés ou en s'exprimant sur le site internet dédié* »²⁹¹. Néanmoins, si la Charte du débat prévoit que les contributions en ligne issues de cette initiative heureuse sont remises au Conseil national du débat, il n'est pas dit que celles-ci seront prises en compte dans la synthèse du DNTE²⁹².

Les outils du débat citoyen étant en place, le succès de ce volet du DNTE ne dépend dès lors plus que de l'importance que voudra bien lui accorder le public.

b) Les mobilisations décentralisées des différentes plateformes

L'aspect réellement citoyen du DNTE s'est mesuré par l'ampleur de la participation tant sur le site internet que lors des trois catégories d'événements qu'ont été les débats en région, les journées de l'Energie et enfin la journée citoyenne.

Les journées de l'Energie, tout d'abord, tenues les 29, 30 et 31 mars 2013 dans toute la France, « *ont permis [...], sur le modèle des journées du patrimoine, de visiter parcs éoliens, barrages, chaufferies biomasse, centres de distribution d'électricité, bâtiments exemplaires, etc.* »²⁹³. « *200 000 visiteurs s'y sont rendus* »²⁹⁴. Nous sommes ici dans un événement de transmission d'information plutôt que de participation ou même de concertation. En effet, l'objectif - vertueux - est de faire découvrir aux personnes intéressées la réalité du système énergétique français près de leur domicile, mais pas de recueillir leur avis. Cependant, en contribuant à démystifier la production, le transport, la distribution et la consommation

²⁸⁷ C'est ce qui ressort de la « Synthèse du Comité citoyen au conseil national », 2013 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/13101-synthese_comite-citoyen_def_web_.pdf].

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ Cf. [www.transition-energetique.gouv.fr].

²⁹⁰ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, *Circulaire du 30 janvier 2013 sur l'organisation du débat national de la transition énergétique*, cit., - Numéro 3, pp. 4 – 5.

²⁹¹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), cit., art. 3.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Annexe III : Eléments de synthèse de l'organisation et du déroulement du débat », 2013, consulté le 20 mars 2014, p. 8 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/03_annexe_iii_deroulement.pdf].

²⁹⁴ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

d'énergie, cette initiative peut aider à ouvrir les « *boîtes noires* »²⁹⁵ de l'énergie, et cela constitue une bonne base à une prise de conscience des enjeux et à un débat constructif. Néanmoins, si cette démarche est encourageante, 200 000 visiteurs restent une affluence très faible, si on la compare aux chiffres des journées du patrimoine²⁹⁶, utilisées comme modèle, surtout pour des installations non accessibles au public en règle générale.

Suite à cette étape d'information, a eu lieu la journée citoyenne, le 25 mai 2013.

*« 1115 citoyens, sélectionnés selon des règles permettant d'assurer une bonne diversité de participants, ont débattu de la transition énergétique pendant toute une journée dans quatorze régions (onze régions métropolitaines et trois régions d'outre-mer) [...] »*²⁹⁷.

L'intérêt majeur de ce mode de « *consultation citoyenne* »²⁹⁸, cette fois, est de sélectionner des personnes ne présentant pas d'intérêt particulier pour la transition énergétique, n'ayant probablement pas participé aux journées de l'Energie et de tenter d'analyser leur avis sur ce processus avant et après les avoir informées. Il permet, à l'instar du comité citoyen mais à plus grande échelle, « *de constater que les citoyens, dès lors qu'ils sont informés des enjeux de la transition énergétique et sont mis en position d'acteurs, la considèrent très majoritairement comme une chance pour notre société* »²⁹⁹. Le résultat de cette expérience positive n'est cependant pas complété par des éléments sur l'ordre des priorités évoqué par les membres du comité citoyen³⁰⁰, propres à apporter quelques limites à l'engouement suscité par l'apparence d'appropriation du sujet par le citoyen ordinaire.

Dans le même temps, de février³⁰¹ à fin mai 2013, le DNTE s'est déployé dans les régions au travers de plus de 850 événements labellisés³⁰², ayant attiré 170 000 personnes. Cette

²⁹⁵ Colloque de la Faculté de droit de l'Université de Nantes, *Penser et mettre en œuvre les transitions écologiques*, 24 et 25 sept. 2015. Pascal CHABOT, philosophe et professeur à l'IHECS Bruxelles, lors de son intervention *La transition, un concept philosophique transversal*, a parlé « d'ouvrir les boîtes noires » en faisant référence à ces objets qui nous entourent et dont nous ignorons le fonctionnement (smartphones par exemple). Ce concept est lié à un autre, celui de « *l'énergie refoulée* », qui consiste en un refoulement par les individus du sujet de l'énergie afin de ne pas en percevoir les conséquences (on pensera par exemple aux implications de l'exploitation de l'uranium au Niger par Areva, ou aux impacts de la production de pétrole dans le monde, dont les pollutions du delta du Niger sont aussi un bon exemple).

²⁹⁶ À titre d'exemple, l'édition 2015 des journées du patrimoine a attiré 12 millions de visiteurs. Cf. Noémie HALIOUA, « Journées du patrimoine: 12 millions de visiteurs et une surprise », *Le Figaro*, 21 sept. 2015, consulté le 22 nov. 2015 [<http://www.lefigaro.fr/culture/2015/09/21/03004-20150921ARTFIG00059-journees-du-patrimoine-12-millions-de-visiteurs-et-une-surprise.php>].

²⁹⁷ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Annexe III : Eléments de synthèse de l'organisation et du déroulement du débat », 2013, *cit.*, p. 9.

²⁹⁸ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse nationale des débats territoriaux », 2013, consulté le 20 mars 2014, p. 5 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/dnte_synthese_nationale_des_debats_territoriaux.pdf].

²⁹⁹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Annexe III : Eléments de synthèse de l'organisation et du déroulement du débat », 2013, *cit.*, p. 9.

³⁰⁰ Pouvoir d'achat et confort matériel ou actions concrètes de réduction de la consommation d'énergie, par exemple.

³⁰¹ Officiellement, mais des débats en région ont commencé dès novembre 2012. Cf. Partie 1, titre 1, section 1, chap. 1, II) A) 1) a).

³⁰² Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse nationale des débats territoriaux », 2013, *cit.*, p. 5 : « Pour répondre à l'engagement d'atteindre un public nombreux et divers, la dynamique du débat s'est appuyée sur des initiatives portées par des organisateurs multiples. Tout organisateur

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

démarche fort louable d'organisation de débats dans l'ensemble de la France, afin de ne pas limiter ces questions aux habitants des grandes villes, si ce n'est à la capitale, trouve également une limite ; elle s'adresse à des personnes ayant fait le déplacement, donc ayant un intérêt pour le sujet et pouvant dès lors créer un biais d'interprétation³⁰³ de la problématique énergétique par le public. Cependant, par la restitution des synthèses régionales au Conseil national du débat, il est possible d'espérer que les informations remontées seront utilisées dans la synthèse finale du DNTE.

Enfin, durant l'ensemble de ce processus de concertation citoyenne sur le terrain, le site internet du DNTE a recueilli 1200 contributions, « dont près de 1100 exploitables »³⁰⁴. Le nombre des contributions est encore une fois sujet à débat, au sens où il est difficile de savoir si c'est le signe d'une affluence satisfaisante ou non³⁰⁵. L'usage d'internet pour collecter les avis des citoyens était une nécessité, étant donné que cet outil permet de donner accès à des personnes qui n'auraient pas pu ou voulu se déplacer lors des événements sur le terrain. Cependant, il présente aussi la limite d'être destiné aux personnes déjà sensibilisées, qui feront l'effort de poster une contribution en ligne.

Il est à retenir de cet exercice une volonté d'ouvrir l'accès au public à la question de l'énergie et de son évolution à court, moyen et long terme, afin de faciliter la prise en compte d'avis qui auraient été émis pour la phase de législation suivante. La diversité des modes de sollicitation du public est la bienvenue afin de pallier les imperfections de chaque technique même s'il reste toujours des critiques à formuler.

2) Le large consensus citoyen sur les enjeux de la transition énergétique

Les synthèses des différents temps du débat public révèlent un large consensus sur la transition énergétique et ses objectifs mais également des clivages forts tant sur certains sujets bien précis qu'entre les initiés et les profanes.

à caractère collectif (associations, chambres consulaires, agences locales de l'énergie, syndicats de l'énergie, les syndicats professionnel, acteurs économiques, université...) a ainsi pu faire une demande pour labelliser un événement, auprès du Secrétariat général du débat pour les initiatives nationales, ou auprès des conférences régionales qui ont reçu une délégation de labellisation pour les initiatives à l'échelle locale. Les événements et initiatives ayant reçu le label ont constitué la « traçabilité » du débat dans les territoires ».

³⁰³ Afin d'exploiter les résultats de ces réunions, il est important de garder en tête que l'échantillon de public présent montrera, par le simple fait de s'être déplacé, un intérêt plus élevé que la moyenne des Français pour le sujet concerné. Il y aura probablement une plus grande proportion de membres d'associations intéressés ou d'activistes sur des sujets environnementaux par exemple que dans la moyenne française.

³⁰⁴ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse des contributions individuelles au débat », 19 juin 2013, consulté le 20 mars 2014, p. 2 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/13101_synthese_contributions_individuelles_19-06-2013_complet_def_web.pdf].

³⁰⁵ Par exemple, plus récemment, la mise à disposition du projet de loi pour une République numérique sur internet pour un exercice d'amendement ouvert à tous a recueilli 8500 contributions en seulement 3 semaines. Limite de la comparaison également, ce dernier texte concernant internet et les problématiques liées telles le droit d'auteur mobilise naturellement sur internet lui-même. Cf. Jules DARMANIN, « La loi Numérique fait le plein de contributions », *Le Figaro*, 19 oct. 2015, consulté le 22 nov. 2015 [<http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2015/10/19/32001-20151019ARTFIG00261-21000-francais-ont-participe-a-la-consultation-sur-la-loi-numerique.php>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

a) Le large consensus sur la transition énergétique et ses objectifs

« Dès lors que les citoyens sont institués en acteurs du débat, la transition énergétique n'est plus une contrainte, environnementale ou économique, mais un objet de choix. Pour les citoyens consultés, la transition énergétique, c'est à la fois une urgence environnementale, une "chance" et des opportunités de développement économique. 75% des participants considèrent en effet que la transition énergétique aura des effets positifs pour la société et 52 % des effets positifs pour les citoyens. Pour les citoyens consultés, la transition énergétique n'est pas une contrainte extérieure mais un moteur interne à la société française »³⁰⁶.

Ce constat rassurant de la journée citoyenne du 25 mai 2013 donne confiance en l'appréhension positive de la population française face à la transition énergétique, une fois l'information passée. Cela permet d'envisager une transition moins conflictuelle à l'échelle nationale.

Au-delà du consensus sur la transition énergétique elle-même en tant qu'opportunité, il ressort tant du public initié³⁰⁷ que non initié³⁰⁸ la priorité d'agir sur les économies d'énergies. C'est en effet là que le public a le plus de marges de manœuvre³⁰⁹, que les efforts produisent le plus d'effets rapidement et comme le veut l'expression *« l'énergie la moins chère est celle que l'on ne consomme pas »*.

Quant au sujet du mix énergétique, un consensus positif s'est forgé sur le recours aux énergies renouvelables en général avec une demande de soutien de la part des pouvoirs publics pour le développement de ces dernières³¹⁰. D'ailleurs, sur ce sujet, les débats territoriaux ont fait apparaître le souhait que la part de ces énergies dans le mix de production soit plus ambitieuse que celle envisagée par le Gouvernement³¹¹. Un consensus positif existe

³⁰⁶ Cf. « Enseignements de la Journée citoyenne du 25 mai », ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse nationale des débats territoriaux », 2013, cit., p. 8.

³⁰⁷ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse des contributions individuelles au débat », 19 juin 2013, cit., p. 2 : *« Un tiers des contributions citoyennes concernent la maîtrise des consommations énergétiques. Il semble donc y avoir, parmi les citoyens qui ont contribué sur le site internet du débat, une vraie conscience que c'est là le premier levier de la transition énergétique »*.

³⁰⁸ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse nationale des débats territoriaux », 2013, cit., p. 8 : *« La nécessité de réduire nos consommations énergétiques est, de très loin, la thématique la plus traitée dans l'ensemble des débats territoriaux »*.

³⁰⁹ « Synthèse du Comité citoyen au conseil national », 2013, consulté le 20 mars 2014, p. 34 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/13101-synthese_comite-citoyen_def_web_.pdf] :

« Spontanément le rôle qui nous paraît le plus naturel est celui de consommateur, car nous pensons qu'il est le plus simple à prendre en main et celui pour lequel nous nous sentons le plus concernés : C'est un rôle d'économiseur, car c'est nous qui allons peut-être faire diminuer la note, on éteint les boutons, le robinet c'est le plus facile car c'est quotidien / On est directement concernés, car à la fin c'est nous qui payons »

³¹⁰ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse des contributions individuelles au débat », 19 juin 2013, cit., p. 9 : *« Les contributions invitent à investir dans les renouvelables tout en reconnaissant pour certaines les efforts à fournir »*. Et, Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse nationale des débats territoriaux », 2013, cit., p. 12 : *« Le souhait d'une ambition collective pour le développement des filières de recherche, de fabrication ou d'installation des ENR ressort clairement dans un très grand nombre de débats territoriaux »*.

³¹¹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse nationale des débats territoriaux », Proposition n° 8, 2013, cit., p. 37 : *« Les territoires retiennent une fourchette de 23 à 45% d'EnR*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

également sur la recherche concernant le stockage d'électricité et les problématiques de réseaux³¹². Au contraire, une grande majorité s'exprime contre l'exploitation des énergies fossiles non-conventionnelles³¹³.

Enfin, un autre sujet consensuel parmi le public et qui tend à déborder tant le Gouvernement que les acteurs actuels du mix énergétique n'est autre que la décentralisation de la production d'énergie. Les citoyens voient en effet la société française de 2050 organisée autour de pôles de production d'énergie à proximité des bassins de vie favorisant autonomie et maîtrise énergétique³¹⁴, voire l'autoconsommation³¹⁵.

Ces éléments rassurants sur l'union des citoyens derrière une volonté prononcée de lancer la transition énergétique ne cachent cependant pas des clivages profonds sur certains aspects concrets.

b) Des clivages persistants sur certaines sources d'énergie ainsi qu'entre initiés et profanes

Processus assez classique, il est plus aisé de s'accorder sur de grands objectifs que sur les moyens d'y parvenir. Le Grenelle de l'environnement en a d'ailleurs fait la preuve, avec la loi d'objectifs dite Grenelle I votée à la quasi-unanimité, contre une loi d'application dite Grenelle II beaucoup plus contestée³¹⁶.

En l'occurrence, les citoyens ont exprimé des clivages communs, quel que soit leur moyen d'expression, à propos du mix énergétique. En premier lieu, le sujet bien évidemment le plus clivant n'est autre que le nucléaire, dès que le sujet de sa diminution est abordé³¹⁷. En second lieu, l'éolien fait lui aussi l'objet de forts clivages³¹⁸, même si ceux-ci s'estompent s'agissant des « *petits projets particuliers comme pour les grands projets off-shore* »³¹⁹. Dernier cas de clivage, même si moins prononcé, le solaire photovoltaïque, autour duquel le coût de son

d'ici 2020 ». À comparer avec les 23 % prévus par le Paquet-climat-énergie 2020 de l'Union Européenne de janvier 2008, adopté par la France dans la loi Grenelle I du 3 août 2009.

³¹² *Id.*, proposition 13, p. 38.

Et, ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse des contributions individuelles au débat », 19 juin 2013, *cit.*, p. 14.

³¹³ *Id.*, p. 15 (débat territoriaux) et p. 9 (contributions en ligne).

³¹⁴ *Id.*, p. 14, « Enseignements de la Journée citoyenne du 25 mai » (débat territoriaux) et p. 13 (contributions en ligne).

³¹⁵ *Ibid.* (contributions en ligne).

³¹⁶ Sophie FABREGAT, « Adoption définitive du Grenelle 2 : le « monument législatif » ne parvient pas à faire consensus », *Actu-environnement.com*, 30 juin 2010, consulté le 23 nov. 2015 [www.actu-environnement.com/ae/news/grenelle-2-10586.php4].

³¹⁷ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse nationale des débats territoriaux », 2013, *cit.*, p. 15 : « *Les débats restent particulièrement denses, et sujet [sic] à d'interminables polémiques, dès lors que l'on aborde la question de sa réduction* ». Et, ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse des contributions individuelles au débat », 19 juin 2013, *cit.*, p. 9 : « *Le nucléaire est un domaine très clivant [...]* ».

³¹⁸ *Id.* p. 19 (débat territoriaux) : « *S'agissant des projets éoliens terrestres d'envergure, certains débats n'ont toutefois pas réussi à sortir des oppositions "pros versus antis"* ». Et, *id.*, p. 16 (contributions en ligne) : « *L'énergie éolienne est un sujet beaucoup plus clivant [...]* ».

³¹⁹ *Ibid.* (débat territoriaux).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

mode de soutien fait débat³²⁰. Mais l'on bascule déjà dans ce cas sur du débat d'initiés, ce sujet étant abordé par les contributions internet bien plus que dans les débats locaux.

Ce qui nous mène aux autres types de clivages, ceux décelés entre initiés et profanes des questions énergétiques. Cette différence de perception, fondée sur l'expression de convictions personnelles réfléchies et étayées, voire d'un certain militantisme, des initiés se ressent en particulier dans les débats sur les prix de l'énergie. Ainsi, les internautes appellent très clairement à taxer davantage les énergies polluantes (ex : le diesel), à mettre en place des tarifs de l'électricité progressifs, en somme à appliquer le prix réel de l'énergie en incluant notamment ses externalités négatives³²¹, quand le citoyen ordinaire fait preuve de beaucoup plus de mesure, si ce n'est de rejet face à une augmentation du prix de l'énergie³²².

Comme nous avons pu le voir, la consultation du grand public, sous différentes formes, apporte de surprenants résultats et fournit un matériau utile à l'heure de donner une expression juridique à ces espoirs et ces craintes, encourageant à pousser plus loin l'expérience participative dans le domaine de la réglementation globale de l'énergie. En sus de cette consultation large, des instances nationales ont été mises en place par le DNTE pour inviter tous les acteurs concernés par l'énergie à débattre.

B) Des instances collégiales afin de contrer l'opacité du lobbying

En parallèle de ces débats citoyens, le DNTE a mis en place des instances de discussion dans un format plus classique, quoique plus poussé. En effet, à la suite du Grenelle de l'environnement avec sa gouvernance à 5 et de la conférence environnementale avec sa gouvernance à 5 + 1, l'instance majeure du DNTE, le Conseil national du débat instaure une gouvernance à 7 appuyée par des groupes extérieurs devant l'aider dans ses réflexions. Cette concertation de plus en plus large est à saluer, notamment parce qu'elle peut potentiellement couper l'herbe sous le pied des lobbys qui ne manquent pas de faire évoluer le texte lors de son passage au Parlement.

1) Le Conseil national du débat, le parlement avant l'heure

À l'article 4 de la Charte du débat national sur la transition énergétique³²³, le Conseil national du débat est comparé à un parlement et a pour mission de « *faire dialoguer les acteurs* ». Il

³²⁰ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse des contributions individuelles au débat », 19 juin 2013, cit., p. 17 : « *Si l'implantation de l'énergie solaire est plus consensuelle, les avis sur son soutien divergent [...]* ».

³²¹ Id., p. 18 – 19 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/13101_synthese_contributions_individuelles_19-06-2013_complet_def_web.pdf].

³²² Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse nationale des débats territoriaux », 2013 cit., p. 15 : « *La nécessité de verdir la fiscalité française fait consensus, à condition que cela ne soit pas synonyme d'augmentation des prélèvements obligatoires. La fiscalité écologique semble également plus acceptable si sa traçabilité est garantie* ». Et, « Synthèse du Comité citoyen au conseil national », 2013, cit., p. 13 : « *Parler de taxation énergétique ou écologique nous semble être contre-productif dans un contexte où notre pouvoir d'achat ne cesse de se restreindre* ».

³²³ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), cit., art. 4.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

regroupe sept collèges composés chacun de 16 membres, « soit 112 membres au total »³²⁴. Ces sept collèges représentent des syndicats de salariés, d'employeurs, des organisations non gouvernementales environnementales, des associations d'élus locaux et l'État, pour les parties habituelles depuis le Grenelle. À cela s'ajoutent le collège des Parlementaires, à l'instar des conférences environnementales, et, nouveauté, un collège des associations de consommateurs, associations familiales, ou de lutte contre la pauvreté et des chambres consulaires. Un panel large, donc. « Installé le 29 novembre 2012 à l'hôtel de Roquelaure, puis [...] réuni une fois par mois, en neuf séances plénières ouvertes à la presse et retransmises en direct sur le site internet du débat [...] »³²⁵, ce conseil a joué un rôle prépondérant dans le DNTE, étant le point vers lequel toutes les informations ont convergé et duquel doit sortir la synthèse de l'ensemble du processus, prémices du projet de loi de transition énergétique.

Dès sa création, c'est lui qui adopte la Charte du débat³²⁶, validant ainsi l'existence des autres instances du DNTE, en fixe les grandes orientations et le calendrier³²⁷. La Charte lui permet également de procéder à des auditions publiques qui « doivent permettre de recueillir les préoccupations des différents secteurs de l'économie, des acteurs sociaux et des citoyens »³²⁸. Il est nécessaire de noter ici l'absence de mention des préoccupations environnementales, en général associées dans la démarche de développement durable aux préoccupations économiques et sociales. Le conseil y aura recours à 23 reprises, recevant « des ministres français et étrangers, des associations de lutte contre la précarité énergétique, des sociologues, un parlementaire européen, des dirigeants de hautes autorités publiques, des patrons d'entreprises ou encore des écologistes et experts internationaux »³²⁹ sans plus de précisions.

De plus, le conseil peut créer des groupes de travail parmi ses membres. Cela a été le cas avec la création de huit groupes de travail sur les thématiques liées au DNTE, chacun composé de « vingt à trente représentants des organisations membres du Conseil, [...] assistés de deux référents du Groupe des experts ainsi que deux co-rapporteurs de la Direction générale de l'énergie et du climat (DGECE) et du Conseil général du développement durable (CGDD) »³³⁰.

Enfin, le conseil a pour mission de maintenir un lien avec « le Parlement, le CESE, la CNDP [Commission nationale du débat public] et toutes les instances nécessaires pendant toute la

³²⁴ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Annexe III : Eléments de synthèse de l'organisation et du déroulement du débat », 2013, *cit.*, p. 1.

³²⁵ *Id.*, p. 3.

³²⁶ *Id.*, p. 1.

³²⁷ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 4.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Annexe III : Eléments de synthèse de l'organisation et du déroulement du débat », 2013, *cit.*, p. 5.

³³⁰ *Id.*, p. 4.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

durée du débat »³³¹. Un organisme qui a donc la possibilité, le devoir même, de faire preuve du pluralisme le plus grand, tant par les secteurs concernés que par les opinions recherchées.

Clef de voûte du DNTE, le conseil concentre l'information et constitue le prisme par lequel celle-ci ressortira. En effet, la Charte du débat précise que c'est le conseil qui « *valide la synthèse du débat proposée par le secrétariat général et organise la formulation des recommandations qui en résulte [...] en mettant clairement en évidence [les consensus et dissensus]* »³³². C'est donc lui qui est l'alpha et l'oméga de ce débat, il l'organise, le délimite, y met fin et en tire « *la substantifique moelle* »³³³, ce faisant devenant quasiment un pré-législateur. Un conseil, dès lors, aux pouvoirs élargis, qui implique une responsabilité d'autant plus importante. Cette instance, censée recueillir au grand jour l'avis de chaque composante de notre société sur les questions de la transition énergétique doit en toute logique permettre d'éviter que ces préoccupations ne soient soumises par la suite aux parlementaires et membres du Gouvernement à l'abri des regards indiscrets. C'était en tout cas l'un des buts de ce conseil : pour limiter le lobbying, autant autoriser dès le début tout groupe d'intérêts à défendre les siens, mais sur un pied d'égalité avec les autres composantes de la société. Cependant, le conseil et l'organisation même du DNTE essuieront des critiques à cet égard³³⁴.

2) Le groupe des experts et le groupe de contact des entreprises de l'énergie, conseillers techniques et économiques

Afin d'accompagner les réflexions dudit conseil, deux organismes extérieurs ont été mis en place : Le groupe des experts et le groupe de contact des entreprises de l'énergie.

a) Le groupe des experts, nécessaire appui technique contradictoire

La configuration et les missions du groupe des experts sont arrêtées par l'article sept de la Charte du débat national sur la transition énergétique³³⁵. Celui-ci est « *présidé par Alain Grandjean*³³⁶ et composé de plus de 50 experts pluridisciplinaires et pluralistes »³³⁷. La Charte précise qu'il représente la diversité de la communauté scientifique et des acteurs sociétaux concernés par le sujet. Il apporte dès lors son éclairage (un avis facultatif simple) au Conseil et aux groupes de travail thématiques afin de permettre « *un dialogue informé et argumenté* »³³⁸. Enfin, une tâche spécifique lui a été réservée par le Conseil, et qui sera sans

³³¹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 4.

³³² *Ibid.*

³³³ François RABELAIS, *Gargantua*, 1534, Prologue.

³³⁴ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, II) B) 2) b) sur le doublon avec le groupe de contact des entreprises et la section 2 sur le reste des critiques.

³³⁵ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 7.

³³⁶ Cf. pour plus d'informations l'article d'Alain Grandjean à propos de la transition énergétique et du DNTE. Alain GRANDJEAN, « La transition énergétique en France », *Études*, 2014, n° 4, pp. 29 – 39.

³³⁷ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Annexe III : Eléments de synthèse de l'organisation et du déroulement du débat », 2013, *cit.*, p. 2.

³³⁸ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 7.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

nul doute son travail le plus important, tant pour le DNTE que pour la future loi de programmation et les années qui suivront. Il est chargé de travailler sur les scénarii disponibles et « *fournit au Conseil une expertise sur les trajectoires 2020 et 2025 cohérentes avec les objectifs 2050* »³³⁹. En d'autres termes, il doit s'atteler à un exercice de prospective pour présenter les différents choix possibles de mix énergétique jusqu'à 2050 et leurs trajectoires, avec tout ce que cela implique (coûts et résultats économiques, sociaux et environnementaux, principalement). C'est un exercice d'une grande difficulté, étant donné l'étendue des inconnues³⁴⁰, mais c'est une nécessité afin de prendre dès que possible les mesures devant lancer la France sur la voie du scénario qui sera choisi.

La création d'un tel groupe de conseil scientifique, vu comme une instance de conseil transversal, n'est pas neutre s'agissant de ce qu'est le droit de la transition énergétique. L'aspect scientifique y est primordial, au vu de la complexité des enjeux du système énergétique et de ses impacts environnementaux³⁴¹.

Les membres du groupe des experts sont de plus la preuve d'une volonté de mixité des disciplines et des intérêts défendus. Y sont présents tant des représentants d'organismes publics (CEA, ADEME, CGEDD, CNRS, IRD, IDDRI, Universités, etc.), d'entreprises ou syndicats comptant une forte expérience dans l'énergie (EDF, GDF-Suez, UFE, RTE, etc.), d'associations disposant de la même expérience (Global Chance, négaWatt, Solagro, Energy Cities, etc.) que d'instituts étrangers (Fraunhofer ISI)³⁴². Cet aspect a été salué comme suit par France Nature Environnement (FNE) :

*« Cette pluralité des visions a joué un rôle fondamental dans le débat. C'est aussi une première ; elle conforte l'idée qu'une expertise ne peut pas, ne doit pas se prétendre neutre dans un domaine aussi controversé, mais bien être contradictoire »*³⁴³.

Venant d'une association de défense de la nature, aisément méfiante à l'égard de l'État qui a pu utiliser ces groupements comme cautions environnementales³⁴⁴ lors d'événements passés, ce compliment est à souligner. Mais il est surtout intéressant par le constat fait sur l'expertise. À savoir qu'elle ne peut être neutre. Le meilleur moyen de combattre cette partialité quasi-systématique est donc d'inviter autour de la table tous les avis étayés et de poser les bases du débat, de manière scientifique et non idéologique. C'est ce qui a été fait ici.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ Par exemple, les inconnues des prix de l'énergie, étant donné leur variabilité à l'échelle internationale ou encore celles de l'évolution des technologies d'énergies renouvelables ou de stockage et de réseaux intelligents.

³⁴¹ Le droit de l'environnement a également besoin de la science mais entretient avec des rapports davantage ambigus. Cf. Raphaël ROMI, « Science et droit de l'environnement : la quadrature du cercle », *AJDA*, 1991, pp. 432 – 439.

³⁴² Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Annexe V : Liste des experts du Conseil national du débat sur la transition énergétique », 2013, consulté le 20 mars 2014 [www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/05_annexe_v_experts.pdf].

³⁴³ France Nature Environnement, « Débat national sur la transition énergétique, Point de vue et demandes de FNE à l'issue du débat et en vue du projet de loi sur la transition énergétique », nov. 2013, consulté le 10 nov. 2015, p. 5.

³⁴⁴ Cf. par exemple Greenpeace, « Greenpeace ne participera pas au débat sur l'énergie », *Reporterre*, 13 nov. 2012, consulté le 10 nov. 2015 [<http://www.reporterre.net/Greenpeace-ne-participera-pas-au-debat-sur-l-energie>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Cela a d'ailleurs été tellement bien fait que l'annexe à la synthèse du DNTE concernant l'organisation du débat, écrite à la fin du processus, reconnaît clairement qu'après analyse par le groupe des experts des « 25 scénarios énergétiques existants pour la France »³⁴⁵ :

*« quel que soit le mix énergétique, une réduction significative de la demande était nécessaire pour atteindre l'objectif de division par 4 des émissions de gaz à effet de serre à l'horizon 2050, même si le Conseil n'a pas déterminé de manière unanime l'ampleur nécessaire de la maîtrise de la demande à réaliser »*³⁴⁶.

En l'occurrence la conclusion des scientifiques est sans appel sur la nécessité de réduire la consommation énergétique afin d'atteindre l'objectif du « facteur 4 »³⁴⁷. Ce qui cependant nous alerte sur ce point bien particulier et par ricochet sur l'ensemble du DNTE et de la loi qui en ressortira, c'est que la synthèse du groupe de travail n° 2, sur la question du mix énergétique, se contente d'avancer que les différents scénarios « prévoient une réduction entre 20 % et 50 % en valeur absolue de la consommation d'énergie finale à l'horizon 2050. Toutes s'approchent du facteur 4 sur le CO2 énergie [...] »³⁴⁸. Or, après analyse des quatre grandes trajectoires de travail, il apparaît clairement que les résultats sont très différents entre le scénario SOB (négaWatt³⁴⁹) et le scénario DEC (Négatep³⁵⁰) et que ce dernier, se fondant sur une augmentation de la consommation d'électricité d'ici 2050 ne permet pas l'atteinte de cet objectif législatif³⁵¹. En l'espèce, la synthèse finale du débat se contentera de faire part de ce dissensus³⁵², laissant le choix au Gouvernement de prendre parti... ou non.

Ce constat pose la question de l'impact réel du groupe des experts sur les résultats du DNTE validés par le Conseil du débat, une instance censée faire la synthèse entre tous les groupes d'intérêts, mais en se fondant sur des réalités scientifiques et non des partis pris.

³⁴⁵ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Annexe III : Eléments de synthèse de l'organisation et du déroulement du débat », 2013, *cit.*, p. 4.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ Objectif de valeur législative depuis la *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, 13 juil. 2005, n° 2005-781, art. 2 ; rappelé dans la *Loi de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement*, 3 août 2009, n° 2009-967, art. 2 ; Et par la suite par la *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, 17 août 2015, n° 2015-992, art. 1^{er}. Il est aujourd'hui spécifié à l'article L. 100-4 du Code l'Energie.

³⁴⁸ Cf. la recommandation consensuelle adoptée et la recommandation non consensuelle proposant de viser le facteur 2 en énergie afin d'assurer la trajectoire facteur 4 GES. Groupe de travail n° 2 du Conseil national du débat, « Quelle trajectoire pour atteindre le mix énergétique en 2025 ? Quels types de scénarios possibles à horizons 2030 et 2050, dans le respect des engagements de la France ? », mai 2013, consulté le 23 nov. 2015, p. 28 [www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/gt2_mix-energetique_dnte.pdf].

³⁴⁹ Scénario fondé sur la sortie du nucléaire et des énergies fossiles avec réduction forte de la demande énergétique et développement des énergies renouvelables. Voir la présentation des scénarios, Carbone 4, « Etude des 4 trajectoires du DNTE », 2013, consulté le 23 nov. 2015, p. 7 [webissimo.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/tude_Trajectoires_DNTE_cle74f7d5.pdf].

³⁵⁰ Scénario fondé sur la croissance forte de la demande électrique et la légère baisse de la demande énergétique, au moyen d'une substitution des énergies fossiles par la biomasse et l'électricité nucléaire. *Id.*, p. 7.

³⁵¹ Ce scénario se concentre sur la décarbonations du seul secteur énergétique, or il est nécessaire d'aller plus loin dans le secteur énergétique pour compenser le potentiel plus faible de réduction des émissions de gaz à effet de serre dans d'autres secteurs, telle l'agriculture, à l'image du scénario SOB. L'objectif juridique concernant les émissions totales de la France tous secteurs confondus, cette précision est importante. *Id.*, pp. 94 – 97.

³⁵² Conseil national du débat, « Synthèse des travaux du DNTE », juil. 2013, consulté le 20 mars 2014, p. 14 – 15 [www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/dnte_synthese_web_bat_28-8.pdf].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

b) Le groupe de contact des entreprises de l'énergie, un doublon inutile ?

À l'origine, la constitution de ce groupe n'était pas prévue. En réalité, il a été ajouté en urgence lorsqu'au démarrage du DNTE, « *les entreprises de l'énergie, qu'elles soient actrices ou consommatrices* »³⁵³ s'aperçoivent qu'elles n'ont pas de rôle direct à jouer et d'instance qui leur est réservée. Le groupe de contact des entreprises de l'énergie est donc créé et défini à l'article 10 de la Charte du débat³⁵⁴ pour répondre à leurs plaintes. Composé de « *cent trente entreprises, associations, fédérations professionnelles* »³⁵⁵, il « *permet un dialogue organisé et transparent avec l'ensemble des acteurs économiques de l'énergie* »³⁵⁶.

Cette initiative peut être considérée comme entrant dans cette idée de concertation large, au moment d'un projet encore ouvert aux modifications et apports extérieurs. Elle devrait aussi permettre d'éviter une pression lobbyiste d'autant plus forte durant l'examen parlementaire du projet de loi et durant l'élaboration des textes réglementaires. Cependant, nous sommes en droit de nous demander en quel honneur le secteur économique de l'énergie bénéficierait d'une instance à part, qui va fournir son propre rapport pour intégration à la synthèse finale du DNTE, quand toutes les autres parties doivent composer avec leur seule représentation au sein du Conseil du débat, à parts égales avec les autres ? Pourquoi pas un groupe de contact avec les ONG concernées par l'énergie également (telles négaWatt, par exemple) ?

Les défenseurs de cette initiative expliqueront que le collège des employeurs au sein du conseil ne permettait pas de défendre les premières entreprises impactées par la transition énergétique, étant donné que le Mouvement des entreprises de France (MEDEF), la Confédération générale du patronat des petites et moyennes entreprises (CGPME) et l'Union professionnelle artisanale (UPA) sont des organismes globaux, pas forcément au fait des besoins spécifiques du secteur de l'énergie. Or, FNE nous apprend que les syndicats de salariés (CGT, CGC, FO, CFDT), alliés pour l'occasion avec ceux d'employeurs, « *étaient représentés, non par leur niveau national, mais par les fédérations les plus concernées, en général mines et énergie, donc des fédérations représentant les salariés du nucléaire et des fossiles* »³⁵⁷, et donc par des personnes au fait du sujet. « *Quant au patronat, il était aussi sur la ligne de prolonger l'existant* »³⁵⁸, et parmi les sept représentants du MEDEF au collège employeurs du conseil, pas moins de quatre membres sont directement issus du secteur de l'énergie³⁵⁹. Plus encore, le groupe des experts recense lui aussi des membres des grandes

³⁵³ Laura GUEYE, « Transition énergétique : première réunion du groupe de contact des entreprises », *Energystream*, 5 fév. 2013, consulté le 20 nov. 2015 [<http://www.energystream-solucom.fr/2013/02/transition-energetique-premiere-reunion-du-groupe-de-contact-des-entreprises-de-lenergie/>].

³⁵⁴ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 10.

³⁵⁵ « Groupe de contact des entreprises de l'énergie », 2013, consulté le 21 mars 2015, p. 1 [www.territoires.gouv.fr/IMG/pdf/annexe_gcee_v2.pdf].

³⁵⁶ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 10.

³⁵⁷ FNE, « Débat national sur la transition énergétique, ... », nov. 2013, *cit.* 2015, p. 6.

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ Robert DURDILLY, Union Française de l'Electricité (UFE), Jean-Louis SCHILANSKY, Centre Hydrocarbures Non Conventionnels (CHNC), Gilles VERMOT-DESROCHES, Schneider Electric, Frédéric HUG, GDF-Suez. Cf. Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Annexe IV : Liste

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

entreprises de l'énergie³⁶⁰. Il n'est donc pas possible de dire que le secteur économique était sous-représenté au sein des instances du DNTE et qu'il y avait besoin d'ajouter un comité de plus à l'écheveau des groupes et conseils.

Qui plus est, ce groupe de contact des entreprises de l'énergie s'est montré conservateur quant à la transition énergétique pour laquelle il était censé apporter des solutions. En effet, corroborant les propos de FNE évoqués à la page précédente, une poignée de syndicats professionnels des entreprises des énergies renouvelables membres de ce groupe ont, le 24 avril 2013, publié un communiqué de presse dénonçant la synthèse des travaux communs³⁶¹. Ils y dressent le constat du retard de la France dans la transition et déplorent la frilosité de leurs partenaires employeurs :

« Alors que la France a pris du retard sur ses engagements européens en matière d'énergie, la synthèse du groupe de contact des entreprises de l'énergie du Débat national de la transition énergétique propose la continuité plutôt que la transition. France Energie Eolienne, Club Biogaz ATEE, AFPG, Enerplan, FNB, Amorce, membres de ce groupe appellent de leurs vœux à plus d'ambition des entreprises et de la France en matière de développement des énergies renouvelables »³⁶².

En résumé, bien qu'ayant procédé d'une volonté d'entrer sereinement dans un débat regroupant tous les acteurs concernés par la transition énergétique, il semble que la création de ce groupe de contact des entreprises de l'énergie ait été une décision malheureuse. Là où ce processus devait permettre de prendre de vitesse un lobbying postérieur d'ampleur, la création de ce groupe procède directement du lobbying des acteurs économiques de l'énergie.

Cette critique de la maladresse des organisateurs du débat vaut sur ce point comme sur d'autres et rejoint celle faite sur les failles des conférences environnementales³⁶³ et de manière générale sur la difficulté d'élaborer un cadre novateur pour l'édiction du droit de la transition énergétique. En effet, bien que la démarche du DNTE soit le fait d'une volonté de renforcer l'accès du public et la prise en compte de son avis dans les grandes décisions de l'Etat, une somme de critiques sur des aspects de fond comme de forme s'est amoncelée durant sa tenue et à sa conclusion. Ce sera l'objet des développements de la section suivante.

des membres du Conseil National du Débat sur la Transition Energétique », 2013, consulté le 20 mars 2014, p. 2 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/04_annexe_iv_membres_cndte.pdf].

³⁶⁰ On y compte notamment l'IFP énergies nouvelles (IFPEN – ancien Institut Français du Pétrole), EDF, GDF-Suez ou encore l'UFE. Cf. Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Annexe V : Liste des experts du Conseil national du débat sur la transition énergétique », 2013, *cit*.

³⁶¹ France énergie éolienne, Club Biogaz, ATEE, AFPG, Enerplan, FNB, Amorce, « Débat national sur la transition énergétique : Six acteurs du groupe de contact des entreprises réagissent à la synthèse », 24 avr. 2013, consulté le 21 nov. 2015 [http://atee.fr/sites/default/files/cp_groupe_contact_entreprise_grand_debat_24042013.pdf].

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, I) B) 2) b).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Section 2 : Un processus discret et critiqué

Comme cela a été détaillé précédemment, le débat national sur la transition énergétique, par son organisation, a cherché à donner une place à toutes les composantes de la société affectées par la question de l'énergie, y compris le public, au sens le plus large, fait assez rare pour être encore une fois applaudi. Le choix imposé du nucléaire dans le passé est d'ailleurs lié à la technicité et à l'opacité de la politique énergétique nationale et est aujourd'hui évoqué ouvertement :

« L'histoire du développement de l'énergie nucléaire civile en France [...] montre en effet que cette énergie a été imposée et qu'aucune voie référendaire n'a été explorée freinant parfois grandement le développement d'énergies alternatives »³⁶⁴.

Cependant, tout l'enjeu du DNTE n'a pas été de mobiliser les spécialistes, toujours prêts à confronter leurs opinions, mais bien, comme il a été dit dans la section précédente, de mobiliser la population, démarche ô combien plus difficile. C'est d'ailleurs ce que pointent la presse et les associations³⁶⁵. Et c'est finalement ce point-là qui constituera l'une des critiques les plus virulentes durant le DNTE et au sortir du processus. En effet, à quoi bon organiser un débat national de transition souhaitant donner la parole au citoyen³⁶⁶ (dans l'idéal un citoyen non influencé par les lobbys mais uniquement informé de manière neutre...) s'il reste limité, dans les faits, aux experts et aux représentants du système actuel, alors qu'il s'agit de définir le cadre du système de demain ?

I. Les obstacles à la bonne mise en œuvre du débat national sur la transition énergétique

C'est donc finalement la question de l'utilité même de ces « 6 mois de palabre »³⁶⁷ qui est posée. Le grand débat national, tant claironné par les responsables politiques est-il resté lettre morte dans les faits ? N'est-il, par ses défauts d'architecture et de personnes mais surtout au regard de ses résultats, qu'un coup d'épée dans l'eau ?

³⁶⁴ Miyuki TSUCHIYA, « Les débats nationaux sur la transition énergétique : une représentation de la transformation du système d'interaction en faveur des énergies renouvelables ? Une étude comparative entre la France et le Japon », Congrès 2015 de l'Association Française de Science Politique (AFSP), Aix-en-Provence, 22 – 24 juin 2015, consulté le 30 nov. 2015 [<http://www.congres-afsp.fr/st/st35/st35tsuchiya.pdf>].

³⁶⁵ Cf. par exemple, Sophie FABREGAT, « Le débat national sur l'énergie, c'est maintenant ? », *Actu-environnement.com*, 24 jan. 2013, consulté le 21 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-transition-energie-enjeux-citoyens-17616.php4>] : « reste à mobiliser le plus grand nombre, ce qui est loin d'être gagné à en croire France Nature Environnement (FNE) : "un récent sondage montre que quatre citoyens sur cinq n'ont pas entendu parler de ce débat" ».

³⁶⁶ Sur la notion de citoyen retenue ici, cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, chapeau.

³⁶⁷ Philippe COLLET, « Transition énergétique : un débat pour rien ? », *Actu-environnement.com*, 19 juillet 2013, consulté le 13 avr. 2014 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/synthese-debat-national-transition-energetique-oppositions-patronat-syndicats-ong-19109.php4>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

A) L'illisibilité des instances du débat

L'empilement, la complexité, l'illisibilité sont quelques-uns des défis à relever par notre droit actuel³⁶⁸. Et le DNTE n'y a pas échappé, procédant à une multiplication des instances, dans un souci de décentralisation notamment, risquant de faire passer un dispositif *a priori* complexe, du fait de la nécessité de prise en compte d'un grand nombre d'acteurs, à compliqué. Peuvent d'ailleurs y être transposés aisément les propos suivants :

« Les institutions et les règles s'ajoutent les unes aux autres, les organismes consultatifs pullulent, changent de dénomination [...]. La complication ne serait-elle pas un instrument de gouvernement [...] ? »³⁶⁹.

Qui plus est, non content d'arborer une structure source de complexité, le DNTE a gardé un flou persistant sur sa méthodologie et son mode de décision, refroidissant certains de ses acteurs et repoussant les choix difficiles à sa conclusion voire à plus loin.

1) L'empilement des instances du débat, source de complexité

Cet empilement est couronné par l'ajout à la somme des comités et conseils déjà évoqués d'instances de gestion administrative du DNTE, le tout donnant une architecture unanimement qualifiée de complexe. Nous noterons ici toutefois que complexité n'est pas nécessairement synonyme de complication et qu'elle est parfois nécessaire, surtout pour traiter de problèmes eux-mêmes complexes.

a) Les instances administratives du débat

En sus des outils centralisés du DNTE dédiés directement au dialogue³⁷⁰, la Charte du débat a entériné la création de deux instances centralisées en charge de l'organisation administrative du processus.

Le Comité de pilotage tout d'abord. L'article cinq de la Charte³⁷¹ lui prête un rôle en coordination avec le Conseil du débat jusqu'à parfois troubler les limites des compétences respectives de chaque organisme. En effet, il est « *le garant du respect des règles du débat, du recueil des expressions dans leur pluralisme, du respect de la présente charte, du caractère démocratique du débat dont il assure la coordination des diverses instances* »³⁷². C'est donc lui qui fait appliquer la Charte entérinée par le conseil, mais c'est aussi lui qui contrôle l'accès du citoyen aux débats, ce qui en principe, était dévolu au comité citoyen³⁷³. De plus, « *[i]l présente au Conseil national les questions à mettre en débat, ainsi que les comptes rendus et synthèses intermédiaires* »³⁷⁴. Il a donc une sorte de fonction générale d'orientation des débats et ensuite de travail de synthèse des discussions. Sauf que le Conseil

³⁶⁸ Cf. Jean-Marie PONTIER, « Délire et dérives du législateur », *AJDA*, n° 36, 2015, p. 2001.

³⁶⁹ *Id.*, § 6.

³⁷⁰ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, II) A) 1) a).

³⁷¹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 5.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ *Id.*, art. 8.

³⁷⁴ *Id.*, art. 5

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

du débat, est – lui aussi – sensé déterminer « *les grandes orientations du débat national et son calendrier* »³⁷⁵. Nous sommes donc en présence de deux instances concurrentes quant à la définition exacte de leurs compétences. Enfin, il est précisé que le comité « *dresse le bilan du déroulement du débat* »³⁷⁶. Que constitue exactement ce bilan ? Est-ce une ébauche de la synthèse ? Ne concerne-t-il que la méthode de participation ? Quelle articulation entre le comité et le conseil qui, pour rappel, valide la synthèse du DNTE³⁷⁷ ? La Charte n'en dit pas plus et les documents annexes au débat abordent peu le rôle exact dévolu au Comité de pilotage.

À l'évocation de la synthèse du DNTE, il est important de jeter alors dans l'arène une autre instance organisatrice : le secrétariat général³⁷⁸.

Car c'est en effet lui qui présente ladite synthèse au Conseil du débat³⁷⁹. Ce document, la conclusion de ces six mois d'âpre discussion semble donc devoir passer entre diverses mains, plusieurs fois élaboré, négocié, voire édulcoré avant d'être validé. De quelle part exacte de décision chaque instance dispose-t-elle dans cette décision ? Aucun document ne l'explique clairement. Placé « *sous l'égide du comité de pilotage* »³⁸⁰, le secrétariat se charge de l'organisation opérationnelle du débat. Concrètement, c'est lui qui prépare et rédige le dossier du DNTE³⁸¹ à disposition du public sur le site internet dédié. S'y trouve en effet sa signature à la fin du document³⁸². Nous aurons également cette trace de son action à la fin de la synthèse officielle du DNTE³⁸³. C'est au final l'organisme réellement administratif du DNTE, ainsi chargé des tâches de rédaction des documents, du secrétariat, sans, en principe, altérer le contenu des discussions.

Ces deux instances du DNTE, s'ajoutant aux autres déjà exposées auparavant, achèvent de donner l'image d'un entrelacs de groupes, comités et conseils qui, bien que partant d'une intention de division des tâches, de spécialisation des interlocuteurs et de proximité du citoyen, confère une complexité certaine à ce processus.

³⁷⁵ *Id.*, art. 4.

³⁷⁶ *Id.*, art. 5.

³⁷⁷ *Id.*, art. 4.

³⁷⁸ *Id.*, art. 6.

³⁷⁹ *Id.*, art. 4.

³⁸⁰ *Id.*, art. 6.

³⁸¹ Secrétariat général du débat national sur la transition énergétique, « Le dossier du débat national sur la transition énergétique », fév. 2013, consulté le 30 nov. 2015 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/dnte-socle-de-connaissances.pdf>].

³⁸² *Id.*, p. 92.

³⁸³ Secrétariat général du débat national sur la transition énergétique, « Synthèse des travaux du débat national sur la transition énergétique de la France », juil. 2013, consulté le 13 mars 2014, p. 44 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/dnte_synthese_web_bat_28-8.pdf].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

b) La complexité établie de l'architecture du débat

S'il est bien un qualificatif qui revient à propos de l'organisation du DNTE, c'est celui de complexe, que ce soit dans des articles de presse (Actu-environnement.com³⁸⁴, Le Monde³⁸⁵, Le Figaro³⁸⁶), dans les textes publiés par les associations membres ou non du débat (FNE³⁸⁷, Global Chance³⁸⁸) ou même dans des conférences universitaires³⁸⁹. Certaines associations iront d'ailleurs même jusqu'à la qualifier d' « usine à gaz »³⁹⁰.

Effectivement, au total, cinq comités ou conseils principaux, sept groupes de travail, deux comités d'organisation, pour un total de 14 lieux de débat composent son architecture³⁹¹. Chacun donnant lieu à ses propres discussions avec des acteurs qui varient, le tout devant aboutir à une synthèse de l'ensemble qui « *organise la formulation des recommandations qui en résultent, en explicitant le fondement de chacune d'elles au regard de la teneur du débat, en rendant compte de la réalité des échanges, et en mettant clairement en évidence les sujets faisant l'objet de consensus, et ceux générant un dissensus* »³⁹². Il est à se demander, dès lors, comment cette synthèse pourrait se vouloir ambitieuse et cohérente, surtout sur des sujets si clivants. De la complexité nécessaire au traitement d'un problème qui l'est lui-même (la transition énergétique et ses 1000 facettes), le DNTE a cependant tendance à basculer dans la complication, ce qui explique en partie le manque d'attention porté par le grand public et les médias à cette initiative. D'autant plus que cette multiplication des instances s'ajoute à une méthodologie elle-même peu claire.

³⁸⁴ Laurent RADISSON, « Débat national sur la transition énergétique : comment ça marche ? », *Actu-environnement.com*, 8 fév. 2013, consulté le 30 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-national-transition-energetique-organisation-circulaire-17751.php4>].

³⁸⁵ *Le Monde*, « Débat sur l'énergie : six sages, un "parlement", des comités... », 29 nov. 2012, consulté le 02 déc. 2015 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2012/11/29/debat-sur-l-energie-six-sages-un-parlement-des-comites_1797953_3244.html#db3XCgGrcxXiZLuh.99].

³⁸⁶ Fabrice NODE-LANGLOIS, « Le débat sur la transition énergétique est lancé », *Le Figaro*, 28 nov. 2012, consulté le 02 déc. 2015 [<http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2012/11/28/20002-20121128ARTFIG00367-le-debat-sur-la-transition-energetique-est-lance.php>].

³⁸⁷ FNE, « Débat national sur la transition énergétique, ... », nov. 2013, *cit.*, p. 2.

³⁸⁸ Global Chance, « Des questions qui fâchent : contribution au débat national sur la transition énergétique », *Les Cahiers de Global Chance*, n°33, mars 2013, consulté le 21 nov. 2015 [<http://www.global-chance.org/Des-questions-qui-fachent-contribution-au-debat-national-sur-la-transition-energetique>].

³⁸⁹ Miyuki TSUCHIYA, « Les débats nationaux sur la transition énergétique : ... », Congrès 2015 de l'Association Française de Science Politique (AFSP), Aix-en-Provence, 22 – 24 juin 2015, *cit.*

³⁹⁰ Réseau Sortir du nucléaire, « Débat sur l'énergie : un écran de fumée pour occulter la politique du fait accompli », 29 nov. 2012, consulté le 30 nov. 2015 [<http://www.sortirdunucleaire.org/debat-energie-ecran-de-fumee>].

³⁹¹ Cf. diagramme de l'article de Sophie FABREGAT, « Comprendre le débat national sur la transition énergétique », *Actu-environnement.com*, 26 avr. 2013, consulté le 30 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/infographie-debat-national-transition-energetique-18406.php4>].

³⁹² Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 4.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2) L'imprécise portée du débat jusqu'au dernier instant

« *Un processus opaque, qui a tout d'une usine à gaz aux règles du jeu insondables* »³⁹³. C'est par ces mots que le Réseau Sortir du nucléaire rejetait par communiqué de presse l'offre qui lui était faite de participer au DNTE via le collège des organisations non gouvernementales (ONG) environnementales. Les mots sont durs, sans concessions, mais ils sont fondés sur un réel manque : l'explication claire du mode de décision qui sera employé pour accoucher de la synthèse des débats. C'est une autre association environnementale, Les Amis de la terre, qui apporte quelques précisions utiles quant à cette accusation. L'ONG estime qu'à propos du DNTE, le Gouvernement « *entretient un flou inacceptable sur l'organisation et la prise en compte sincère des contributions des citoyens* »³⁹⁴. Cette critique est fort intéressante en ce qu'elle soulève un point réellement trouble du DNTE qui pourtant devrait être l'objet de toutes les garanties : la prise en compte de l'opinion citoyenne. L'époque actuelle nous montre assez les ravages que peuvent provoquer les promesses politiques sans lendemain auprès de l'électorat et donc sur notre démocratie. Au même niveau que les associations ne souhaitant pas être utilisées comme cautions d'un processus politique³⁹⁵, les citoyens sont fatigués d'être appelés à donner leur avis, par les urnes ou par d'autres moyens, pour ensuite se voir déçus. En l'espèce, à la lecture de la Charte du débat, il apparaît que :

*« Toute personne morale, publique ou privée, peut s'exprimer, à égalité des autres, au travers de contributions publiées sur le site internet du débat national, et intégrées dans les travaux des différentes instances du débat. [...] Toutes les contributions sont portées, en temps utile, à la connaissance du Conseil national du débat. Toute question posée dans le cadre du débat recevra une réponse traçable de la part des instances du débat »*³⁹⁶.

Un droit de donner son avis, de s'exprimer en somme. Mais également, précision notable, de recevoir une réponse, ce qui inclus, en principe, une explication, de la part de l'instance visée, de son avis sur la contribution émise. Mais au-delà de cela, aucune précision, la Charte reste muette sur toute obligation ne serait-ce que de prise en compte par le DNTE des avis extérieurs qui lui parviennent. Le Gouvernement, qui fait l'objet d'une disposition spéciale, n'est cependant pas mieux loti. En effet, le Comité de pilotage « *veille à ce que les questions posées par le Gouvernement soient intégrées aux débats du conseil national du débat* »³⁹⁷. Gageons cependant que le Gouvernement, par ses représentants au Conseil du débat, par sa présidence du Comité de pilotage et par le simple fait qu'il écrira la loi de programmation issue du DNTE, a d'autres moyens de faire passer ses priorités que le citoyen. C'est donc une démarche visant le grand public, mais sans garantie de prise en compte des avis des citoyens.

De plus, cette opacité, ces détails qui manquent (et l'on sait que le diable s'y cache toujours), se retrouve également dans le processus d'aboutissement du DNTE par le Conseil du débat

³⁹³ Réseau Sortir du nucléaire, « Débat sur l'énergie : ... », 29 nov. 2012, *cit.*

³⁹⁴ Les Amis de la terre, « Les Amis de la terre se retirent du « débat sur la transition énergétique », *Reporterre*, 20 nov. 2012, consulté le 10 nov. 2015 [<http://www.reporterre.net/Les-Amis-de-la-terre-se-retirent>].

³⁹⁵ Cf. Réseau Sortir du nucléaire, « Débat sur l'énergie : ... », 29 nov. 2012, *cit.*

³⁹⁶ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 3.

³⁹⁷ *Id.*, art. 5.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

via la synthèse. Sur ce point, FNE confirmera après le débat que « *les modalités du processus décisionnel [...] sont restées floues jusqu'au dernier jour* »³⁹⁸. Et d'ajouter, « *comment formuler des recommandations à 112 ? Par consensus ? Aucune réponse claire n'a pu être apportée et ceci jusqu'à la dernière réunion plénière du 18 juillet 2013* »³⁹⁹. Ce constat peut être considéré comme une erreur grave de la part des organisateurs du DNTE. En effet, à titre de comparaison, ne pas annoncer clairement quel sera le mode de décision final du processus, ce serait comme organiser un vote dont on annoncerait seulement le jour J le mode de scrutin ; cela pourrait avoir une incidence sur les résultats. La Charte du débat se borne à mentionner que la synthèse « *organise la formulation des recommandations, [...] en explicitant le fondement de chacune d'elles, [...] en rendant compte de la réalité des échanges, et en mettant clairement en évidence les sujets faisant l'objet de consensus, et ceux générant un dissensus* »⁴⁰⁰. Rien sur un éventuel vote, rien sur une méthode assumée du consensus, en bref nous ne savons pas si la synthèse du débat pourra être bloquée par une seule partie ou si une majorité forte (ou simple) pourrait faire ressortir et valider des mesures clivantes comme étant l'expression du débat. Les enjeux majeurs du nucléaire, des gaz de schistes ou de la réduction de la consommation d'énergie sont bien évidemment les premiers concernés.

Un autre média nous donne une idée de la situation à l'approche de l'issue du débat, au moment de trancher et d'élaborer ladite synthèse. C'est ainsi « *à l'occasion de la huitième séance plénière du comité national du débat sur la transition énergétique, [que] la question de la méthodologie appliquée a été [au] cœur des discussions* »⁴⁰¹. Il faut donc attendre juin 2013 et l'avant-dernière séance du Conseil du débat pour que la méthodologie soit finalement abordée, alors qu'elle aurait dû être fixée dès l'origine. Or, il était trop tard pour faire machine arrière, et tellement aisé à tout groupe d'intérêt opposé à l'une des mesures de bloquer le processus à son issue. C'est ici le MEDEF qui usera de ce stratagème, renvoyant les organisateurs du DNTE à leur propre faute mais provoquant « *colère et résignation dans les rangs des ONG* »⁴⁰² qui constatent que le débat est revenu « *au même point qu'au début* »⁴⁰³. Le DNTE voyait ainsi son achèvement de plus en plus confus, là où il était censé faire émerger du dialogue national un projet commun pour les choix énergétiques de la France et une ébauche des grandes orientations du droit de la transition énergétique.

Ce flou, peu artistique pour l'occasion, a fort probablement contribué à la relative indifférence des médias, ayant peu couvert le DNTE.

³⁹⁸ FNE, « Débat national sur la transition énergétique, ... », nov. 2013, *cit.*, p. 3.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 4.

⁴⁰¹ Florence ROUSSEL, « Transition énergétique : la méthodologie incertaine du débat réactive les dissensions », *Actu-environnement.com*, 21 juin 2013, consulté le 19 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-transition-energetique-methode-dissensions-18834.php4>].

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

B) Le manque de portage médiatique d'une initiative malmenée

« Le temps est une denrée extrêmement rare à la télévision, [...] si l'on emploie des minutes si précieuses pour dire des choses si futiles, c'est que ces choses si futiles sont en fait très importantes dans la mesure où elles cachent des choses précieuses. [...] Or en mettant l'accent sur les faits divers, en remplissant ce temps rare avec du vide, du rien ou du presque rien, on écarte les informations pertinentes que devrait posséder le citoyen pour exercer ses droits démocratiques »⁴⁰⁴.

Pierre Bourdieu pointait ainsi du doigt l'importance des faits divers à la télévision en ce qu'ils empiétaient sur le temps nécessaire à l'information des citoyens (donc, par autre chose que des faits divers), censée lui permettre d'exercer pleinement ses droits. Et juste en pleine période de conclusion du DNTE, sort une étude établissant que *« le nombre de sujets consacrés chaque année aux faits divers dans les journaux télévisés des grandes chaînes généralistes avait connu une augmentation de 73 % »⁴⁰⁵* entre 2003 et 2013. Si ce n'en n'est pas la seule cause, la piètre qualité croissante de l'information sur les médias grand public a probablement joué un rôle dans la finalement faible mobilisation des citoyens durant le DNTE. En effet, une démarche de cette ampleur, pour réellement atteindre son impact national, se doit d'être relayée par les grands médias : télévision, radio et presse. Dans le cas présent, un faisceau de raisons explique ce manque de portage médiatique.

1) Le manque de portage médiatique

Pourquoi donc la presse se fait écho d'un processus qu'elle qualifie de décevant⁴⁰⁶ ? Et pourquoi, en décembre 2012, après le lancement du DNTE, seuls 21% des Français *« avaient entendu parler du DNTE »⁴⁰⁷* ? D'autant plus qu'en février 2013, après le lancement du site internet, la situation n'avait apparemment pas beaucoup évolué⁴⁰⁸.

Encore une fois, c'est l'association FNE qui avancera que *« le débat national mais aussi les débats en régions sont restés largement confidentiels par manque de publicité de la part du CNDTE (budget limité), de communication dans les médias nationaux et de portage politique par le gouvernement »⁴⁰⁹*. Et d'incriminer en tout particulier *« le service public de*

⁴⁰⁴ Pierre BOURDIEU, *Sur la télévision*, Raisons d'Agir, 1996, pp. 16 – 17.

⁴⁰⁵ Dans le baromètre thématique des JT de juin 2013, cf. Blaise MAGNIN, Henri MALER, « Flambée de faits divers dans les JT depuis dix ans », *Acrimed*, 14 oct. 2013, consulté le 3 déc. 2015 [<http://www.acrimed.org/Flambee-de-faits-divers-dans-les-JT-depuis-dix-ans>].

⁴⁰⁶ *La Gazette des Communes*, « Fin du Débat national sur la transition énergétique : tout ça pour ça ? », 19 juil. 2013, consulté le 23 mars 2014 [<http://www.lagazettedescommunes.com/180307/fin-du-debat-national-sur-la-transition-energetique-tout-ca-pour-ca/>].

⁴⁰⁷ Selon un sondage IPSOS pour le Syndicat des énergies renouvelables (SER) de décembre 2012 relayé dans la presse. Cf. par exemple, Sophie FABREGAT, « Le débat national sur l'énergie, c'est maintenant ? », *Actu-environnement.com*, 24 jan. 2013, consulté le 21 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-transition-energie-enjeux-citoyens-17616.php4>] : « reste à mobiliser le plus grand nombre, ce qui est loin d'être gagné à en croire France Nature Environnement (FNE) : "un récent sondage montre que quatre citoyens sur cinq n'ont pas entendu parler de ce débat" ».

⁴⁰⁸ Béatrice HERAUD, « Quelle implication citoyenne dans le débat sur la transition énergétique ? », *Novethic*, 4 fév. 2013, consulté le 3 déc. 2015 [<http://www.novethic.fr/lapres-petrole/transition-energetique/isr-rse/quelle-implication-citoyenne-dans-le-debat-sur-la-transition-energetique-139180.html>].

⁴⁰⁹ FNE, « Débat national sur la transition énergétique ... », nov. 2013, *cit.*, p. 3.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

l'audiovisuel [qui ne s'est pas saisi] *du débat national dans ses programmes* ». En sus du Conseil du débat incriminé ici, qui effectivement a un rôle à jouer dans la « *communication vers le public* »⁴¹⁰, c'est surtout le Comité de pilotage qui est en charge de cet aspect, selon la Charte du débat. En effet, « *les membres du comité de pilotage encouragent la participation du plus grand nombre, au travers de la mobilisation des grands médias nationaux, régionaux et internationaux, médias classiques et réseaux Internet, tout au long du débat* »⁴¹¹. Il semble donc que l'on puisse pointer une responsabilité des principales instances du DNTE dans le manque de communication visant le public, et en tout cas un public plus large que les personnes déjà intéressées par ces sujets.

De plus, un fait accablant vient alourdir la responsabilité des organisateurs du DNTE, à savoir que « *la presse n'était [...] pas conviée aux plénières du CNDTE jusqu'en avril* »⁴¹², soit durant les quatre premiers mois du débat. Et, « *ces plénières ne faisaient même pas l'objet de compte-rendu sur le site du débat* ». En tâchant de vérifier cette accusation de l'association à l'encontre des organisateurs, force est de constater que dans l'annexe trois de la synthèse des débats, consacrée au déroulement, le ministère explique que le Conseil du débat « *s'est réuni [...] en neuf séances plénières ouvertes à la presse et retransmises en direct sur le site internet à partir d'avril* »⁴¹³. Dès lors, soit le ministère dément les propos de FNE sur l'accès de la presse, soit la formulation est volontairement imprécise pour ne pas laisser penser que la presse n'a eu accès aux débats du conseil qu'en avril. Toujours est-il qu'en consultant les archives des publications du ministère de l'Ecologie⁴¹⁴, il n'apparut aucun poste sur les séances quatre et cinq du conseil ni aucun compte-rendu pour aucune des séances. Il semblerait donc que les accusations de FNE soient fondées et que le DNTE soit responsable d'une partie de son manque d'écho auprès de la population.

À la lumière de ces éléments, il devient plus aisément concevable que le retentissement, et partant la participation, au DNTE aient été limités, en ligne ou pour les événements régionaux. En tout cas, se dessinent mieux certains des facteurs, auxquels il faut en ajouter d'autres, à rattacher au contexte extérieur au débat.

2) Une initiative soumise aux contingences politiciennes

Tout d'abord, il est important de préciser la qualification des contingences autour du DNTE de « *politiciennes* » et non « *politiques* ». Cet adjectif est utilisé, bien que beaucoup plus péjoratif que le second, car les deux éléments extérieurs au débat qui vont pourtant participer à l'occulter n'ont rien à voir avec la gestion de la Cité, selon l'étymologie du terme « *politique* ».

⁴¹⁰ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 4.

⁴¹¹ *Id.*, art. 5.

⁴¹² FNE, « Débat national sur la transition énergétique, ... », nov. 2013, *cit.*, p. 3.

⁴¹³ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Annexe III : Eléments de synthèse de l'organisation et du déroulement du débat », 2013, *cit.*, p. 3.

⁴¹⁴ Cf. pages « Actualités » du Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie sur la période 2012/2013, consultées le 3 déc. 2015 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/-Actualites,129-.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

En premier lieu, un scandale politico-financier a occupé à partir du 4 décembre 2012 et jusqu'à l'automne 2013 le devant de la scène médiatique⁴¹⁵. L'affaire Cahuzac, c'est son nom, procédant de la révélation de comptes bancaires non déclarés détenus par le ministre du Budget d'alors, a nourri les médias de ses rebondissements (démentis, enquête judiciaire, démission du ministre incriminé, lancement d'une commission d'enquête parlementaire...) durant toute la durée du DNTE.

En second lieu, et cette fois avec des conséquences plus directes sur l'organisation du débat et jusqu'au portage de la loi qui doit en découler, les changements de ministres de l'Ecologie à répétition. Pas moins de quatre locataires vont se succéder à l'Hôtel de Roquelaure de 2012 à 2014. En conséquence, « *les changements récurrents de ministre de l'Ecologie, du développement durable et de l'Energie ont rendu la gestion du débat français difficile à suivre et remet en cause la place de l'environnement dans le paysage politique* »⁴¹⁶. Qui plus est, ces changements ne se font pas dans l'idée de faire intervenir une personne plus qualifiée sur les sujets à aborder, mais bien du fait de lobbys ou de préoccupations d'image politique.

Nicole Bricq est la première titulaire de cette fonction sous François Hollande mais ne restera qu'un mois en poste, mutée au ministère du Commerce extérieur le 19 juin 2012 suite à la mobilisation du secteur pétrolier contre sa volonté de remettre à plat le code minier et de geler les permis d'exploitation au large de la Guyane⁴¹⁷. Cela constitue, à n'en pas douter, un très mauvais signal pour l'environnement et présente ce sujet et ce ministère comme « *la variable d'ajustement de considérations qui lui sont totalement extérieures* »⁴¹⁸.

Plus grave pour le DNTE, le départ de Delphine Batho, le 2 juillet 2013, en pleine phase d'élaboration de la synthèse du débat. Cette fois, elle est démissionnée du Gouvernement pour avoir critiqué ouvertement le projet de budget 2014, envisageant une réduction du budget du ministère de l'Ecologie de 7%⁴¹⁹. Pourtant, la ministre a raison quand elle insiste sur l'importance du budget de ce ministère pour démontrer que « *la volonté de faire de la*

⁴¹⁵ Catherine TARBE, « Projet de loi de programmation sur la transition énergétique », *Mediapart*, 7 mai 2014, consulté le 19 nov. 2015 [<http://blogs.mediapart.fr/edition/transition-energetique/article/070514/projet-de-loi-de-programmation-sur-la-transition-energetique>].

⁴¹⁶ Miyuki TSUCHIYA, « Les débats nationaux sur la transition énergétique : ... », Congrès 2015 de l'Association Française de Science Politique (AFSP), Aix-en-Provence, 22 – 24 juin 2015, *cit.*

⁴¹⁷ Cf. par exemple, Anne-Sophie MERCIER, « Les dessous de l'éviction de Nicole Bricq du ministère de l'écologie », *Le Monde*, 26 juin 2012, consulté le 3 déc. 2015 [http://www.lemonde.fr/politique/article/2012/06/26/les-dessous-de-l-eviction-de-nicole-bricq-du-ministere-de-l-ecologie_1724497_823448.html#cxJq57jsLvJFzHsT.99].

⁴¹⁸ Propos de Corinne LEPAGE, dans l'article de Sophie CAILLAT, « Nicole Bricq virée de l'Ecologie : un coup du lobby pétrolier ? », *Rue89 Nouvel Obs*, 22 juin 2012, consulté le 3 déc. 2015 [<http://rue89.nouvelobs.com/rue89-politique/2012/06/22/nicole-bricq-viree-de-lecologie-un-coup-du-lobby-petrolier-233262>].

⁴¹⁹ Cf. par exemple, *L'Obs*, « Hollande renvoie Batho après ses propos sur le budget », 2 juil. 2013, consulté le 3 déc. 2015 [<http://tempsreel.nouvelobs.com/politique/20130702.OBS6119/video-budget-2014-la-fronde-de-delphine-batho.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

*France la nation de l'excellence environnementale, la transition énergétique, ne sont pas des variables d'ajustement »*⁴²⁰.

Son successeur arrive donc avec la lourde tâche d'accompagner la conclusion du DNTE et de lancer le texte de loi de programmation sur la transition énergétique. Philippe Martin ne restera pourtant que neuf mois à ce poste, sans faire avancer le projet de loi attendu de tous. Sa chute sera causée par la « *débâcle électorale pour la gauche* »⁴²¹ aux élections municipales de mars 2014. La constitution du Gouvernement du nouveau Premier ministre, Manuel Valls, le laissant de côté pour faire entrer Ségolène Royal.

Depuis le 2 avril 2014, c'est donc Ségolène Royal qui est ministre de l'Ecologie. Bien que n'ayant pas participé au DNTE, c'est elle qui portera le texte de loi sur la transition énergétique jusqu'à son adoption et la rédaction des textes réglementaire y afférant. Un peu de continuité, enfin, sur ce sujet, à la différence du DNTE qui n'en a pas connu. Ce changement, bien que la conséquence d'une élection purement extérieure au ministère de l'Ecologie et à ses thématiques, aura au moins l'aspect positif de donner plus de poids à ce portefeuille. En effet, le ministère remonte en troisième place dans l'ordre protocolaire du Gouvernement et Mme Royal dispose d'un poids politique important pour soutenir les chantiers en cours⁴²².

Au vu de l'ensemble de ces éléments, apparaissent les raisons pour lesquelles le DNTE aurait pu mobiliser plus largement la société française. Il est réellement décevant de constater qu'une initiative *a priori* volontariste perde de son impact et du coup de sa force, sur une question de visibilité médiatique, en partie du fait des organisateurs. Néanmoins, si la discrétion et l'opacité du débat ont été ici abordées, il est nécessaire d'approfondir d'autres aspects du DNTE qui ont prêté le flanc aux critiques.

II. L'aboutissement conflictuel du débat national sur la transition énergétique

Outre sa médiatisation défailante, le DNTE, à l'analyse, révèle d'autres défauts, probablement plus importants. Ce sont des défauts qui amènent à perdre confiance en la réelle volonté politique de transition à la suite du débat ou en sa propension à être suivie d'effets. Tout d'abord, certaines instances, en particulier le Comité de pilotage ont été accusées d'être partiales dans leur composition. Ce biais se ressent tant pour ce qui est des personnalités désignées que sur le fond du débat, c'est-à-dire sur le champ qui lui est laissé

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ Roland GAURON *et al.*, « En direct: Manuel Valls nommé premier ministre par François Hollande », *Le Figaro*, 1^{er} avr. 2014, consulté le 3 déc. 2015 [<http://elections.lefigaro.fr/municipales-2014/2014/03/30/01052-20140330LIVWWW00005-en-direct-suivez-les-resultats-du-second-tour-des-elections-municipales-2014.php>].

⁴²² Cf. Arnaud GOSSEMENT, « Ségolène Royal, Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie », *Gossement Avocats*, 2 avr. 2014, consulté le 3 déc. 2015 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2014/04/02/segolene-royal-ministre-de-l-ecologie-du-developpement-durab-5338123.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

pour proposer des options qui *a priori* ne satisfieraient pas le Gouvernement. Le deuxième point concerne l'amère conclusion du débat, laissant une impression d'acteurs encore plus divisés qu'auparavant et d'une perte de temps qui aurait peut-être finalement mieux été mis à profit en suivant le parcours classique de l'élaboration législative.

A) Des instances du débat qualifiées de partiales

Le risque dans l'organisation d'une concertation publique est de créer des espoirs qui soient par la suite déçus, donnant à l'ensemble du processus l'image d'un « *simulacre de démocratie* »⁴²³, si l'ensemble de la démarche ne se fait pas dans le respect total de tous les acteurs, et pas seulement de certains intérêts, fussent-ils majoritaires. Dans le cas de l'espèce, c'est la composition du Comité de pilotage⁴²⁴ qui cause de nombreux remous et provoque le retrait du débat de plusieurs associations environnementales.

1) La composition conflictuelle du Comité de pilotage du débat

Le Comité de pilotage est l'une des instances les plus réduites du DNTE, elle n'a pas un rôle de discussion mais plutôt d'organisation. De ce fait, la nomination de chaque personne compte, en ce qu'elle est censée être représentative de la volonté du Gouvernement de faciliter un processus tendant vers une transition, et non d'un pays condamné à l'immobilisme en termes d'énergie. Or, deux décisions ont amputé cette logique.

a) Un Comité nucléo-centré mettant le feu aux poudres

*« Malgré l'assurance donnée par Matignon que l'organisation du débat ne serait pas validée sans consultation des parties prenantes, c'est par la presse qu'ont été révélés les noms des membres du comité de pilotage samedi matin »*⁴²⁵.

Premier péché, de la part du Gouvernement, dans l'organisation du DNTE, revenir sur son engagement à soumettre ces éléments aux parties prenantes. Une méthode de concertation qui se fonde sur une promesse non respectée est en général mauvais signe pour la suite des événements. L'étincelle qui mettra cependant le feu aux poudres se trouve dans la composition même dudit Comité de pilotage. Dans un communiqué de presse commun du 12 novembre 2012, plusieurs associations de défense de l'environnement, de promotion des économies d'énergies ou des énergies renouvelables dénoncent les personnes nommées dans l'instance concernée :

« Les ONG et associations de protection de l'environnement sont profondément déçues et se sentent interpellées par la méthode, mais encore davantage par le choix des personnes nommées. Alors qu'un comité de pilotage nécessite des personnalités de dialogue, aptes à animer un débat

⁴²³ Réseau Sortir du nucléaire, « Débat sur l'énergie ... », 29 nov. 2012, *cit.*

⁴²⁴ Pour plus d'information sur ce comité, cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) 1) a).

⁴²⁵ Communiqué de presse du CLER, Energie partagée l'association, la Fondation Nicolas Hulot, FNE, Greenpeace, HESPUL, HELIO International, Les amis d'Enercoop, Les Amis de la terre, Rassemblement pour la planète, RAC France et le WWF, « Les ONG ne veulent pas d'un débat faussé », 12 nov. 2012, consulté le 7 déc. 2015 [http://www.fne.asso.fr/sites/default/files/com/cp_en_pdf_2/cp-121112-02.pdf].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

tout en gardant la plus grande neutralité, le gouvernement semble vouloir donner une place de choix au lobby du nucléaire avec deux membres sur six au sein de l'instance sensée servir de « cerveau » au futur débat sur la transition énergétique »⁴²⁶.

En effet, deux jours plus tôt, la ministre de l'Ecologie d'alors, Delphine Batho, rendait publics les noms des personnalités choisies pour l'entourer au sein du comité. Si les choix de Bruno Rebelle (ex-directeur de Greenpeace), Laurence Tubiana (directrice de l'Institut du développement durable et des relations internationales – IDDRI) et Jean Jouzel (climatologue, membre du groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat – GIEC) font l'unanimité pour leur recul sur les problématiques abordées et leur expérience, la nomination à leurs côtés d'Anne Lauvergeon (ex-dirigeante d'Areva) et de Pascal Colombani (ex-président du conseil d'administration du Commissariat à l'énergie atomique – CEA)⁴²⁷ est jugée « *inacceptable* »⁴²⁸ par les associations environnementales. Nommer deux personnes sur cinq issues du milieu du nucléaire, pour débattre de l'évolution du système énergétique français, à dominante nucléaire dans la production d'électricité, était effectivement un très mauvais signal envoyé quant à la réelle volonté de transition des technologies mais aussi des usages de l'énergie. Effectivement « *[e]n plus de la question du nucléaire, bien trop fortement représenté dans le comité, cette composition présage d'une focalisation sur le mix électrique (qui ne représente que 21% de nos consommations) plutôt que sur une transition énergétique* »⁴²⁹. Un débat qui passerait à côté des enjeux primordiaux, donc. C'est d'ailleurs l'annonce de cette composition qui poussera Greenpeace à quitter les instances du DNTE⁴³⁰.

Devant le fort mécontentement des associations, Pascal Colombani démissionne du Comité de pilotage et est remplacé par Michel Rollier (ex-dirigeant de Michelin) et Georges Mercadal (ancien vice-président de la Commission nationale du débat public - CNDP)⁴³¹. Cette dernière nomination est pour sa part judicieuse, les associations ayant instamment, et avec raison, estimé que le « *comité de pilotage devait être composé de personnalités indépendantes, ayant une grande pratique du débat public et garantes de son caractère démocratique* »⁴³². Cependant, la ministre a ignoré la demande des associations sur deux

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ Pour l'annonce de la nomination de ces personnes, cf. Sophie FABREGAT, « Débat national sur l'énergie : les personnalités nommées pour encadrer les discussions ne font pas l'unanimité », *Actu-environnement.com*, 13 nov. 2012, consulté le 6 déc. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-energie-comite-pilotage-nucleaire-17008.php4>].

⁴²⁸ FNE, « Débat national sur la transition énergétique ... », nov. 2013, *cit.*, p. 2.

⁴²⁹ Thierry SALOMON, président de NEGAWATT dans l'article de Béatrice HERAUD, « Un comité de pilotage contesté pour le débat national sur l'énergie », *Novethic*, 12 nov. 2012, consulté le 6 déc. 2015 [<http://www.novethic.fr/lapres-petrole/transition-energetique/isr-rse/un-comite-de-pilotage-conteste-pour-le-debat-national-sur-l-energie-138696.html>].

⁴³⁰ Cf. par exemple Greenpeace, « Greenpeace ne participera pas au débat sur l'énergie », *Reporterre*, 13 nov. 2012, *cit.*

⁴³¹ Cf. Philippe COLLET, « Débat national sur l'énergie : Delphine Batho complète le comité de pilotage et confirme le lancement du débat », *Actu-environnement.com*, 26 nov. 2012, consulté le 6 déc. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-transition-energetique-comite-pilotage-17142.php4>].

⁴³² Communiqué de presse du CLER, Energie partagée l'association, la Fondation Nicolas Hulot, FNE, Greenpeace, HESPUL, HELIO International, Les amis d'Enercoop, Les Amis de la terre, Rassemblement pour la planète, RAC France et le WWF, « Les ONG ne veulent pas d'un débat faussé », 12 nov. 2012, *cit.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

points. Afin de rééquilibrer la représentation des industries et enjeux au sein du comité, elles ont demandé « *qu'un rééquilibrage soit réalisé, notamment en intégrant un représentant du monde de l'efficacité énergétique et en instaurant une présidence neutre* »⁴³³. Ce ne sera pas chose faite, alors qu'il est effectivement surprenant que le Comité de pilotage du DNTE compte toujours dans ses rangs une représentante d'une unique industrie Française de l'énergie au détriment des autres censées peser davantage à l'avenir. Cet élément, ainsi que la présidence du comité par nulle autre que la ministre de l'Ecologie elle-même entraînera le départ d'une autre association environnementale, Les Amis de la terre⁴³⁴.

b) La présidence du comité, juge et partie

La présidence du comité assurée par la ministre de l'Ecologie représente le « *"mauvais coup" de trop* »⁴³⁵ pour les associations environnementales. Force est de constater que cette décision ne va pas non plus dans le sens d'un débat complètement libre des contingences politiques ou économiques du moment et prouvant « *une réelle volonté de changement* »⁴³⁶. Dans leur communiqué de presse commun, les associations évoquées auparavant demandent que soit instaurée « *une présidence neutre* »⁴³⁷. En effet, le risque de conflit d'intérêt de la situation de la ministre, « *juge et partie d'un débat public qui est sensé lui remettre des recommandations* »⁴³⁸, n'est pas négligeable.

Sachant, d'autant plus, que le Comité de pilotage « *veille à ce que les questions posées par le Gouvernement soient intégrées aux débats du conseil national du débat* »⁴³⁹, l'exécutif semble avoir une place particulière au sein du DNTE.

La configuration d'ensemble de ce comité et du cadrage du débat en général donne raison aux voix qui s'élevaient pour dénoncer les limites du DNTE, un exercice de démocratie peut être pas si ouvert que la communication officielle a voulu le laisser croire.

2) Un débat vraiment ouvert ?

« *La présence de la ministre de l'environnement à la présidence du Comité de pilotage du débat, alors qu'elle sera chargée de la rédaction du projet de loi gouvernementale sur la transition énergétique, laisse penser que le gouvernement souhaite garder sous son contrôle le débat et son déroulement* »⁴⁴⁰.

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ Les Amis de la terre, « Les Amis de la terre se retirent du « débat sur la transition énergétique », *cit.*, 20 nov. 2012.

⁴³⁵ Greenpeace, « Greenpeace ne participera pas au débat sur l'énergie », *Reporterre*, 13 nov. 2012, *cit.*

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ Communiqué de presse du CLER, Energie partagée l'association, la Fondation Nicolas Hulot, FNE, Greenpeace, HESPUL, HELIO International, Les amis d'Enercoop, Les Amis de la terre, Rassemblement pour la planète, RAC France et le WWF, « Les ONG ne veulent pas d'un débat faussé », 12 nov. 2012, *cit.*

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 5.

⁴⁴⁰ Global Chance, « Des questions qui fâchent ... », *cit.*, mars 2013.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Voici le sentiment qui est dans les pensées de tous les acteurs du DNTE. Le Gouvernement ne va pas laisser un débat d'une telle ampleur sortir du cadre qu'il aura déjà fixé. Sur ce point, à noter une évolution entre la ministre Batho au début du processus et son successeur lors de la conclusion d'icelui. Si la première maintient que « *le point d'arrivée n'est pas écrit d'avance* »⁴⁴¹, le second, en juillet 2013, assène qu'« *un débat national ne remplace pas le gouvernement* »⁴⁴². Si ce dernier expliquait que le Gouvernement a le rôle de trancher les résultats du DNTE, ce qui n'est pas choquant en soi, cette phrase permet aussi de recadrer le DNTE et de lui donner sa juste mesure.

En réalité, et ce quoi qu'en dise Delphine Batho en 2012, le DNTE a déjà tracé devant lui un chemin en partie balisé. C'est ce que démontre point par point l'avocat Arnaud Gossement sur son blog dans un billet du 29 novembre 2012⁴⁴³.

Premièrement, la forme sous laquelle le résultat du DNTE sera traduit. L'article premier de la Charte du débat précise à cet effet que « *le débat doit, à son terme, produire des recommandations que le Gouvernement s'engage à intégrer dans la préparation du projet de loi de programmation pour la transition énergétique* »⁴⁴⁴. Maître Gossement précise que cela aura des conséquences car ce type de texte législatif a pour but de « *fixer les objectifs de l'action de l'Etat* »⁴⁴⁵. Il ajoute que si la loi peut fixer « *les moyens financiers [que l'Etat] envisage d'y consacrer* »⁴⁴⁶, le détail de ses engagements financiers, au final seule véritable preuve de l'engagement public, doit lui passer par des lois de finances. Le résultat du débat, quel qu'y soit, sera donc ensuite sujet à une application au fur et à mesure d'autres textes⁴⁴⁷. Et encore n'est-il pas mentionné l'importance des nombreux textes réglementaires et ordonnances qui doivent accompagner la loi de programmation finale.

Deuxièmement, Arnaud Gossement rappelle que la Charte du débat précise le but pédagogique du DNTE. L'article premier indique effectivement que « *ce débat vise à éclairer la Nation française sur les fondamentaux énergétiques et les raisons d'être de la transition énergétique* »⁴⁴⁸. Le DNTE a donc pour objectif l'information avant la concertation et la participation. Cependant, nous ajouterons que, juste avant cette phrase, la Charte prévoit que

⁴⁴¹ Joël COSSARDEAUX, Emmanuel GRASLAND, Véronique LE BILLON, « Delphine Batho : « L'énergie est un levier de relance majeur », *Les Echos*, 28 nov. 2012, consulté le 7 déc. 2015 [http://www.lesechos.fr/28/11/2012/lesechos.fr/0202417910049_delphine-batho-----l-energie-est-un-levier-de-relance-majeur--.htm].

⁴⁴² Philippe COLLET, « Transition énergétique : un débat pour rien ? », *cit.*, 19 juillet 2013.

⁴⁴³ Arnaud GOSSEMENT, « Débat national sur la transition énergétique : "le point d'arrivée n'est pas écrit d'avance" », *Gossement Avocats*, 29 nov. 2012, consulté le 10 nov. 2015 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2012/11/28/debat-national-sur-la-transition-energetique-une-conclusion.html>].

⁴⁴⁴ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 1^{er}.

⁴⁴⁵ Art. 34 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁴⁴⁶ Assemblée nationale, « Petit lexique parlementaire », consulté le 7 déc. 2015 [http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/lexique.asp#P65_11854].

⁴⁴⁷ Sur les nombreux textes qui contribuent à ériger le droit de la transition énergétique, *cf.* Partie 1, titre 1, chap. 2.

⁴⁴⁸ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 1^{er}.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

le DNTE « *doit être un moment d'échange et d'implication démocratique et citoyen, ouvert et transparent* »⁴⁴⁹. Une formulation plus nébuleuse et plus large, qui évoque la descente d'information mais aussi la remontée d'information, ce qui permet en théorie au débat de s'engager sur la voie de la participation et pas seulement de se cantonner à la sensibilisation à sens unique. Sur ce sujet, la première section du chapitre évoque plus avant la réalité mitigée de la mise en œuvre du DNTE.

Troisièmement, et davantage sur le fond, il apparaît que le Gouvernement a cadré le débat depuis sa prise de mandat en 2012 et ces éléments se retrouvent comme marqueurs essentiels et incontournables car énumérés dans la Charte. Le nucléaire censé passer de 75 à 50% de la production d'électricité d'ici 2025 tout d'abord, mais aussi le facteur 4 en termes de gaz à effet de serre pour 2050 et l'objectif des « 3*20 » en 2020⁴⁵⁰. Et maître Gossement d'évoquer également des limites aux mesures sur l'éolien (non remise en cause du classement Installations classées pour la protection de l'environnement - ICPE -, mesures d'urgences réservées à la loi Brottes) et le solaire (confirmation du dispositif existant et mesures d'urgences prévues pour janvier 2013). Cependant, force est de constater que malgré ce cadre de départ, « *tous les scénarios proposés n'adoptaient pas ce cadre-là et qu'ils ont été étudiés* [par le groupe de travail n° 2 du CNDTE] *au même titre que les autres. Une pluralité de visions hors des cadres de référence (telle que les 50% de nucléaire, facteur 4 etc...) a donc été encouragée au cours de ce débat. Cette pluralité mérite d'être soulignée* »⁴⁵¹. Un effort d'ouverture donc, à tout le moins pour les débats.

Quatrièmement, et probablement l'une des limites les plus réalistes, « *les objectifs de notre politique énergétique sont en réalité fixés au plan européen* »⁴⁵². Comme l'auteur le précise, la Charte du débat elle-même rappelle cet état de fait, et les objectifs de la loi de programmation seront tenus d'être égaux ou supérieurs à ceux fixés au niveau européen dans les paquets climat-énergie⁴⁵³. En termes d'énergie et d'environnement, le chemin est déjà en partie tracé et les législations nationales ne peuvent qu'être plus ambitieuses. La réglementation européenne constitue donc dans ce cas un plancher d'engagement des Etats dans la transition énergétique.

Cinquièmement, maître Gossement avance qu'un principe assez gênant pour les discussions à venir est sacralisé par le Gouvernement, le prix de l'énergie qui doit rester modéré dans un but de compétitivité des entreprises. Néanmoins, si le prix de l'énergie est évoqué dans la Charte comme un des enjeux du DNTE, il ne reste pas focalisé sur un gel de celui-ci. Tout comme dans la feuille de route de la conférence environnementale de 2012, dans laquelle les occurrences d'apparition du mot « prix » se retrouvent sous les formes de « *signal-prix* »,

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ Miyuki TSUCHIYA, « Les débats nationaux sur la transition énergétique : ... », Congrès 2015 de l'Association Française de Science Politique (AFSP), Aix-en-Provence, 22 – 24 juin 2015, *cit.*

⁴⁵² Arnaud GOSSEMENT, « Débat national sur la transition énergétique : "le point d'arrivée n'est pas écrit d'avance" », *Gossement Avocats*, 29 nov. 2012, *cit.*

⁴⁵³ Cf. par exemple European Council, « Conclusions on 2030 Climate and Energy Policy Framework », 23 – 24 oct. 2014, consulté le 7 déc. 2015, [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/145356.pdf].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

« *prix incitatif du carbone* » ou « *prix réel* »⁴⁵⁴. Au final, nous verrons plus tard que cette notion a bien fait partie des débats de la loi découlant du DNTE⁴⁵⁵.

Il ressort dès lors des éléments ci-avant développés que le DNTE à son lancement était déjà en partie écrit, à l'inverse de ce qu'a pu en dire à l'époque la ministre de l'Ecologie, par des instances nationales ou supranationales, encadrant alors les voies possibles ouvertes à cette ébauche des orientations du droit de la transition énergétique. Au demeurant, le deuxième coup de canif dans le consensus du débat a eu lieu à la toute fin, lors de sa conclusion.

B) L'amère conclusion du débat

« *Tout ça pour ça* »⁴⁵⁶ titre la presse à l'issue du DNTE. L'ambiance est morose après six mois de discussions ayant débouché sur une conclusion que l'on peut qualifier de conflictuelle et apte à laisser un goût amer aux acteurs comme aux observateurs du débat. En réalité, les deux derniers mois précédant la clôture ont vu grandir ce risque jusqu'à ce qu'il s'impose *de facto*.

1) Vers l'inéluctable désaccord

L'aboutissement à un accord sur les désaccords s'est joué en deux actes. En premier lieu, afin de réaliser la synthèse finale du débat, le Conseil national du débat a appelé ses différents groupes de travail à faire remonter les conclusions de leurs échanges. Déjà dans ces textes se font jour les positions irréconciliables des acteurs. Dans un deuxième temps, a été préparée une pré-synthèse de l'ensemble du débat devant faire l'objet de discussions et d'une adoption en assemblée plénière du conseil. Mais un événement impromptu est venu perturber ce programme.

a) Le rapport du groupe travail sur les trajectoires de transition, l'annonce d'accords difficiles

« *Ce jeudi 23 mai [2013], le groupe de travail "mix énergétique" a présenté ses conclusions au Conseil national du débat sur la transition énergétique (CNDTE) réuni en plénière. Il ressort de la présentation que deux points ont donné lieu à de fortes oppositions : la part du nucléaire dans la production électrique et la réduction de la consommation énergétique nécessaire à l'atteinte des objectifs fixés, tout particulièrement s'agissant du Facteur 4* »⁴⁵⁷.

Si le rapport du groupe de travail numéro deux concernant la trajectoire du mix énergétique est intéressant et représentatif des difficultés d'achèvement du DNTE, c'est parce qu'il contient des « *désaccords* » si profonds qu'ils sont qualifiés de « *positions [...]*

⁴⁵⁴ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Feuille de route pour la transition énergétique : chantiers prioritaires, méthode et calendrier », 20 sept. 2012, *cit.*, pp. 16 – 19.

⁴⁵⁵ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2.

⁴⁵⁶ *La Gazette des Communes*, « Fin du Débat national sur la transition énergétique : tout ça pour ça ? », 19 juil. 2013, *cit.*

⁴⁵⁷ Philippe COLLET, « DNTE : Le groupe de travail "mix énergétique" propose quatre trajectoires pour 2050 », *Actu-environnement.com*, 23 mai 2013, consulté le 9 déc. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-transition-energetique-mix-2050-18587.php4>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

irréconciliables »⁴⁵⁸. Bien que le rapport fasse état « *de préoccupations partagées traversées par des divergences connues, et assumées, que le GT2 n'avait pas pour ambition de régler* »⁴⁵⁹, cet état de division sur des choix majeurs devant guider dès maintenant les investissements propres à rendre possible la trajectoire du mix énergétique choisi reste problématique. D'où le fait, par ailleurs, que ce groupe va proposer quatre scénarios de transition énergétique, constituant des trajectoires très différentes nécessitant des engagements diamétralement opposés⁴⁶⁰.

Au final, sur la « trentaine »⁴⁶¹ de recommandations du groupe de travail, ses acteurs trouvent un consensus sur des grands objectifs théoriques ou la nécessité de rapports mais se heurtent à des dissensus lorsque sont évoqués les moyens de parvenir auxdits objectifs. Au registre des consensus, ressort le besoin d'une vision de long terme sur la transition qui prenne en compte tous les aspects constitutifs de celle-ci (production et consommation des différentes énergies, aspects réglementaires et économiques), jusqu'à la lier à la transition écologique.

Mais cela s'arrête là. Dans les recommandations sur l'évolution du mix énergétique concernant la demande, le groupe ne pourra que reconnaître que « *les trajectoires actuellement disponibles prévoient une réduction entre 20 % et 50 % en valeur absolue de la consommation d'énergie finale à l'horizon 2050* »⁴⁶². Il précise cependant que les trajectoires n'auront pas les mêmes résultats sur le « *facteur 4 tous GES* » mais ne va pas plus loin. Au même chapitre, le nucléaire fait là aussi consensus pour ce qui est des demandes d'études de la faisabilité des diverses trajectoires et de leurs impacts multiples mais au-delà, aucun consensus ne débouche sur les mesures à prendre. Tant les propositions d'allongement de la durée d'exploitation des réacteurs que de fermeture après 40 ans, ou de fermeture de la centrale de Fessenheim ne mettent personne d'accord⁴⁶³.

Dans sa conclusion, le rapport fait d'ailleurs état de ces clivages irréductibles depuis le début des débats en son sein et sur l'échec de tout consensus en la matière. Il explique qu'« *il est vite apparu que la convergence de l'ensemble du groupe de travail sur une seule trajectoire était hors d'atteinte* »⁴⁶⁴.

Il apparaît donc que les espoirs d'aboutir à un accord sur les sujets tels que la baisse de la consommation d'énergie ou la diminution du nucléaire étaient quasi nuls dès le début des

⁴⁵⁸ Secrétariat général du débat national sur la transition énergétique, « Rapport du groupe de travail du conseil national – Groupe 2 - Quelle trajectoire pour atteindre le mix énergétique en 2025 ? Quels types de scénarios possibles à horizons 2030 et 2050, dans le respect des engagements climatiques de la France ? », 23 mai 2013, consulté le 9 déc. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/gt2_mix-energetique_dnte.pdf].

⁴⁵⁹ *Id.*, p. 22.

⁴⁶⁰ Pour une étude détaillée des différentes trajectoires, cf. Carbone 4, *Etude des 4 trajectoires du DNTE*, Alain GRANDJEAN, Emmanuel BLANCHET, Esther FINIDORI, fév. 2014 [http://www.carbone4.com/download/Etude_Trajectoires_DNTE_C4.pdf].

⁴⁶¹ Secrétariat général du débat national sur la transition énergétique, « Rapport du groupe de travail du conseil national - Groupe 2 - Quelle trajectoire ... », 23 mai 2013, *cit.*, p. 22.

⁴⁶² *Id.*, p. 26.

⁴⁶³ *Id.*, p. 27.

⁴⁶⁴ *Id.*, p. 30.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

débats. Néanmoins, les acteurs ne s'attendaient pas pour autant à des manœuvres aussi fortes que celles qui ont eu lieu.

b) La pré-synthèse du débat tuée dans l'œuf

Une fois les rapports de conclusion de chacun des sept groupes de travail du Conseil national du débat établis, ils ont été traités par le Comité de pilotage et le secrétariat, afin d'aboutir à une pré-synthèse, nécessitant la validation du conseil⁴⁶⁵. Ce document, en date du 13 juin 2013⁴⁶⁶, est donc censé passer en séance plénière afin d'être débattu, amendé et adopté. Il n'y passera jamais.

Revenons aux termes de la Charte afin de démêler l'écueil ici rencontré. L'article quatre de la Charte du débat prévoit que la synthèse mette « *clairement en évidence les sujets faisant l'objet de consensus, et ceux générant un dissensus* »⁴⁶⁷. Or, l'étymologie du mot consensus vient du latin *consentire*, signifiant « *accord* ». L'utilisation de cette notion se fait traditionnellement pour des décisions allant plus loin que la simple majorité. Au sein des institutions européennes par exemple, sur certaines matières régaliennes, le consensus est de mise afin d'éviter un vote qui mettrait clairement à jour les dissensions⁴⁶⁸. C'est donc une décision qui n'entraîne pas d'opposition ouverte. Le risque de cette méthode est que cela peut impliquer d'aboutir à un accord sur le plus petit dénominateur commun.

Dans le cas en question, « *le comité de pilotage a demandé aux membres du conseil national de hiérarchiser par ordre de priorité les mesures présentées par les groupes de travail, [et la synthèse] fait ressortir plusieurs tendances et précise le nombre de membres ayant mis en avant chaque mesure* »⁴⁶⁹. Se retrouve donc en tête des recommandations l'instauration d'une fiscalité énergétique, désignée par 19 membres de six des sept collèges du Conseil du débat⁴⁷⁰. Le collège n'ayant pas sélectionné cette proposition parmi la liste des 273 recommandations soumises est celui des employeurs. Le DNTE se retrouve donc dans le cas d'une vaste majorité des acteurs souhaitant cette mesure mais faisant face à une opposition claire du patronat.

Les représentants des employeurs jugent le document en l'état « *inacceptable* » et que « *le rapport se prétend consensuel alors qu'il bâtit sa synthèse sur une comptabilité absurde des*

⁴⁶⁵ Comme prévu à l'article 4 de la Charte du Débat. Cf. Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 4.

⁴⁶⁶ Secrétariat général du débat national sur la transition énergétique, « Priorités établies par les membres du Conseil national du débat au sein des recommandations de ses groupes de travail », 13 juin 2013, consulté le 19 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/media/pdf/priorites-mesures-debat-energie.pdf>].

⁴⁶⁷ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 4.

⁴⁶⁸ Cf. *Vie-publique*, « Comment les décisions sont-elles prises au sein de l'Union européenne », 11 jan. 2013, consulté le 10 déc. 2015 [<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/union-europeenne/fonctionnement/institutions/comment-decisions-sont-elles-prises-au-sein-union-europeenne.html>].

⁴⁶⁹ Florence ROUSSEL, « Transition énergétique : la méthodologie incertaine du débat réactive les dissensions », *cit.*, 21 juin 2013.

⁴⁷⁰ Secrétariat général du débat national sur la transition énergétique, « Priorités établies par les membres du Conseil national du débat au sein des recommandations de ses groupes de travail », 13 juin 2013, *cit.*, p. 3.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

opinions exprimées par organisation »⁴⁷¹. Il est triste de prendre position pour les membres qui refusent une avancée aussi nécessaire dans la transition énergétique qu'une fiscalité appropriée, mais force est de constater que le Gouvernement ne peut que s'en mordre les doigts. Celui-ci n'aurait pas dû évoquer le consensus pour ensuite tendre vers une adoption à la majorité, même qualifiée. Ce qui, cependant, est troublant, c'est le poids du MEDEF qui a réussi à faire retirer le document du site internet du débat, qui finalement « *n'a pas été présenté en séance* »⁴⁷². C'est précisément cette manœuvre d'intimidation qui a répandu une ambiance délétère sur la fin du DNTE⁴⁷³. Un seul acteur – puissant, certes – peut bloquer la conclusion de six mois de débats et faire disparaître le document incriminé de l'accès au public, avant même qu'il ne passe en séance plénière et ne soit débattu. Afin de trouver un terrain d'entente, le Comité de pilotage « *a ainsi appelé les membres du conseil national à mettre en place une nouvelle méthode de sélection et de présentation des mesures* »⁴⁷⁴. En d'autres termes, il est nécessaire de reprendre la méthodologie de conclusion du débat alors que l'ensemble des discussions de fond ont eu lieu.

Encore une fois, le DNTE paye l'imprécision de son mode de décision et de conclusion. Le véritable problème, c'est que si le Conseil national du débat ne peut aboutir à une synthèse auréolée d'un consensus ambitieux, l'ensemble du processus s'en trouve affaibli.

2) L'affaiblissement des conclusions du débat et ses conséquences

Après cette phase de pré-conclusion conflictuelle, l'aboutissement lui-même, en juillet 2013, est encore secoué de positions antagonistes, faisant perdre clarté et ambition à un texte qui est censé avoir la garantie d'être intégré au projet de loi à venir⁴⁷⁵.

a) Des recommandations aux simples enjeux

Le 18 juillet 2013, en séance plénière, le Conseil national du débat avait pour objectif d'adopter la nouvelle version du document de synthèse du DNTE. Celui-ci aurait dû s'intituler « *15 recommandations pour la transition énergétique de la France* »⁴⁷⁶, respectant ainsi la formulation des résultats sous forme de recommandations au Parlement pour l'étude

⁴⁷¹ Véronique LE BILLON, « Transition énergétique : le coup de force du Medef », *Les Echos*, 20 juin 2013, consulté le 19 nov. 2015 [http://www.lesechos.fr/20/06/2013/lesechos.fr/0202843430081_transition-energetique---le-coup-de-force-du-medef.htm#].

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Au sein de la presse (cf. articles actu-environnement et Les Echos cités dans les notes précédentes ou encore Matthieu AUZANNEAU, « Alliés de fait, Medef et syndicats font voler en éclats le débat national sur la transition énergétique », *Le Monde*, 21 juin 2013, consulté le 10 nov. 2015 [<http://petrole.blog.lemonde.fr/2013/06/21/allies-medef-et-syndicats-ont-fait-voler-en-eclat-le-debat-sur-la-transition-energetique/>]) comme au sein des associations membres du Conseil (cf. là aussi les articles d'actu-environnement.com et Les Echos précédents).

⁴⁷⁴ Florence ROUSSEL, « Transition énergétique : la méthodologie incertaine du débat réactive les dissensions », *cit.*, 21 juin 2013.

⁴⁷⁵ Comme en dispose l'article 1^{er} de la Charte. Cf. Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 1^{er}.

⁴⁷⁶ FNE, « Débat national sur la transition énergétique ... », nov. 2013, *cit.*, p. 10.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

du projet de loi de programmation à venir, comme en dispose la Charte⁴⁷⁷. Les recommandations se transforment en enjeux, notion plus vaporeuse et moins liante. Le schéma aboutissant à ce résultat est assez similaire au refus de la pré-synthèse précédente.

En effet, d'une part, l'un des syndicats de salariés, FO, souhaite « *ne pas s'associer aux recommandations et n'être engagée par aucune d'entre elles* »⁴⁷⁸ quand de leur côté, « *le Medef, la CGPME, l'Union professionnelle artisanale et la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles refusent d'avaliser les quinze recommandations du débat national sur la transition énergétique* »⁴⁷⁹. Le grief principal invoqué par ces organisations est le même qu'un mois plus tôt, le refus de voir affichées comme consensuelles des propositions qui de toute évidence ne le sont pas⁴⁸⁰. Cependant, il est important de noter que les mesures clivantes invoquées par les réfractaires à cette synthèse contiennent des éléments qui sont censés avoir été validés dès le début du DNTE, sachant que le facteur 4 tout comme la réduction du nucléaire de 75% à 50% de la consommation d'électricité étaient mentionnés dans l'article premier de la Charte dudit débat. C'est d'ailleurs ce qu'invoquent les ONG à leur rencontre :

« *Le cadrage du débat était connu de tous, certaines ONG qui ne le partageaient pas ont d'ailleurs refusé de participer, le remettre en question aujourd'hui c'est démontrer que l'écoute n'est pas au rendez-vous et l'envie de changer non plus* »⁴⁸¹.

Une nouvelle fois, le patronat obtient gain de cause avec la rétrogradation de la synthèse renommée pour l'occasion « *Synthèse des travaux du débat national sur la transition énergétique de la France* »⁴⁸² et détaillant 15 enjeux. Cette démarche de blocage a été très mal perçue par les autres participants investis dans les débats, la qualifiant « *d'esclandre* »⁴⁸³, d'attitude « *scandaleuse* »⁴⁸⁴, ou estimant que le patronat se comporte en « *brigand* »⁴⁸⁵. Pour parachever l'édifice, certains médias qualifient dès lors l'aboutissement du DNTE d'« *échec* »⁴⁸⁶. Le tout pour aboutir à une « *synthèse maladroite mais nécessaire* »⁴⁸⁷.

⁴⁷⁷ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 1^{er} et 4.

⁴⁷⁸ Philippe COLLET, « Transition énergétique : un débat pour rien ? », *cit.*, 19 juil. 2013.

⁴⁷⁹ Marie-Béatrice BAUDET, « Le Medef refuse les conclusions du débat sur la transition énergétique », *Le Monde*, 18 juil. 2013, consulté le 9 déc. 2015 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2013/07/18/le-medef-refuse-les-conclusions-du-debat-sur-la-transition-energetique_3449282_3244.html#tXYuDpxAImlQ5mHB.99].

⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁸¹ Argument évoqué pour les débats sur la pré-synthèse mais toujours valables un mois plus tard. Cf. Florence ROUSSEL, « Transition énergétique : la méthodologie incertaine du débat réactive les dissensions », *cit.*, 21 juin 2013.

⁴⁸² Secrétariat général du débat national sur la transition énergétique, « *Synthèse des travaux du débat national sur la transition énergétique de la France* », 18 juillet 2013, *cit.*

⁴⁸³ Propos de Ronan DANTEC, sénateur écologiste. Cf. Miyuki TSUCHIYA, « Les débats nationaux sur la transition énergétique : ... », Congrès 2015 de l'Association Française de Science Politique (AFSP), Aix-en-Provence, 22 – 24 juin 2015, *cit.*, p. 14.

⁴⁸⁴ Propos de Bruno REBELLE, ancien dirigeant de Greenpeace et membre du Comité de pilotage du DNTE. Cf. Marie-Béatrice BAUDET, « Le Medef refuse les conclusions du débat ... », *cit.*, 18 juil. 2013.

⁴⁸⁵ Propos de Benoît HARTMAN, porte-parole de FNE. *Ibid.*

⁴⁸⁶ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Au final, ce document édulcoré sera tout de même adopté à la quasi-unanimité (exception faite de FO). Il est effectivement plus facile de s'accorder sur un texte sans portée, quand une décision liante et faisant à coup sûr « *des mécontents* »⁴⁸⁸ nécessite de recourir à un autre mode de décision que le consensus. Mais cette partie est laissée aux autres acteurs devant prendre le relais du DNTE.

b) A synthèse faible, exécutif et Parlement forts

« *Le débat doit, à son terme, produire des recommandations que le Gouvernement s'engage à intégrer dans la préparation du projet de loi de programmation pour la transition énergétique qui sera présenté au débat et au vote du Parlement avant octobre 2013* »⁴⁸⁹.

L'ensemble du volumineux DNTE tendait dans cette direction, catalyser un faisceau de recommandations avec le plus grand poids politique possible afin d'influencer autant que possible le projet de loi de programmation sur le même sujet et les débats parlementaires subséquents. Or, faute au Conseil national du débat d'avoir su mettre en œuvre une synthèse engageante, « *les regards se tournent d'abord vers l'Elysée [et] il faudra ensuite compter sur un débat houleux à l'Assemblée nationale lorsque le projet de loi de programmation énergétique sera débattu* »⁴⁹⁰. Autrement dit, les cartes sont désormais dans les mains de l'exécutif et du Parlement et sans ces recommandations, ces acteurs seront d'autant plus libres d'aller à l'encontre des dispositions débattues tout au long du DNTE. C'est d'ailleurs ce que confirme FNE à la sortie du débat en précisant que « *même si le texte est quasiment inchangé, il est clair que ce document ainsi présenté perd de sa force vis-à-vis des élus, en particulier des parlementaires* »⁴⁹¹.

D'ailleurs, cet état de fait a été rappelé par le ministre alors en charge, Philippe Martin, prévenant qu' « *un débat national ne remplace pas le gouvernement* »⁴⁹². À noter que ce rappel – de l'absence de garantie de prise en compte du DNTE ? – est très bien intégré de la part des acteurs même du débat « *qui n'ont eu de cesse d'appeler l'exécutif à prendre ses responsabilités par rapport à une synthèse qui étale les désaccords* »⁴⁹³. Une sorte de syndrome de Stockholm de la part des acteurs du débat, ou plutôt l'espoir d'une bouée de sauvetage pour les idées de chaque organisation, en se rendant compte que le DNTE n'a pas permis de satisfaire toutes ses demandes. Le constat est d'autant plus sombre que le circuit gouvernemental et parlementaire classique va suivre son cours à l'issue du débat et que les pratiques classiques vont reprendre. « *De fait, la parenthèse du débat se referme et les acteurs retournent à leur activité de lobbying habituelle...* »⁴⁹⁴. Au final, déplore un

⁴⁸⁷ Laurence TUBIANA, membre du Comité de pilotage du DNTE. Cf. Philippe COLLET, « Transition énergétique : un débat pour rien ? », *cit.*, 19 juil. 2013.

⁴⁸⁸ Philippe COLLET, « Transition énergétique : un débat pour rien ? », *cit.*, 19 juil. 2013.

⁴⁸⁹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), *cit.*, art. 1^{er}.

⁴⁹⁰ Marie-Béatrice BAUDET, « Le Medef refuse les conclusions du débat ... », *cit.*, 18 juil. 2013.

⁴⁹¹ FNE, « Débat national sur la transition énergétique ... », nov. 2013, *cit.*, p. 10.

⁴⁹² Philippe COLLET, « Transition énergétique : un débat pour rien ? », *cit.*, 19 juil. 2013.

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

quotidien, « *ce seront les députés qui auront la main à partir de la fin de l'année pour décider du chemin censé nous conduire vers l'objectif européen de très long terme* »⁴⁹⁵.

Enfin, évoquons les mots de Delphine Batho en son temps de ministre : « *le point d'arrivée [du DNTE] n'est pas écrit d'avance* »⁴⁹⁶. Mais également Laurence Tubiana, membre du Comité de pilotage du DNTE, à propos du nucléaire dans les débats à venir au Parlement, « *[l]a bagarre ne fait que commencer* »⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Jason WIELS, « Transition énergétique: l'impossible synthèse? », *Le Point*, 18 juil. 2013, consulté le 10 nov. 2015 [http://www.lepoint.fr/economie/transition-energetique-l-impossible-synthese-18-07-2013-1705914_28.php].

⁴⁹⁶ Joël COSSARDEAUX, Emmanuel GRASLAND, Véronique LE BILLON, « Delphine Batho : « L'énergie est un levier de relance majeur », *cit.*, 28 nov. 2012.

⁴⁹⁷ Marie-Béatrice BAUDET, « Le Medef refuse les conclusions du débat ... », *cit.*, 18 juil. 2013.

Conclusion du Chapitre 1^{er}

De l'ensemble de ce chapitre nous retiendrons une réelle volonté du Gouvernement de rassembler les acteurs de la transition énergétique ainsi que le maximum de français, afin de recueillir leurs avis sur le processus en cours et de les intégrer à l'écriture des fondations de ce que doit être le droit de la transition énergétique. Cependant, certaines modalités d'organisation sont venues jeter une ombre au tableau.

De l'analyse de ces écueils, il est possible de modestement rappeler trois règles d'or dans l'organisation de ce type d'entreprises de concertation. Ce sont la clarté, la prévisibilité et l'accès. La clarté et la prévisibilité vont de pair. Les règles du processus doivent être débattues avec les représentants des différents acteurs dès le début, afin d'éviter la mauvaise surprise de la conclusion du DNTE. La stabilité de l'organisation et en particulier des interlocuteurs est également nécessaire. Là encore, l'exemple de la valse des ministres de l'Ecologie au cours des conférences environnementales et du DNTE est un contre-exemple. L'accès, au sens où il est important de mobiliser le maximum de participants à ce genre de démarches, nécessitant dès lors une information large du public (par voie de presse entre autres), afin de recueillir des points de vue variés. Cet accès peut aussi s'entendre comme un impératif de diversité, d'accès de toutes les opinions et ainsi éviter certains écueils dans la nomination de personnalités influentes de l'organisation et du pilotage du DNTE. Bien évidemment, il est primordial une fois la concertation achevée de prendre en compte les résultats du processus, sous peine de décourager ses participants et de ne pouvoir compter sur eux aux prochaines échéances.

L'ensemble de ces éléments devrait faciliter la création d'un droit de la transition énergétique qui ne se voudrait pas seulement technique mais porteur en lui-même, par son mode de création, d'un changement sociétal⁴⁹⁸.

En ouverture, l'auteur de ces lignes ne saurait que trop conseiller de prendre exemple sur le projet de loi pour une République numérique, proposé pour amendement de tout un chacun sur internet, avec un système de votes des visiteurs sur les mesures proposées⁴⁹⁹. Cet exercice de co-rédaction de la loi peut être très fédérateur et mobiliser avec enthousiasme de nombreux acteurs en parallèle d'une démarche de terrain afin de ne laisser personne de côté. Ce ne sont donc pas les moyens qui manquent, mais bien la volonté.

⁴⁹⁸ Cf. Introduction I) A) 2) et B) 1).

⁴⁹⁹ Le site mis en ligne pour cette opération est disponible ici : [<https://www.republique-numerique.fr/>]

Chapitre 2nd :

L'adoption conflictuelle des (ambitieuses) lois de transition énergétique

Le 24 septembre 2015, lors d'une conférence intitulée « *Penser et mettre en œuvre les transitions écologiques* » prenant place à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, le professeur Pierre Legal qualifia le droit de l'environnement de droit « *rhizomatique* » en ce qu'il s'infiltrait dans l'ensemble du droit et au-delà (dans les champs de l'économie, de la géographie, de la philosophie, etc.) telles les racines – ou rhizomes, précisément – des plantes⁵⁰⁰. Les aspects juridiques de la transition énergétique, constituant ce que nous nommons ici droit de la transition énergétique, tombent sous le sens de cet adjectif. Il s'infiltrait dans le droit et dans l'ensemble de la société par différents canaux. Et, au sein même de son parcours d'intégration juridique, il emprunte une variété de textes législatifs. C'est d'ailleurs pour cela que nous parlons dans le titre de ce chapitre, « *des lois* », au pluriel. Ces réflexions sur les évolutions de l'organisation du droit ne sont pas nouvelles et nous pouvons par exemple citer ici les travaux des professeurs Ost et Van de Kerchove⁵⁰¹. Nous nous y référerons également plus avant dans ces travaux, au sujet du droit souple⁵⁰².

En effet, on retrouve des dispositions ayant trait à la transition énergétique bien évidemment dans les lois ouvertement prévues à cet effet (dont la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte est le plus imposant avatar) mais aussi dans une variété d'autres textes ayant trait tant à la réforme territoriale qu'à la simplification des procédures, tout en passant par les lois de finances et lois de finances rectificatives.

Cependant, l'adoption desdits textes se fait en règle générale de manière conflictuelle, non seulement par la voix de l'opposition politique au sein du Parlement mais parfois même au sein de la majorité socialiste officiant durant le quinquennat du président de la République François Hollande. Certains aspects relatifs à la transition se montrent en effet fortement clivants. Le cas du nucléaire vient directement à l'esprit.

Enfin, si ce second chapitre évoque l'ambition de ce mouvement juridique, c'est par l'ampleur de la tâche à mener, qui consiste tant à refaçonner les modes de production et de distribution d'énergie que ceux de consommation. Cela exige donc d'agir sur les aspects tant techniques qu'économiques mais aussi sur les habitudes des individus. S'agissant de l'ambition de ces textes, cet adjectif est régulièrement utilisé par une grande quantité d'observateurs de ce mouvement. Quant à savoir s'il est réellement justifié, c'est l'une des questions de ce chapitre.

⁵⁰⁰ Pierre LEGAL, Allocution d'ouverture du colloque « *Penser et mettre en œuvre les transitions écologiques* », 24 et 25 septembre 2015, Faculté de droit et sciences politiques de Nantes.

⁵⁰¹ Cf. François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

⁵⁰² Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 2.

Section 1 :

La transition énergétique dans la Loi avant la loi relative à la transition énergétique pour une croissance verte, nécessité d'action, méthodes cavalières

A la démarche du Grenelle de l'environnement⁵⁰³ fait suite celle de la transition énergétique. Celle-ci implique, pour ce qui nous intéresse dans cette thèse, de massivement basculer le système de production d'électricité du nucléaire accompagné de l'hydroélectricité et des sources fossiles sur les énergies renouvelables (principalement éolien et solaire en accompagnement de l'actuelle hydroélectricité). Or, ce retournement de situation nécessite l'adaptation du cadre légal en place afin de faciliter le développement de ces énergies de flux⁵⁰⁴. Pour ce faire, le législateur a, particulièrement depuis 2012, accumulé dans une débauche de textes les mesures devant tendre vers cet objectif. Cet empressement, poussé par « *l'urgence climatique* », s'est fait au prix de l'intégration de cavaliers législatifs dans certains textes et du risque d'encourir la censure du Conseil constitutionnel, âprement sollicité par les élus d'opposition des deux chambres parlementaires.

I. L'intégration des énergies renouvelables en ordre dispersé dans la législation

« Le concept apparaît effectivement souvent bien plus comme une solution fourre-tout à l'angoisse écologique - et économique - générale que comme une notion clairement définie »⁵⁰⁵.

À l'image de cette définition au vitriol du concept de transition énergétique par Fabien Tesson, les mesures en faveur de la transition énergétique et en particulier du développement des énergies renouvelables se dissolvent de manière désordonnée dans un corpus de plus en plus volumineux de textes législatifs. Finalement, à peu près toute mesure touchant l'énergie incluse dans les lois depuis 2012 peut être justifiée par le mouvement de transition.

À cet effet, il est possible de se livrer à une rapide étude de l'usage de la formule « *transition énergétique* » (ou d'une formule proche telle « *transition écologique et énergétique* ») au sein des textes de loi votés depuis le début de la XXIV^e législature. Si l'expression même

⁵⁰³ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, I) A) 1) a).

⁵⁰⁴ Les énergies de flux s'opposent aux énergies de stock. Ces dernières sont le fruit de processus naturels de transformation ayant donné lieu à la création d'un stock, épuisable, de ressources énergétiques. On y inclut le pétrole, le charbon, le gaz ou encore l'uranium (bien qu'issu d'un processus différent), soit les sources traditionnelles de production d'électricité du XX^e siècle. Les énergies de flux, quant à elles, sont le fruit d'un processus continu et renouvelé, quoique parfois variable, de production d'énergie (en général cinétique, thermique ou radiative). Le vent, le solaire (tant photovoltaïque que thermique), les marées et cours d'eau, la chaleur terrestre entrent notamment dans cette catégorie. Pour plus d'informations, cf. : ADEME, « L'énergie en France, état des lieux et perspective », juillet 2012, consulté le 11 février 2016, pp. 6 – 7.

⁵⁰⁵ Fabien TESSON, « La réalité juridique de l'action publique en matière de transition énergétique - Une évolution normative prise dans un mouvement global », *AJDA*, 2015, p. 1960.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

n'apparaît que dans le titre de deux lois⁵⁰⁶ et dans les mots-clés de trois autres⁵⁰⁷, on en totalisera pas moins de 16 concernés lors de la recherche dans l'ensemble du texte⁵⁰⁸. Nous assistons donc à un éparpillement des mesures tenant à ce processus de transition au sein de l'œuvre du législateur, dans des lois qui n'y sont pas expressément dédiées et parfois même à l'écart du Parlement, par le biais des ordonnances.

A) L'éparpillement des dispositions de la transition énergétique, ou le risque de l'illisibilité

*« Introduire un peu d'environnement dans beaucoup de textes est une méthode qui peut laisser dubitatif »*⁵⁰⁹.

C'est à propos de la loi du 6 août 2015 dite loi Macron que le professeur François-Guy Trébulle tenait ce discours. Il s'étonnait en effet que des dispositions concernant l'énergie ou l'environnement (et donc, potentiellement la transition énergétique, celle-ci fusionnant les deux sujets) y soient incorporées *« alors que la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte était en cours d'adoption et que la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République évoque également des enjeux environnementaux »*⁵¹⁰. Sans parler de la loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages⁵¹¹.

Et raison de s'inquiéter il y a en effet, tant on a peine à comprendre l'actuel manque de logique et surtout de lisibilité que devraient pourtant revêtir les dispositions en matière d'énergie et d'environnement, afin de profiter du vaste mouvement évolutif actuel de la transition énergétique. Il est potentiellement nuisible de saupoudrer ainsi des mesures concourant à un projet plus vaste, surtout quand des textes-phares sur le sujet sont en cours de discussion voire de vote. Partant, les développements à venir tâcheront de représenter l'actuelle dispersion des normes en rapport avec la transition énergétique.

⁵⁰⁶ Cf. la loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, dite loi Brottes, et la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

⁵⁰⁷ Les deux textes de la note précédente ainsi que la loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016.

⁵⁰⁸ Une explication s'impose ici sur le *modus operandi* de cette étude. En l'occurrence, pour cette dernière phase, le 11 février 2016 ont été entrés les mots « *transition énergétique* » dans la barre de recherche intitulée « *Rechercher ces mots parmi les mots du texte (depuis 1990)* » sur la page Légifrance à cet effet [<https://www.legifrance.gouv.fr/rechTexte.do?reprise=true&page=1>]. À partir des 29 lois trouvées par le système de recherche, les textes de la XXIV^e législature ont été analysés là aussi à l'aide de la fonction recherche afin de trouver les occurrences correspondant aux termes concernés ou à des acceptions semblables, telles « *transition écologique et énergétique* ».

⁵⁰⁹ François-Guy TRÉBULLE, « L'énergie, l'environnement et les transports dans la loi du 6 août 2015 dite loi Macron », *Énergie – Environnement – Infrastructures* n° 8-9, août 2015, dossier 1, p. 1.

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- 1) Des lois de réforme territoriale aux lois de finance, l'infiltration diffuse de la transition énergétique dans le droit

Comme l'indique le titre de la présente section, la transition énergétique n'a pas attendu sa loi éponyme pour imprimer sa marque sur le droit. Depuis 2012 et la consécration de la formule « *transition énergétique* », la multiplication des mesures y ayant trait dans des lois diverses et variées emprunte cependant plus volontiers certains véhicules législatifs. Ceux-ci sont tout d'abord les lois de réforme territoriale mais également les lois de finances. Elles permettent par leur objet respectif de donner une réalité tant locale (dans les collectivités territoriales) que globale (par le biais des lois de finance) à ce mouvement de transition.

- a) Les lois de réforme territoriale, occasion pour le législateur d'insérer la transition énergétique dans les territoires

La réforme territoriale est l'un des chevaux de bataille de la présidence de François Hollande⁵¹². L'idée-force de l'acte III de la décentralisation est de réduire le nombre des régions françaises afin d'atteindre une taille critique en termes de population et de poids économique, mais aussi d'à terme supprimer le département et accroître les compétences des intercommunalités, avec notamment la création des métropoles.

C'est d'ailleurs cette loi créant les métropoles, loi dite MAPAM⁵¹³, qui, en janvier 2014, fait entrer la transition énergétique dans les compétences officielles des collectivités territoriales. Depuis lors l'échelon régional a en charge de nombreux aspects directement liés à la transition énergétique:

« [À] chacune des collectivités reviennent des domaines privilégiés, la région est ainsi consacrée chef de file (art.3) pour l'organisation des modalités de l'action commune relative à "l'aménagement et au développement durable du territoire", "la protection de la biodiversité", "le climat, la qualité de l'air et l'énergie" mais également "l'intermodalité et la complémentarité entre les modes de transports" »⁵¹⁴.

Il convient de saluer que l'aspect qui nous intéresse ici le plus, l'énergie, est placée sous l'autorité responsable qui semble la plus adaptée. L'échelon de la région correspond en effet à celui retenu depuis plusieurs années notamment dans l'élaboration de schémas d'implantation des énergies renouvelables (le schéma régional climat air énergie – SRCAE – et son volet spécial le schéma régional éolien – SRE –)⁵¹⁵.

⁵¹² Pour plus d'information sur le projet et son déroulement, cf. par exemple, Valérie MAZUIR, « Après la création de métropoles et l'adoption d'une nouvelle carte de France à 13 régions, le Parlement a adopté le dernier volet de la réforme territoriale : la refonte des compétences des régions et des départements », *Les Echos*, 17 juil. 2015, consulté le 16 fév. 2016, [<http://www.lesechos.fr/politique-societe/dossiers/0203494013949-la-reforme-territoriale-670584.php?5W4RmC4dkQms5ay8.99>].

⁵¹³ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

⁵¹⁴ Philie MARCANGELO-LEOS, « Loi Mapam : la nouvelle carte des compétences en matière d'environnement et de transports », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} av. 2014, p. 156.

⁵¹⁵ Pour les développements sur les différents schémas et la planification dans le droit de la transition énergétique, cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Mais la loi MAPAM va plus loin et mentionne directement la « *transition énergétique* » au sein des compétences distribuées aux collectivités territoriales. Plus précisément, la métropole, mais aussi la communauté urbaine héritent toutes deux de la compétence de plein droit de la « *contribution à la transition énergétique* »⁵¹⁶. Plus encore, le cas de la métropole du Grand Paris marque une spécificité, car la loi lui confère le pouvoir d'élaborer et appliquer « *des programmes d'action en vue de lutter contre la pollution de l'air et de favoriser la transition énergétique, notamment en améliorant l'efficacité énergétique des bâtiments et en favorisant le développement des énergies renouvelables et celui de l'action publique pour la mobilité durable* »⁵¹⁷. Une vaste compétence pour un vaste enjeu, étant donné l'espace majoritairement urbain concerné, ce qui appelle à développer notamment les énergies renouvelables dans un cadre fortement contraint.

Plus récemment, une autre loi de réforme territoriale est venue renforcer la planification à l'échelon régional de la transition en cours. La loi portant nouvelle organisation territoriale de la République⁵¹⁸, dite loi NOTR(e), adoptée seulement 10 jours avant la loi de transition énergétique, prévoit en son article 10 la création d'un nouveau schéma : « *Le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires* » ou SRADDET. Celui-ci « *regroupe ainsi des schémas préexistants tels que le schéma régional climat air énergie, le schéma régional de l'intermodalité, et le plan régional de prévention et de gestion des déchets* »⁵¹⁹. C'est tout le moins ce qui est prévu par l'article 13 de la loi NOTR(e), qui dispose que le Gouvernement prendra par ordonnance les mesures d'absorption des schémas concernés. Cette disposition constitue donc un enrichissement de « *[l]a boîte à outils des régions en matière de transition énergétique* »⁵²⁰. Elle est aussi le signe de l'importance que sont amenés à prendre les échelons locaux dans une stratégie concertée avec l'Etat, concernant la transition énergétique, ainsi qu'il sera développé plus avant⁵²¹.

Si l'on constate donc que des mesures de planification territoriale de la transition énergétique sont prises par les pouvoirs publics – sur lesquelles nous reviendrons ultérieurement, ainsi que sur les compétences de ces collectivités⁵²² –, les lois de finances depuis 2012 ne sont pas en reste pour cette fois donner corps à la transition à un niveau national.

⁵¹⁶ La métropole obtient cette compétence au gré de l'article 43 de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, codifié à l'article 5217-2 du Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT). Quant à la communauté urbaine, c'est l'article 71 de la loi dite MAPAM qui le précise et le codifie à l'article L. 5215-20 du CGCT.

⁵¹⁷ Loi MAPAM, art. 12.

⁵¹⁸ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

⁵¹⁹ Florence ROUSSEL, « Gouvernance environnementale : ce qui change avec la loi Notre », *Actu-environnement.com*, 23 juil. 2015, consulté le 16 fév. 2016, [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/adoption-loi-notre-dechet-eau-collectivite-25028.php4>].

⁵²⁰ Charlotte IZARD, « Climat et transition : de grandes Régions aux missions renouvelées », CLER, 16 déc. 2015, consulté le 17 fév. 2016 [<https://www.construction21.org/france/articles/fr/climat-et-transition--de-grandes-regions-aux-missions-renouvelees.html>].

⁵²¹ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2.

⁵²² Sur le rôle des différentes collectivités dans la transition énergétique, cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2, I). Sur la planification dans le droit de la transition énergétique, cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1. Enfin, sur

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

b) Les lois de finances, la transition rendue concrète

Ainsi que l'annonça le député Noël Mamère lors de la première lecture du projet de loi de transition énergétique, « *l'heure de vérité ne sonnera cependant pas le 14 octobre, lorsque nous serons appelés à nous prononcer sur ce projet de loi, mais lors de l'examen du budget, ou nous saurons quels seront les moyens mis à la disposition de ces nobles objectifs* »⁵²³. En effet, nul meilleur baromètre de la réalité d'un engagement politique que la lecture des lois de finances postérieures. Et à ce sujet, la transition énergétique n'est pas avare d'exemples depuis 2012. Il est cependant à noter que si les lois de finances ont régulièrement à traiter des questions d'énergie, les mesures que l'on observe depuis quelques années sont orientées en cohérence (du moins, dans leur majorité) avec les objectifs affichés du mouvement de transition vers un système énergétique plus sobre et davantage fondé sur les énergies renouvelables.

Le développement à suivre peut s'avérer quelques peu rébarbatif par son aspect de catalogue, mais il permet de mieux comprendre la régularité des mesures dans le sens de l'objectif énergétique concerné.

Dès la loi de finances rectificative pour 2012⁵²⁴, apparaissent au sein de son article 60 des mesures ayant trait au stockage d'électricité et à ses conditions de rémunération du capital immobilisé ainsi qu'à la maîtrise de la demande d'électricité dans les zones non interconnectées. Ces dispositions complémentaires, permettant de prendre conscience du statut de pilotes de la transition énergétique des zones non interconnectées que sont par exemple les territoires d'outre-mer, sont par ailleurs détaillées dans un arrêté du 27 mars 2015⁵²⁵.

Un an plus tard, la loi de finances pour 2014⁵²⁶ modifie la loi de finances rectificative pour 2010⁵²⁷ au sujet du « *second programme d'investissements d'avenir* ». Il faut alors attendre un arrêté⁵²⁸ de janvier 2016 pris en adéquation avec ces dispositions pour voir l'implication en termes de transition énergétique. En effet, cet arrêté approuve le cahier des charges « *Energies renouvelables en mer et fermes pilotes hydroliennes fluviales* » et consacre donc le fléchage d'investissements en direction de ces thématiques. Plus encore, cette même loi met en place la très attendue « *taxe-carbone* », ici sous le nom de « *contribution climat-énergie* » (CCE). C'est à l'article 32 dudit texte que le législateur a introduit « *une augmentation*

l'action économique des collectivités dans le développement des énergies renouvelables, cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 1.

⁵²³ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 1^{ère} séance du 6 oct. 2014, « Article 1^{er} », Noël MAMERE [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150004.asp>].

⁵²⁴ Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012.

⁵²⁵ Ministre de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, Arrêté du 27 mars 2015 relatif au taux de rémunération du capital immobilisé pour les installations de stockage d'électricité et pour les actions de maîtrise de la demande d'électricité dans les zones non interconnectées.

⁵²⁶ Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, article 59.

⁵²⁷ Loi n° 2010-237 du 9 mars 2010 de finances rectificative pour 2010, article 8.

⁵²⁸ Le Premier ministre, Arrêté du 29 janvier 2016 relatif à l'approbation du cahier des charges « *Energies renouvelables en mer et fermes pilotes hydroliennes fluviales* ».

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

progressive et proportionnée des taux de taxe intérieure de consommation au contenu carbone des différents produits énergétiques »⁵²⁹ amenée à augmenter au fur et à mesure des années, afin d'inciter les consommateurs de ces produits à changer leurs habitudes ou équipements.

Après une nouvelle année, la loi de finances pour 2015⁵³⁰ incorpore en son article 60 une « exonération de taxe et de cotisation foncières pour les méthaniseurs agricoles » pour les sept premières années d'exploitation afin de respecter « la feuille de route établie à l'issue de la Conférence environnementale de septembre 2012 » concernant le « Plan national biogaz »⁵³¹. Cette disposition visant à encourager l'installation de méthaniseurs agricoles souhaite s'attaquer à une situation insatisfaisante, surtout lorsque l'on compare les situations de la France et de l'Allemagne. En effet, là où outre-Rhin on dénombrait en 2014 7900 installations de méthanisation agricole, il n'y en avait que 140 en France⁵³². Le gisement de production d'électricité et de chaleur est donc énorme.

A la fin de 2015, les dispositions des textes de finances sont nombreuses à s'imprégner de la marque de la transition énergétique. En premier lieu, concernant la loi de finances rectificative pour 2015⁵³³, et c'est un événement majeur, l'article cinq « crée un compte d'affectation spéciale dédié au financement de la transition énergétique, dont les recettes seront issues de la fiscalité énergétique »⁵³⁴. Cette reconnaissance permet de clarifier le financement d'une partie de la transition énergétique, notamment concernant les énergies renouvelables. Elle inscrit d'ailleurs la fameuse contribution au service public de l'électricité (CSPE) en son sein, afin de mieux l'encadrer et la sécuriser juridiquement⁵³⁵. L'article 16 pour sa part précise le montant de la CCE jusqu'à 2019 et les articles 61 et 63 rendent permanentes les exonérations de taxe foncière et de cotisation foncière des entreprises sur les méthaniseurs agricoles⁵³⁶. En second lieu, la loi de finances pour 2016⁵³⁷, étend en son article 24 le bénéfice des exonérations susmentionnées aux installations datant d'avant 2015 et modifie en son article 101, « la répartition du produit de la taxe sur les éoliennes

⁵²⁹ Ministère de l'Économie et des Finances, *Présentation des dispositions législatives adoptées dans le cadre des lois de finances pour 2014 et de finances rectificative pour 2013 concernant la fiscalité énergétique et environnementale*, Circulaire du 12 mars 2014.

⁵³⁰ Loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015.

⁵³¹ Philippe BILLET, « Principales dispositions financières et fiscales en matière d'environnement, d'énergie et de transport dans la loi de finances rectificative pour 2014 et la loi de finances pour 2015 », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 3, mars 2015, étude 4, p. 5.

⁵³² Sachant que le total des installations de méthanisation tricolores cumulait une puissance installée de 148 MW en juillet 2013, contre 3,7 GW installés en Allemagne seulement en zone rurale en 2014. Cf. Office Franco-Allemand pour les Énergies Renouvelables, « Le biogaz en France et en Allemagne | Une comparaison », 4 nov. 2014, p. 10.

⁵³³ Loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 de finances rectificative pour 2015.

⁵³⁴ Laurent RADISSON, « La loi de finances rectificative pour 2015 amorce une réforme de la fiscalité énergétique », *Actu-environnement.com*, 22 déc. 2015, consulté le 12 jan. 2016, [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/loi-finance-rectificative-2015-reforme-fiscalite-energetique-tgap-indemnite-velo-25923.php4>].

⁵³⁵ Nous reviendrons avec précision sur ces éléments dans la Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, I).

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ Loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

maritimes »⁵³⁸ afin de ventiler ses revenus sur les différents échelons de comités des pêches et d'en attribuer une partie à la Société nationale de secours en mer (SNSM).

Enfin, le dernier ensemble de textes budgétaires du quinquennat, constitué des lois de finances 2016 et de finances rectificative 2017, vient en termes de transition énergétique et de production d'électricité modifier à nouveau la répartition du produit de la taxe des futurs parcs éoliens en mer⁵³⁹ et augmenter la contribution des installations nucléaires de base à l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire (IRSN)⁵⁴⁰. Au total, selon le professeur Philippe Billet, « [l]es mesures restent souvent très ponctuelles »⁵⁴¹, dans « un ensemble sans cohérence [dominé par] l'énergie et le climat »⁵⁴², mais « sans philosophie générale fédératrice »⁵⁴³. Un reproche que nous adressons déjà en introduction au droit de l'énergie et pour lequel nous soulignons le risque que le droit de la transition énergétique y succombe⁵⁴⁴.

Les lignes ci-dessus, prenant des airs de liste à la Prévert tant les mesures dans les lois de finances évoquées sont variées et ne représentant pourtant qu'une infime partie de l'ensemble de l'aspect financier de la transition énergétique, avaient pour objectif de montrer comment ce mouvement transitoire devient chaque jour un peu plus réalité. En termes de finances, les mesures vont des plus anecdotiques aux plus impactantes, éclairant l'ampleur du changement en cours. D'ailleurs, preuve d'une acception de l'énergie aujourd'hui teintée par l'essor des énergies renouvelables, le professeur Philippe Billet avance que « l'énergie a - fiscalement à tout le moins - absorbé l'environnement »⁵⁴⁵. Cependant, cette évolution se fait au prix de la clarté – et donc de la sécurité – juridique, comme le souligne le même auteur lorsqu'il brocarde « le législateur [qui] s'est rangé à l'option du Gouvernement d'une dispersion des normes et des discussions y afférentes, faisant perdre sa lisibilité à un dispositif en construction »⁵⁴⁶.

2) Le risque de l'illisibilité par l'accumulation des lois de simplification et l'improvisation dans l'élaboration des lois

Si, comme nous avons pu le voir, les mesures propres à la transition énergétique se répandent dans le droit par le truchement de lois de finances et de réforme territoriale, il est un autre totem gouvernemental qui impacte la transition, le « choc de simplification »⁵⁴⁷. Et à ces

⁵³⁸ Laurent RADISSON, « Loi de finances pour 2016 : ce qui a été voté en matière d'environnement », *Actu-environnement.com*, 18 déc. 2015, consulté le 12 jan. 2016, [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/loi-finances-2016-PLF2016-CITE-eco-PTZ-methanisation-TGAP-eoliennes-amiante-nucleaire-25911.php4>].

⁵³⁹ Loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017, art. 124.

⁵⁴⁰ Loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016, art. 70.

⁵⁴¹ Philippe BILLET, « Principales dispositions financières et fiscales en matière d'environnement, d'énergie et de transport dans les lois de finances rectificative pour 2016 et de finances pour 2017 », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, étude 12, avr. 2017, p. 5.

⁵⁴² *Id.*, p. 1.

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ Cf. Introduction, I) B) 2).

⁵⁴⁵ Philippe BILLET, « Principales dispositions financières et fiscales en matière d'environnement ... », *cit.*, mars 2015.

⁵⁴⁶ *Id.*, p. 2.

⁵⁴⁷ Employée lors d'une intervention télévisée le 28 mars 2013 (*Le Figaro*, « Hollande annonce "un choc de simplification" administrative », 28 mars 2013, consulté le 18 fév. 2016, [<http://www.lefigaro.fr/flash->

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

mesures destinées à « *faciliter la vie quotidienne des entreprises et des particuliers, bâtir une relation de confiance entre l'administration et ses usagers, et favoriser un gain collectif de temps et d'argent* »⁵⁴⁸ s'ajoutent d'autres lois à l'objet peu clair. Il en ressort alors une situation qui peut paradoxalement paraître plus complexe.

Nous nous devons d'insérer ici quelques éléments sur la simplification du droit. Cet objectif tout autant que moyen est certainement l'un des sujets partagés par les institutions de l'Etat quelles que soient les alternances. Y sont consacrés des colloques⁵⁴⁹, des rapports du Conseil d'Etat⁵⁵⁰, des ouvrages⁵⁵¹, de nombreux articles de doctrine⁵⁵² et bien sur des lois⁵⁵³. Véritable « *mythe de Sisyphe* »⁵⁵⁴ dans le cadre d'un mode de production législatif intensif s'il en est, il nous est toutefois fait obligation de rapporter ici les paroles du Conseil d'Etat dans son étude de 2016, afin de relativiser ce leitmotiv :

*« Il n'y a pas non plus de lien certain entre la complexité de la norme et celle de sa mise en œuvre : un droit concis n'est pas synonyme de droit clair ou simple d'application, de même qu'un droit voulu comme pédagogique ne simplifie pas toujours sa propre mise en œuvre. La relation entre la complexité de la norme et son adaptation aux différentes situations n'est elle-même pas univoque : un droit différencié n'est pas toujours moins clair qu'une norme unique applicable à des situations très diverses »*⁵⁵⁵.

a) L'accumulation des lois de simplification concernant la transition énergétique

Pour commencer, il est nécessaire de rappeler que si le sujet de l'énergie et plus globalement des sujets qui peuvent être rapprochés de la transition énergétique n'ont pas attendu le mandat de François Hollande pour intégrer la loi, le sujet de la simplification non plus. Un bon exemple de loi de simplification adoptée sous la présidence de Nicolas Sarkozy et ayant trait au mouvement de transition énergétique est la loi dite Warsmann de février 2012⁵⁵⁶. En son

actu/2013/03/28/97001-20130328FILWWW00740-hollande-annonce-un-choc-de-simplification-administrative.php]], l'expression n'a depuis pas quitté les discours politiques, les manchettes de journaux ou même les titres de lois. Ces dernières, par leur vaste objet contiennent des mesures impactant la transition énergétique, elle-même vaste sujet.

⁵⁴⁸ « Le choc de simplification », *Gouvernement.fr*, consulté le 18 fév. 2016, [http://www.gouvernement.fr/action/le-choc-de-simplification].

⁵⁴⁹ Conseil d'Etat, « La simplification du droit et de l'action administrative », Colloque organisé par le Conseil d'Etat et la Cour des comptes, 16 déc. 2016 [http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Colloques-Seminaires-Conferences/La-simplification-du-droit-et-de-l-action-administrative].

⁵⁵⁰ Etude annuelle 2016 du Conseil d'Etat, *Simplification et qualité du droit*, La Documentation française.

⁵⁵¹ *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, Frédérique RUEDA, Jacqueline POUSSON (dirs.), LGDJ, 2010 ; ou plus récemment, *La simplification du droit*, Daniel BERT, Muriel CHAGNY, Alexis CONSTANTIN (dirs.), Institut Universitaire Varenne, 2015.

⁵⁵² Cf. par exemple, Etienne MARIE, « La simplification des règles de droit », *Droit social*, 2002, pp. 379s. ; Nicolas MOLFESSIS, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD Civ.*, 2004, pp. 155s. ; Benoit LECOURT, « Réflexions sur la simplification du droit des affaires », *RTD Com.*, 2015, p. 1.

⁵⁵³ Cf. par exemple la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

⁵⁵⁴ Didier MARTIN, « Simplification du droit : mythe de Sisyphe ? », *Le Club des Juristes*, 6 juil. 2015, consulté le 28 juin 2017 [http://www.leclubdesjuristes.com/les-publications/simplification-du-droit-mythe-de-sisyphe/].

⁵⁵⁵ Etude annuelle 2016 du Conseil d'Etat, *Simplification et qualité du droit*, La Documentation française, p. 15.

⁵⁵⁶ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

article 66, ce texte de simplification modifie le Code minier afin de soumettre la géothermie de minime importance à « *une déclaration de travaux effectuée par voie dématérialisée* »⁵⁵⁷ en lieu et place du régime classique des mines. Cette initiative à la portée simplificatrice contestable⁵⁵⁸ a fait l'objet d'un décret d'application datant de janvier 2015⁵⁵⁹ (alors qu'il était « *souhaitable que cette discussion sur le cadre juridique de la géothermie de minime importance aboutisse rapidement* »⁵⁶⁰) afin de pouvoir rendre plus aisé ce type de construction, étant donné le rôle potentiel de la géothermie dans la transition énergétique⁵⁶¹.

Un peu plus récemment, c'est la loi de simplification par ordonnances du 2 janvier 2014⁵⁶² qui tente de poursuivre l'ouvrage de mise à plat des complexités françaises. Or, ce texte recèle une réforme de simplification de forte ampleur pour le développement des énergies renouvelables et en particulier en ce qui concerne l'éolien et la méthanisation. En effet, en son article 14 il prévoit l'expérimentation limitée dans le temps et l'espace d'une autorisation unique au sein du régime des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE)⁵⁶³. Ce sera alors une ordonnance⁵⁶⁴ de mars 2014 qui la mettra en place. Cette démarche à saluer vise à accélérer et sécuriser les projets concernés par les énergies ci-dessus évoquées. Cette mesure fera l'objet par ailleurs d'un développement plus conséquent dans les propos plus avant⁵⁶⁵.

Enfin, en décembre de la même année, le Parlement récidive et vote une nouvelle loi de simplification⁵⁶⁶. Alors qu'il pourrait passer pour une disposition anecdotique, l'article 21 dudit texte se révèle tout particulièrement intéressant et est l'aboutissement d'un parcours

⁵⁵⁷ Blanche LORMETEAU, « Le décret du 8 janvier 2015 relatif à la géothermie : une étape déterminante pour l'essor de la filière », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} av. 2015, p. 152.

⁵⁵⁸ Voir à cet effet les critiques formulées par maître GOSSEMENT concernant notamment le fait que le Code minier disposait déjà de la possibilité de créer par décret un régime spécial pour la géothermie de minime importance. Cf. Arnaud GOSSEMENT, « Géothermie : proposition de loi tendant à la simplification du droit », *Gossement Avocats*, 5 sept. 2011, consulté le 10 fév. 2016, [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2011/09/02/geothermie-hydroelectricite-proposition-de-loi-tendant-a-la.html>] & Arnaud GOSSEMENT, « Géothermie de minime importance : adoption de la loi Warsmann », *Gossement Avocats*, 3 mars 2012, consulté le 10 fév. 2016, [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2012/03/03/geothermie-de-minime-importance-adoption-de-la-loi-warsmann.html>].

⁵⁵⁹ Décret n° 2015-15 du 8 janvier 2015 modifiant le décret n° 78-498 du 28 mars 1978 modifié relatif aux titres de recherches et d'exploitation de géothermie, le décret n° 2006-649 du 2 juin 2006 modifié relatif aux travaux miniers, aux travaux de stockage souterrain et à la police des mines et des stockages souterrains, l'annexe de l'article R. 122-2 et l'article R. 414-27 du code de l'environnement.

⁵⁶⁰ Arnaud GOSSEMENT, « Géothermie : ... », *cit.*, 5 sept. 2011.

⁵⁶¹ Blanche LORMETEAU, « Le décret du 8 janvier 2015 relatif à la géothermie : une étape déterminante pour l'essor de la filière », *cit.*, 1^{er} av. 2015, p. 152 : « *La filière géothermique est une des technologies privilégiées pour mettre en œuvre les objectifs nationaux en matière d'augmentation de la production d'énergie de source renouvelable et locale et de réduction des émissions de gaz à effet de serre* ».

⁵⁶² Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

⁵⁶³ Pour un premier aperçu de la réforme, se reporter à l'article de Caroline FACELINA, Corentin GOUPILLIER, « Cap sur l'autorisation unique ICPE : tour d'horizon de la réforme », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} nov. 2014, p. 405.

⁵⁶⁴ Ordonnance n°2014-355 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement.

⁵⁶⁵ Cette thématique fait l'objet des développements du B) à suivre.

⁵⁶⁶ Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

juridique aux implications techniques et économiques. En effet, c'est d'abord l'article 43 de la loi d'adaptation au droit de l'Union européenne (UE) dans le domaine du développement durable⁵⁶⁷ qui prévoit que les installations de cogénération⁵⁶⁸ de plus de 12 MW peuvent bénéficier sous certaines conditions d'une prime de disponibilité⁵⁶⁹ jusqu'à l'hiver 2016/2017, le temps que se mette en place un marché de capacité⁵⁷⁰. Ce mécanisme de marché de capacité est important pour la réalisation de la transition énergétique car il fait partie de ces garanties de fonctionnement du réseau durant les pics de consommation⁵⁷¹. Or, par une décision en date du 18 juillet 2014⁵⁷², le Conseil constitutionnel déclara contraire à la Constitution une partie des dispositions de l'article de loi concerné. C'est alors pour régulariser la situation que l'article 21 de la loi de simplification de décembre 2014 stabilise le système de transition jusqu'au marché de capacité. Finalement, en avril 2015, le Conseil d'Etat⁵⁷³ prend acte de la décision de son voisin de la rue de Montpensier et modifie le décret d'application de la loi de 2013 censurée, offrant ainsi une nouvelle base légale solide pour un arrêté pris le 1^{er} juillet 2015⁵⁷⁴. La situation aura donc perduré de juillet 2013 à juillet 2015, alors que c'est un dispositif d'une durée de trois ans, censé faciliter la transition jusqu'à la fin de l'année 2016.

⁵⁶⁷ Loi n° 2013-619 du 16 juillet 2013 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable.

⁵⁶⁸ Le commentaire de la décision CC, 18 juil. 2014, déc. n° 2014-410 QPC, p. 1, en donne la définition suivante: « La cogénération est une technique qui permet de produire simultanément de la chaleur et de l'électricité. En générant conjointement les deux énergies, les installations de cogénération bénéficient, pour un volume de combustible donné, d'un rendement supérieur à celui qu'auraient deux installations qui généreraient de la chaleur et de l'électricité de manière indépendante ».

⁵⁶⁹ Une somme attribuée à l'exploitant d'une installation de cogénération pour le rétribuer de la disponibilité de son outil de production en cas de besoin par le réseau électrique. Cf. Laurent RADISSON, « Cogénération : les nouvelles conditions d'attribution de la prime de disponibilité », *Actu-environnement.com*, 15 juil. 2015, consulté le 19 fév. 2016, [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/cogeneration-attribution-prime-disponibilite-12mw-24967.php4>] : « En vertu de ce dispositif, les installations éligibles peuvent bénéficier jusqu'au 31 décembre 2016 d'une rémunération en contrepartie d'un engagement de disponibilité pour le système électrique français, qui fait l'objet d'un contrat signé avec EDF. Le montant annuel de la prime est plafonné à 45 k€/MW ».

⁵⁷⁰ Le marché de capacité est un mécanisme selon lequel les fournisseurs d'électricité doivent faire la preuve qu'ils ont en réserve suffisamment de puissance supplémentaire disponible ou de possibilité d'effacement parmi leurs consommateurs ou contractée pour garantir l'approvisionnement stable du réseau électrique, surtout en période de pointe de consommation. Cf. pour plus de précisions : « Le mécanisme de capacité », 28 déc. 2012, consulté le 19 fév. 2016, [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Le-mecanisme-de-capacite,30512.html>]. Cf. également Partie 2, titre 1, chap. 2, section 2, I) A) 2).

⁵⁷¹ Le profil de consommation électrique des Français est fortement variable entre l'été et l'hiver et grandement thermosensible du fait de l'usage largement répandu du chauffage électrique. Ainsi, la consommation d'électricité varie d'un minimum de 30 GW jusqu'à des pointes à plus de 100 GW de puissance instantanée dans certains cas extrêmes comme le 8 février 2012. De ce fait, des moyens supplémentaires peu utilisés dans l'année sont nécessaires pour préserver le réseau électrique. Avec l'avènement des énergies renouvelables variables du fait de la transition énergétique, le réseau va devoir acquérir plus de flexibilité pour palier à ces courbes de production. L'un des moyens en est le mécanisme de capacité. Pour plus d'informations sur les consommations électriques saisonnières, cf. RTE, « Bilan électrique 2012 », p. 9 – 11.

⁵⁷² CC, 18 juillet 2014, déc. n° 2014-410 QPC. Cf. également le commentaire de ladite décision pour en comprendre tout le contexte et les enjeux en termes de transition énergétique.

⁵⁷³ CE, 16 avril 2015, n° 375784.

⁵⁷⁴ Arrêté du 1er juillet 2015 pris en application de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie relatif à la prime rémunérant la disponibilité des installations de cogénération supérieures à 12 MW.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Ce développement a permis de donner quelques exemples du saupoudrage de décisions ayant trait à la transition énergétique jusque dans les lois de simplification, lois « *fourre-tout* » par excellence. Mais, du fait de l'inapplicabilité de certaines mesures votées par le passé, le législateur se retrouve à reprendre son travail, qui n'apparaît pas frappé au coin de la meilleure organisation qui soit.

- b) La loi dite Macron du 6 août 2015 ou l'exemple topique de l'improvisation dans l'élaboration des lois

Selon le professeur François-Guy Trébulle, la loi dite Macron⁵⁷⁵ est la preuve qu'« *il n'est plus possible de concevoir un texte d'ampleur en matière économique qui ne traduise l'importance des enjeux environnementaux, énergétiques et d'infrastructure* »⁵⁷⁶. Il précise alors que c'est une bonne nouvelle – et nous y souscrivons sans sourciller – mais que « *l'on doit se méfier de ce que l'extension du domaine de ces préoccupations n'entraîne pas un recul dans la cohérence avec laquelle elles sont traitées* »⁵⁷⁷. Et c'est là que le bât blesse, car le cas de la loi Macron est probablement l'un des plus saillants de l'année 2015 en termes de « *loi fourre-tout où l'on retrouve des dispositions disparates et parfois sans rapport les unes avec les autres* »⁵⁷⁸, « *sans guère d'unité conceptuelle* »⁵⁷⁹, et au « *caractère quelque peu improvisé* »⁵⁸⁰. Vaste palmarès pour une seule loi et pourtant emblématique de l'accélération de la production des lois et de la baisse de leur qualité⁵⁸¹. Le sujet de la transition ne faisant pas exception, il en subit lui aussi les conséquences, en termes de perte de lisibilité notamment, comme nous l'évoquions dans les pages précédentes.

En l'occurrence, la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, témoigne d'une improvisation certaine à deux égards. Premièrement, par sa construction morcelée au Parlement, deuxièmement, par l'inclusion de dispositions sur l'énergie qui n'y trouveront pas leur place.

Sachant « *qu'elle n'avait que des liens très distendus avec les questions de croissance, d'activité et d'égalité des chances économiques* »⁵⁸², l'énergie dans la loi dite Macron a vu « *[l]'essentiel [de ces] dispositions [...] apporté en cours de discussions, sous la forme d'amendements* »⁵⁸³. Or, ce choix de construction d'un texte parlementaire n'est certainement pas le meilleur. Il est le symptôme d'une loi aux contours mal définis, intégrant après coup des dispositions sur un domaine au mieux connexe. Cette pratique diminue les débats possibles sur ces dispositions, parfois de grande importance ou à tout le moins très clivantes,

⁵⁷⁵ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁵⁷⁶ François-Guy TRÉBULLE, « L'énergie, l'environnement et les transports ... », *cit.*, août 2015.

⁵⁷⁷ *Ibid.*

⁵⁷⁸ *Ibid.*

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ Philippe BILLET, « L'énergie dans la loi Macron », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, août 2015, dossier 2, p. 5.

⁵⁸¹ Cf. à cet effet les critiques tant émises par le Conseil d'Etat dans ses rapports publics de 1991 et de 2006 que par la doctrine. Un bon résumé de ces critiques et de leurs tenants et aboutissants est disponible sur la page du Sénat : « La qualité de la loi », Sénat, consulté le 19 fév. 2016 [<http://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html>].

⁵⁸² Philippe BILLET, « L'énergie dans la loi Macron », *cit.*, août 2015, p. 5.

⁵⁸³ *Id.*, p. 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

telles celles sur le projet de Centre industriel de stockage géologique (Cigeo) de déchets nucléaires⁵⁸⁴. De plus, cette méthode ouvre la porte aux censures du Conseil constitutionnel en affaiblissant tant la forme que le fond d'un texte.

Les dispositions concernant l'énergie ayant été discutées dans ce texte sont au nombre de cinq. Elles concernent le capital de l'entreprise GDF-Suez (aujourd'hui nommée Engie), le projet Cigéo susnommé, le soutien aux biocarburants, l'accès préférentiel des industries électro-intensives à l'énergie hydroélectrique et enfin les compétences de l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN). Parmi ces sujets, le projet Cigéo sera censuré par le Conseil constitutionnel pour cause de cavalier législatif⁵⁸⁵ devant alors faire l'objet d'une future loi spécialement à cet effet, la mesure sur les biocarburants n'a finalement pas été retenue⁵⁸⁶, et celle sur l'accès à l'hydroélectricité sera supprimée pour être traitée dans la loi de transition énergétique⁵⁸⁷.

Au final, nous ne pouvons que nous montrer circonspect face à l'impréparation de la loi dite Macron, spécialement lorsque dans le même temps, une loi dédiée à l'énergie (la loi de transition énergétique) était débattue par les mêmes élus. Le professeur Philippe Billet en dénoncera d'ailleurs les effets délétères sur la clarté de la loi dans le domaine qui nous concerne par ces quelques mots: « *La politique énergétique y perd en partie en crédibilité, sans doute, plus certainement en lisibilité* »⁵⁸⁸. Et ce constat s'adresse à l'ensemble des éléments que nous avons évoqués à propos de l'éparpillement des dispositions ayant trait à la transition énergétique.

Mais, quand le problème ne se situe pas dans la complexité et la dispersion des mesures votées, il se niche dans l'outrepassement du Parlement.

B) L'autorisation unique par ordonnance, l'innovation majeure à l'écart du Parlement

Lors de son arrivée au pouvoir, le Président François Hollande a identifié assez rapidement, comme nous l'avons évoqué, les pistes de simplification à mettre en place pour une large palette de secteurs de la société, afin d'accompagner une sortie de crise économique. Les énergies renouvelables électriques, fortes d'un taux de croissance à deux chiffres en France, en Europe et dans le monde⁵⁸⁹, et génératrices d'emploi, ont eu leur part de ces mesures. Dès lors, il a semblé important d'explicitier comment dans les années récentes le Gouvernement a pu élaborer une réforme réellement positive pour le développement des énergies renouvelables tout en laissant de côté le législateur. Un bon exemple en est l'autorisation unique.

⁵⁸⁴ *Id*, pp. 1 – 2.

⁵⁸⁵ *Id*, p. 1.

⁵⁸⁶ *Id*, p. 3.

⁵⁸⁷ *Id*, pp. 3 – 4.

⁵⁸⁸ *Id*, p. 5.

⁵⁸⁹ Par exemple, entre 2013 et 2014, la capacité totale installée d'énergies renouvelables électriques a augmenté de 17,3% dans le monde (cf. Ren21, *Renewables 2015 Global Status Report – Key findings*, 2015, p. 9) et en France, de 11,8% pour l'éolien et de 21,2% pour le photovoltaïque (cf. RTE, *Bilan électrique 2015*, p. 15).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Ce rassemblement de procédures visant à terme la création d'un « *permis environnemental unique* »⁵⁹⁰ est le fruit des Etats généraux de modernisation du droit de l'environnement (EGMDE)⁵⁹¹ et de leur intégration dans les réformes promues par le comité interministériel pour la modernisation de l'action publique (CIMAP)⁵⁹². Ces engagements seront alors intégrés à l'article 14 de la loi d'habilitation du 2 janvier 2014⁵⁹³ puis dans l'ordonnance du 20 mars 2014⁵⁹⁴ et le décret y afférant en date du 2 mai 2014⁵⁹⁵.

1) L'autorisation unique, réforme majeure des projets d'énergie renouvelable

Avant la mise en place de l'autorisation unique, certaines installations de production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelable telles les parcs éoliens de plusieurs MW (Mégawatts) faisaient l'objet d'une somme d'autorisations à demander et obtenir, ouvrant la voie à autant de recours contentieux⁵⁹⁶. Du fait du constat de la baisse des raccordements annuels de ces installations⁵⁹⁷ (pour des raisons variées), il apparut qu'user du droit pour fusionner l'ensemble des documents demandés sous la bannière d'un seul dossier serait susceptible d'accélérer et sécuriser les projets concernés tout en gardant une protection élevée de l'environnement.

a) Une réforme jugée nécessaire

Dans un rapport de décembre 2013, la Cour des comptes évalue l'effet de la réglementation française sur la mise en œuvre du paquet énergie-climat européen et se penche notamment sur son impact concernant le développement des énergies renouvelables⁵⁹⁸. Son premier constat est que « [l']*accumulation de règles depuis plusieurs années a considérablement ralenti le développement de l'éolien terrestre en France* » tout en ajoutant que « [l']*e temps qui s'écoule entre le dépôt d'un projet de construction d'éolienne terrestre et sa mise en service est estimé entre six et huit ans, contre deux ans et demie en moyenne en Allemagne* »⁵⁹⁹. Les coupables sont nommés, et les accusés sont les délais d'instruction ainsi que l'empilement de réglementations, offrant autant d'angles d'attaque aux contentieux lancés par les opposants à

⁵⁹⁰ Relevé de décisions du comité interministériel pour la modernisation de l'action publique (CIMAP), 17 juil. 2013, p. 11. Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) 2).

⁵⁹¹ L'objectif de ce processus lancé en avril 2013 était de simplifier les procédures ayant trait à l'environnement en en garantissant une protection constante. Il aboutira par une feuille de route le 25 juin 2013, présentée au CIMAP le 17 juillet 2013. Cf. *Droit de l'environnement*, « États généraux de la modernisation du droit de l'environnement », 1^{er} av. 2013, p. 125.

⁵⁹² Sur le rôle du CIMAP, cf. Secrétariat Général pour la Modernisation de l'Action Publique (SGMAP), consulté le 22 fév. 2016, [<http://www.modernisation.gouv.fr/le-sgmap/le-cimap>] : « *De 2012 à 2013, le comité interministériel pour la modernisation de l'action publique (CIMAP) était l'instance centralisée de décision et d'arbitrage en matière de modernisation de l'action publique* ».

⁵⁹³ Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

⁵⁹⁴ Ordonnance n° 2014-355 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement.

⁵⁹⁵ Décret n° 2014-450 du 2 mai 2014 relatif à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement.

⁵⁹⁶ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) B) 1).

⁵⁹⁷ Rapport de la Cour des comptes, « La mise en œuvre par la France du paquet énergie-climat », déc. 2013, p. 92.

⁵⁹⁸ *Id.*, p. 92 et suivantes.

⁵⁹⁹ *Id.*, p. 92.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

l'éolien, « dans près d'un projet sur trois »⁶⁰⁰. Sur ce point, « Une estimation réalisée par le conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) en 2011 à partir d'une enquête auprès d'une soixantaine de départements » estime que :

*« 31 % des 696 autorisations de construire recensées avaient fait l'objet de recours de tiers devant le juge administratif. Le taux de réussite est relativement faible : 78 % des autorisations accordées par les préfets et faisant l'objet d'un recours, sont confirmées par le tribunal administratif. Dans certains départements, le taux de confirmation atteint 95 % comme en Seine-Maritime. 88 % des décisions des tribunaux administratifs font elles-mêmes l'objet d'un recours en appel, allongeant d'autant plus les procédures »*⁶⁰¹.

Partant, sachant le taux de recours hors de toute mesure et l'obstination des requérants, il n'est pas possible pour la France d'offrir ainsi de multiples niches à contentieux impactant le développement de ses capacités d'énergie éolienne, sous peine de ne pas respecter ses propres objectifs d'énergie renouvelable⁶⁰².

D'ailleurs, ce cadre juridique exigeant et sans cesse en mouvement⁶⁰³, hypothéquant la sécurité juridique et financière des projets de parcs éoliens⁶⁰⁴ est dénoncé de longue date par les professionnels du secteur⁶⁰⁵.

A la lumière de ces éléments, les EGMDE prévoient de :

*« Conduire l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'ICPE intégrant la dérogation espèces protégées, le défrichement, ainsi que, pour l'éolien terrestre et en matière d'installations de méthanisation et de production d'électricité à partir de biogaz, le permis de construire »*⁶⁰⁶.

Appliquant cette mesure, l'ordonnance du 20 mars 2014 dispose en son article 2 que l'autorisation unique vaut autorisation au titre des éléments avancés ci-dessus ainsi que de celles du Code de l'énergie⁶⁰⁷. Cette mesure, accompagnée logiquement d'un guichet unique, est censée réduire les délais d'instruction de l'éolien, de la méthanisation et du biogaz en

⁶⁰⁰ *Id.*, p. 92.

⁶⁰¹ *Id.*, p. 97.

⁶⁰² Programmés à hauteur de 19000 MW d'éolien terrestre et 6000 MW d'éolien en mer pour 2020. Cf. Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la Mer, « Plan d'action national en faveur des énergies renouvelables, Période 2009-2020, En application de l'article 4 de la directive 2009/28/CE de l'Union européenne », p. 100.

⁶⁰³ Rapport de la Cour des comptes, « La mise en œuvre par la France du paquet énergie-climat », déc. 2013, p. 94.

⁶⁰⁴ Cf. par exemple Audrey GARRIC et Jonathan PARIENTE, « Eolien terrestre : dix ans de batailles juridiques », *Le Monde*, 5 oct. 2012, consulté le 22 fév. 2016 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2012/10/05/eolien-terrestre-dix-ans-de-batailles-juridiques_1770716_3244.html#9qCibFIeQWdyivDj.99].

⁶⁰⁵ Cf. à cet effet le rapport du CGEDD, « Instruction administrative des projets éoliens », mai 2011, pp. 23 – 27.

⁶⁰⁶ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Feuille de route du Gouvernement pour la modernisation du droit de l'environnement », 17 déc. 2013, [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Feuille-de-route-du-Gouvernement.html>].

⁶⁰⁷ En application des articles L. 311-1 et L. 323-11 du Code de l'énergie.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

France. Mais dans un premier temps, cela prend la forme d'une expérimentation de trois ans dans sept régions⁶⁰⁸.

Afin de mieux situer les effets de cette réforme tant attendue, il est alors nécessaire d'en expliciter les éléments et les premiers effets.

b) Une réforme au bilan positif nécessitant des ajustements

Cette modification des procédures d'instruction vise un examen du dossier dans un délai total de 10 mois, sauf compléments demandés pour dossier insuffisant⁶⁰⁹. Etant donné que la simple instruction du permis de construire pouvait auparavant prendre plusieurs années, c'est donc un sain objectif. De plus, l'article 12 du décret d'application du 2 mai 2014⁶¹⁰ permet au préfet du département, après quatre mois d'instruction et avoir recueilli les avis des différents services compétents, de rejeter la demande d'autorisation dans le cas où le dossier ne satisferait pas les exigences propres à la poursuite de son instruction. Ce serait par exemple le cas d'un projet qui serait considéré manifestement impossible à accorder, du fait d'une covisibilité prononcée avec un monument historique particulièrement incompatible, tel le mont Saint-Michel, ou dans une zone concentrant de nombreuses espèces en danger sensibles aux éoliennes (ex : aigle royal). Auparavant, bien que l'autorité d'instruction du projet soit certaine du futur rejet, soit le porteur de projet devait retirer de lui-même sa demande, soit le processus devait aller jusqu'à son terme, incluant l'enquête publique. Cela impliquait une perte de temps, d'argent et potentiellement une mobilisation de la population pour un résultat d'avance compromis.

De plus, l'article 25 du décret concerné ramène à deux mois le délai de recours des tiers au projet. Après avoir vu, quelques lignes plus haut, l'ampleur des recours en justice de la part des opposants à l'énergie éolienne, cette décision était plus que nécessaire. En ramenant le délai de recours de six à deux mois, cette expérimentation permet de faire gagner quatre mois sur l'ensemble du processus. Surtout, on gagera qu'elle ne nuira en rien au principe essentiel de l'accès à la justice, tant les associations locales d'opposition à l'éolien ont à ce stade du projet d'ores et déjà commencé le montage du dossier de recours si ce n'est déjà entamé des actions juridiques connexes sur d'autres aspects du projet⁶¹¹.

Quant au fonctionnement du nouveau parcours d'instruction des projets concernés par l'autorisation unique, un schéma valant mieux que des mots, vous trouverez ci-dessous

⁶⁰⁸ Basse-Normandie, Bretagne, Champagne-Ardenne, Franche-Comté, Midi-Pyrénées, Nord-Pas-de-Calais et Picardie.

⁶⁰⁹ Direction générale de la prévention des risques (DGPR), « Projets soumis à la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement, L'autorisation unique : une simplification des procédures environnementales », mars 2014 [http://www.franche-comte.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Plaquette_de_Communication_autorisation_unique_ICPE-1_cle01186f-1.pdf].

⁶¹⁰ Décret n° 2014-450 du 2 mai 2014 relatif à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement.

⁶¹¹ Comme des dépôts de plainte à l'encontre des élus du conseil municipal pour prise illégale d'intérêts par exemple. Cf. Delphine DE MALLEVOUE, « Éoliennes : des maires attaqués pour conflit d'intérêts », *Le Figaro*, 24 nov. 2013, consulté le 22 fév. 2016 [<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2013/11/24/01016-20131124ARTFIG00221-eoliennes-des-maires-attaques-pour-conflit-d-interets.php>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

l'œuvre de la Direction générale de la prévention des risques (DGPR), réalisée lors de la mise en place en mars 2014 de l'expérimentation.

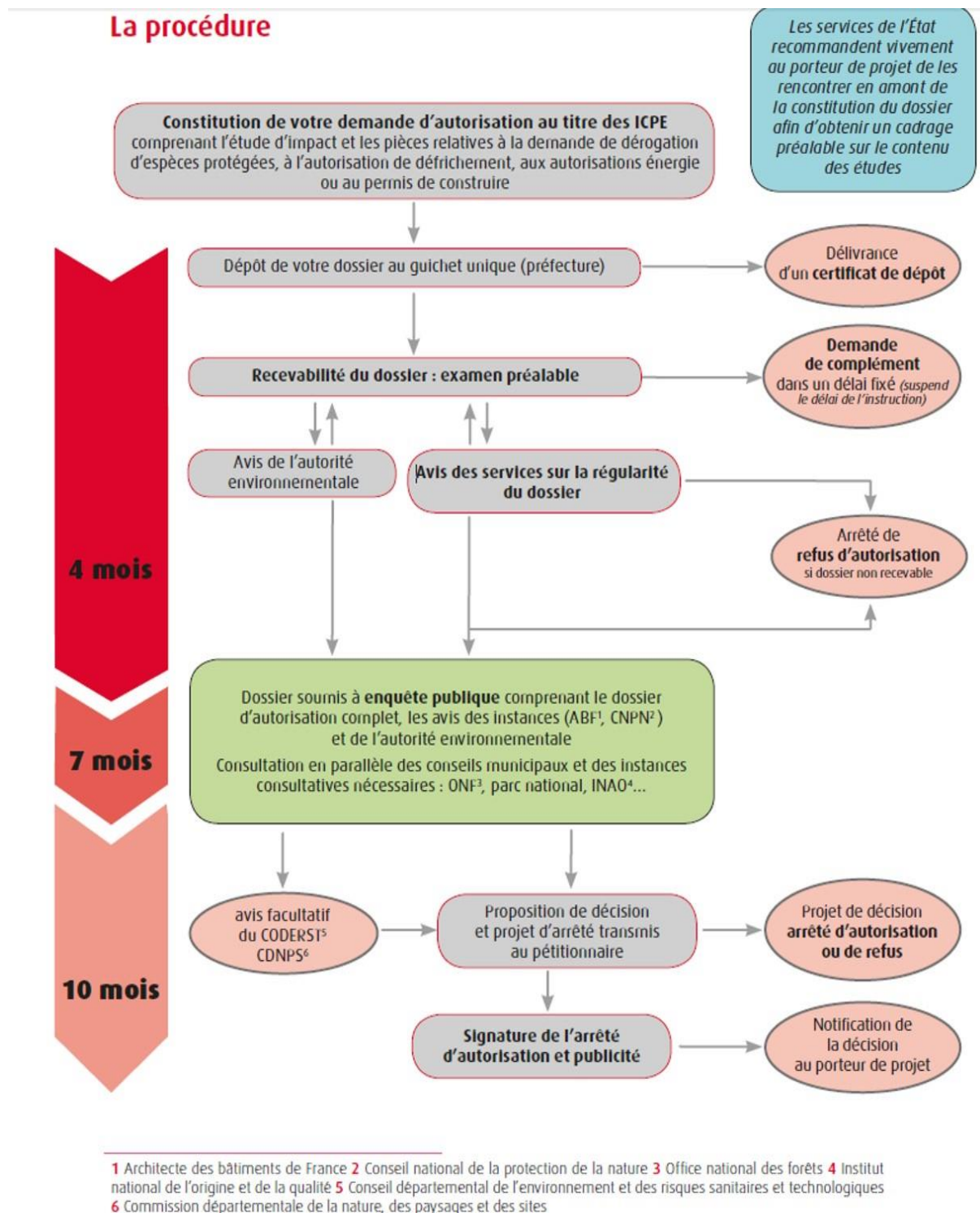


Figure 2 : Schéma de la procédure d'instruction d'une installation classée soumise à autorisation unique. DGPR, « Projets soumis à la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement, L'autorisation unique : une simplification des procédures environnementales », mars 2014.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Après un peu plus d'un an d'expérimentation, un premier bilan a été opéré par un groupe d'administrations publiques⁶¹² et révélé le 26 janvier 2016⁶¹³. A propos de l'autorisation unique, il en tire le constat suivant :

*« Expérimentées dans sept régions pour les ICPE, [...] les autorisations uniques ont rencontré un succès relatif: leurs apports sont significatifs mais doivent être nuancés. Elles s'inscrivent [...] dans une logique d'intégration des procédures traduisant un réel objectif de simplification, et sont accordées dans des délais effectivement plus courts que dans les procédures standard [...] »*⁶¹⁴.

Cependant, ce rapport relève qu'« [u]n enjeu majeur de simplification réside dans l'articulation entre les autorisations uniques et l'autorisation de construire », avant d'enfoncer le clou plus loin et de conseiller « d'engager une expertise sur l'éventuel abandon du permis de construire, par fusion dans l'autorisation unique »⁶¹⁵. Ce qui aurait le mérite de faire un pas de plus vers la fin de l'indépendance des législations entre droit de l'environnement et droit de l'urbanisme et relancer les discussions sur le régime adéquat à appliquer aux parcs éoliens⁶¹⁶. Sauf que cette fois, à défaut de devoir ferrailler pour éviter le classement des éoliennes dans les rubriques ICPE⁶¹⁷, nous nous rendons compte que ce sont les « solutions particulières obtenues et exigées par la filière éolienne au nom d'une simplification du droit [qui] se systématisent aux matières juridiques qui les ont concédées »⁶¹⁸.

Si ces développements ont eu le mérite de prouver que le régime propre aux énergies renouvelables et, partant, le droit de la transition énergétique pouvait valloir que valloir s'améliorer et se simplifier en France, il en reste néanmoins que cette avancée s'est faite à l'écart du Parlement et de manière plutôt confuse.

2) L'autorisation unique, ou le summum de l'évolution législative désorganisée à l'écart du Parlement

S'il n'est guère besoin de rappeler que l'expérimentation de l'autorisation unique ICPE en matière notamment d'énergie éolienne procède indéniablement d'une volonté d'amélioration

⁶¹² Rapport rendu par les administrations suivantes : Conseil général de l'Alimentation, de l'Agriculture et des Espaces ruraux (CGAAER), CGEDD, Conseil général de l'Economie, de l'Industrie, de l'Energie et des Technologies (CGEJET), Contrôle général Economique et Financier (CGEFi) et Inspection générale de l'Administration (IGA).

⁶¹³ Laurent RADISSON, « Un premier bilan mitigé des expérimentations d'autorisation unique et de certificat de projet », *Actu-environnement.com*, 1^{er} fév. 2016, consulté le 5 fév. 2016, [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/premier-bilan-mitige-experimentations-autorisation-unique-certificat-projet-26153.php4>].

⁶¹⁴ Rapport au Premier ministre, « Evaluation des expérimentations de simplification en faveur des entreprises dans le domaine environnemental », CGAAER, CGEDD, CGEJET, CGEFi, IGA, déc. 2015, p. 5.

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ Cf. les développements ultérieurs, Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) 1) b).

⁶¹⁷ Résultat de l'article 90, VI de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

⁶¹⁸ David DEHARBE, « La revanche de l'éolien sur le droit : l'effet boomerang », *Green-law-avocat*, 9 jan. 2016, consulté le 10 jan. 2016, [<http://www.green-law-avocat.fr/la-revanche-de-leolien-sur-le-droit-leffet-boomerang/>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

du développement de la filière renouvelable concernée, la méthode utilisée par le Gouvernement est sujette à caution. Sur la forme tout d'abord, avec le recours à une ordonnance laissant quelques doutes sur sa ratification par la loi de transition énergétique. Mais également sur le fond, du fait de l'empressement du Gouvernement à généraliser ladite expérimentation, avant qu'un bilan approfondi n'en soit tiré.

a) Le choix critiquable d'une ordonnance à la ratification hasardeuse

Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 permettent au Gouvernement de s'immiscer sur les terres des compétences parlementaires, en principe pour des questions techniques ou urgentes⁶¹⁹. Or, force est de constater que le recours à ce procédé se fait de plus en plus fréquent⁶²⁰ et pour des motifs qui peuvent davantage s'apparenter à une mise à l'écart du Parlement afin d'éviter des débats conflictuels. Du fait de l'assimilation du Parlement à une simple chambre d'enregistrement, par le vote des lois d'habilitation puis de ratification, cette procédure est qualifiée par le professeur François-Guy Trébulle de : « *la moins démocratique des procédures d'élaboration de la loi* »⁶²¹.

Le choix en est donc par essence critiquable, mais il l'est d'autant plus lorsque l'on sait que l'ordonnance 2014-355 du 20 mars 2014 a été publiée sur la base d'une loi de simplification⁶²² prise entre deux lois clairement concernées par la transition énergétique, à savoir les lois du 15 avril 2013 dite Brottes⁶²³, et du 17 août 2015 concernant la transition énergétique même⁶²⁴. De quoi alimenter le procès en dispersion et illisibilité fait au droit de la transition énergétique.

Cependant, outre ces aspects calendaires et de légistique, le cas de la ratification de l'ordonnance concernée pose question. En effet, si l'article 23 de la loi d'habilitation du 2 janvier 2014 prévoit qu'« *un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement dans un délai de cinq mois à compter de la publication de l'ordonnance* »⁶²⁵, le projet de loi de ratification⁶²⁶ spécifiquement préparé pour valider l'ordonnance du 20 mars 2014 sera déposé dans les temps mais ne sera jamais débattu ni – en toute logique – adopté. C'est en réalité l'article 145 de la loi de transition énergétique qui ratifiera ladite ordonnance. Or, si le projet

⁶¹⁹ Comme nous l'avons souligné en introduction s'agissant de la codification, cf. Introduction, I) B) 2).

⁶²⁰ Cf. par exemple: Sénat, « Les ordonnances prises sur le fondement l'article 38 de la Constitution », consulté le 23 fév. 2016, p. 5 [http://www.senat.fr/role/ordonnances/etude_ordonnances0.html] : « *Le recours à l'article 38 s'est nettement intensifié depuis 2003 [...]. Ainsi, entre 2004 et 2013 (10 années), 357 ordonnances ont été publiées sur le fondement de l'article 38, soit 2,3 fois plus que le nombre d'ordonnances publiées entre 1984 et 2003 (20 années)* ».

⁶²¹ François-Guy TRÉBULLE, « L'énergie, l'environnement et les transports ... », *cit.*, août 2015.

⁶²² Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

⁶²³ Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes.

⁶²⁴ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

⁶²⁵ Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

⁶²⁶ Sénat, Projet de loi n° 777 ratifiant les ordonnances n° 2014-355 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement, n° 2014-356 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'un certificat de projet et n° 2014-619 du 12 juin 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique pour les installations, ouvrages, travaux et activités soumis à autorisation au titre de l'article L. 214-3 du code de l'environnement, 23 juil. 2014. Donc, présenté dans le délai de cinq mois depuis l'ordonnance du 20 mars 2014.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte est enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 30 juillet 2014, donc, dans les délais impartis par la loi d'habilitation, la disposition mettant en œuvre la ratification qui nous intéresse n'apparaîtra, elle, que lors des débats en première lecture sénatoriale. Plus précisément, lors de la séance du 18 février 2015 par le moyen de l'amendement n° 990 du Gouvernement, présenté par la ministre compétente en ces termes :

« L'amendement n° 990 vise à inscrire dans l'article 38 ter la ratification de l'ordonnance relative à l'expérimentation du permis unique. Un recours contre cette ordonnance a déjà été formé, c'est pourquoi il est absolument nécessaire de la ratifier afin que l'expérimentation puisse se poursuivre »⁶²⁷.

Si, pour cause de contentieux⁶²⁸, l'urgence se fait finalement jour concernant la ratification de l'ordonnance concernée, cette situation pose plusieurs questions :

Si une ordonnance est ratifiée par une loi déposée dans les délais impartis mais dont la disposition nécessaire n'est intégrée qu'hors délais, celle-ci ne risque-t-elle pas la caducité ?

Pourquoi, alors que l'article 38 ter du projet de loi de transition énergétique prévoyait dès l'origine des modifications à l'ordonnance n° 2014-355, celui-ci ne prévoyait-il pas sa ratification ?

Pourquoi, alors que ce même article prévoyait en toutes lettres la ratification d'une ordonnance postérieure, en date du 12 juin 2014, concernant l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'eau⁶²⁹, le cas de l'ordonnance sur les ICPE ne l'était pas ?

Néanmoins, il existe peut-être une piste de solution à ces questionnements et à la possible fragilité juridique de l'ordonnance qui nous préoccupe. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt rendu le 27 avril 2011, valide l'action de l'Etat, celui-ci ayant :

« [D]éposé un projet de loi de ratification [...] devant l'Assemblée nationale [...] avant l'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation [...] ; que dès lors, la circonstance que, postérieurement à l'expiration de ce délai, le Gouvernement ait retiré le projet de loi de ratification de l'Assemblée nationale et l'ait déposé au Sénat n'est pas de nature à avoir rendu caduque l'ordonnance [...] »⁶³⁰.

Dans une appréciation extensive de cette jurisprudence, il se pourrait que le juge, s'il était amené à se pencher sur l'ordonnance du 20 mars 2014, décide de valider son tortueux

⁶²⁷ Sénat, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, « Séance du 18 février 2015 (compte rendu intégral des débats) », Ségolène ROYAL, consulté le 15 fév. 2016, [http://www.senat.fr/seances/s201502/s20150218/s20150218_mono.html].

⁶²⁸ Laurent RADISSON, « Autorisation unique ICPE : les textes attaqués devant le Conseil d'Etat », *Actu-environnement.com*, 23 mai 2014, consulté le 23 fév. 2016, [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/autorisation-unique-ICPE-eolien-methanisation-recours-Conseil-Etat-21732.php4>].

⁶²⁹ Ordonnance n° 2014-619 du 12 juin 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique pour les installations, ouvrages, travaux et activités soumis à autorisation au titre de l'article L. 214-3 du code de l'environnement.

⁶³⁰ CE, 27 av. 2011, n° 309709, cons. 3.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

processus de ratification. Nonobstant, il apparaît fort hasardeux, spécialement dans le domaine de l'éolien, comptant avec des associations d'opposition usant systématiquement de tout recours permettant d'hypothéquer le développement de cette énergie⁶³¹, de mettre ainsi en péril la déjà maigre et vacillante sécurité juridique des projets concernés.

En dehors de ces questions de forme juridique, se sont également faites jour des questions sur la mise en place et, au final, la généralisation de l'expérimentation d'autorisation unique ICPE.

b) Une expérimentation législative chamboulée

La mise en place de cette expérimentation a donné lieu tant au début qu'à la fin à des modifications suivant une logique difficile à décrypter.

Lors des premières évocations, tout d'abord, de l'arrivée d'une ordonnance d'expérimentation d'un « *permis unique* » pour les éoliennes et méthaniseurs, le projet portait seulement sur quatre régions, « *qui représentent notamment un quart des projets éoliens français* »⁶³², à savoir : Basse-Normandie, Champagne-Ardenne, Nord-Pas-de-Calais et Picardie⁶³³. Ce choix bénéficiait ainsi d'une logique éprouvée, en ce qu'il cherchait à appliquer la réforme à des régions qui auront le vivier et l'expérience de projets – éoliens surtout – suffisante pour pouvoir pousser l'expérimentation dans ses limites et en tirer les bonnes et mauvaises conclusions avant une potentielle généralisation. Or, quelques mois plus tard, ce sont un total de sept régions qui mèneront à bien l'expérimentation de l'autorisation unique. La Bretagne, Franche-Comté et Midi-Pyrénées sont ajoutées à la liste. Or, si l'extension à la Bretagne et Midi-Pyrénées peut se justifier par un volume de projets dans la moyenne des autres régions, l'intégration de la Franche-Comté laisse sceptique⁶³⁴.

⁶³¹ Cf. Louis MARIN, « Eoliennes : la grande dépression des promoteurs », *Economie-matin*, 16 oct. 2013, consulté le 16 nov. 2015 [<http://www.economiematin.fr/news-eoliennes-nuisances-enquete-parlementaire>] : « *l'objectif des associations anti-éoliennes de réaliser 100% de taux de recours est particulièrement efficace. En effet, actuellement les recours se multiplient et désormais les promoteurs ont affaire à des recours à la fois administratifs, pénaux et civiles [sic]* ». En sont quelques preuves, outre les recours sur les projets eux-mêmes, le recours sur le tarif d'achat éolien (Philippe COLLET, « Eolien : trois associations déposent un recours contre le nouvel arrêté tarifaire », *Actu-environnement.com*, 2 sept. 2014, consulté le 23 fév. 2016, [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/recours-conseil-etat-arrete-tarifaire-eolien-2014-22562.php4>]) ou celui sur l'ordonnance du 20 mars 2014 et son décret d'application du 2 mai 2014 (Laurent RADISSON, « Autorisation unique ICPE : les textes attaqués devant le Conseil d'Etat », *cit.*, 23 mai 2014).

⁶³² Stéphanie GANDET, Valentin GUNER, « Biogaz, éoliennes, ICPE: l'autorisation unique destinée à pallier les couches réglementaires multiples », *Green-law-avocat*, 17 oct. 2013, consulté le 24 fév. 2016, [<http://www.green-law-avocat.fr/biogaz-eoliennes-icpe-lautorisation-unique-destinee-a-pallier-les-couches-reglementaires-multiples/>].

⁶³³ Ces régions totalisaient en effet au 31 décembre 2013 3186 des 8143MW de puissance installée en France métropolitaine. Cf. RTE, Syndicat des Energies Renouvelables (SER), ERDF et Association des Distributeurs d'Electricité en France (ADEeF), « Panorama des Energies Renouvelables 2013 », 2014, pp. 6 et 8.

⁶³⁴ Le « Panorama des Energies Renouvelables 2013 » ne citait pas la puissance installée en Franche-Comté, jugée commercialement sensible. Ce qui signifie que la puissance installée est très faible et probablement constituée d'un seul parc ou de deux appartenant au même exploitant. En tout état de cause, dans le « Panorama de l'Electricité Renouvelable au 30 Juin 2015 », dernier avant la fusion de la Franche-Comté avec la Bourgogne, la puissance installée dans la région concernée n'était que de 30 MW (p. 11).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Mais c'est surtout le cas de l'extension de l'autorisation unique pour le moins précipitée qui donne cette impression de chamboulement, d'hyperactivité législative et surtout de sape de l'expérimentation, méthode destinée par essence à « *étudier les effets d'une réforme ou d'une loi sur un échantillon de personnes et dans un temps limité* »⁶³⁵.

De facto, si l'ordonnance du 20 mars 2014 prévoit en son article 1^{er} que l'expérimentation aura lieu dans sept régions pour une durée de trois ans, c'est dès juillet 2014 que la couleur est annoncée, la ministre de l'Ecologie « *confirm[ant] l'extension de l'expérimentation "permis unique" à toutes les régions de France pour les éoliennes et les méthaniseurs* »⁶³⁶. Mme Royal confirmera d'ailleurs sa position lors des débats en première lecture au Palais Bourbon, le 10 octobre 2014 :

*« Par ailleurs, on a étendu l'expérimentation du permis unique à toutes les régions. C'était limité à trois régions, avec un bilan dans trois ans, et, ensuite, une éventuelle généralisation. C'est ce que prévoyait l'ordonnance. J'ai trouvé que c'était interminable. On a donc généralisé le permis unique et étendu son champ d'application à toutes les régions »*⁶³⁷.

Si l'auteur de ces lignes ne peut qu'être ravi de constater la volonté politique d'appliquer à tout le territoire français une procédure qui doit permettre une accélération du développement éolien et de la méthanisation, force est de constater qu'il aurait été plus satisfaisant d'avoir à disposition le rapport prévu à l'article 19 de l'ordonnance du 20 mars 2014⁶³⁸. Or, rien dans l'étude d'impact du projet de loi ni dans les débats parlementaires ne laisse à penser qu'un tel rapport ait été rendu. Et pour cause, puisque celui-ci, datant de décembre 2015, ne sera dévoilé que le 26 janvier 2016, soit six mois après le vote de la loi de transition énergétique et trois mois après la généralisation effective de l'expérimentation⁶³⁹. On observera d'ailleurs à la lumière des débats au sein de la commission spéciale de l'Assemblée nationale pour l'étude de ce projet de loi, que quant à la généralisation de l'expérimentation d'un dispositif connexe, celui du certificat de projet, la ministre de l'Ecologie tout comme la rapporteure

⁶³⁵ Florence CROUZATIER-DURAND, « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative. (À propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) », *RFDC*, n° 56, 4/2003, pp. 675 – 695.

⁶³⁶ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Ségolène Royal a réuni les industriels du secteur des ENR », 29 juil. 2014, consulté le 24 fév. 2016, [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Segolene-Royal-a-reuni-les-40346.html>].

⁶³⁷ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 3^e séance du 10 oct. 2014, « Après l'article 37 », Ségolène ROYAL, [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2014-2015/20150014.asp#P324703>].

⁶³⁸ Article 19 de l'ordonnance n° 2014-355 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement : « *Au plus tard six mois avant la fin de l'expérimentation, le Gouvernement présente au Parlement un rapport d'évaluation proposant les suites à lui donner* ».

⁶³⁹ Philie MARCANGELO-LEOS, « Expérimentations de l'autorisation unique et du certificat de projet : premier bilan avant généralisation », *Journal des Communes*, 8 fév. 2016, consulté le 9 fév. 2016, [<http://www.journal-des-communes.fr/actualites/6579/>] : « *A peine plus d'un an après le lancement de trois expérimentations portant sur le dispositif du certificat de projet et sur deux autorisations uniques [...], un rapport réalisé à la demande du Premier ministre et mis en ligne le 26 janvier s'emploie à "dégager les conditions de réussite de leur généralisation" (d'ores et déjà actée par le législateur concernant les autorisations uniques avec effet au 1^{er} novembre 2015)* ».

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

estimaient plus sage d'« *attendre un retour d'expérience pour juger de l'opportunité de généraliser le dispositif* »⁶⁴⁰.

Au vu des différents développements abordés depuis le début de ce chapitre, il apparaît que le droit de la transition énergétique marque la loi de son empreinte par des chemins divers, appuyé par une volonté politique réelle mais sous la menace tout aussi prégnante d'une illisibilité marquée. L'explosion en autant de mesures dans autant de textes ou par l'usage de techniques législatives controversées comme les ordonnances rend difficile la lecture et la pleine appropriation du droit de la transition énergétique. Il en ressort que ce droit semble souffrir de ce que nous n'espérons qu'être des défauts de jeunesse : hyperactivité, insatiabilité, instabilité, etc. Pour parachever le tout, un des principaux textes de cette mouvance, la loi dite Brottes, fait usage de mesures aisément perçues comme des cavaliers législatifs.

II. L'intégration de l'éolien dans la loi dite Brottes par le biais de cavaliers législatifs

A son arrivée au pouvoir en 2012, la majorité parlementaire à l'Assemblée nationale (composée lors des projets ne suscitant pas de forts clivages internes, du Parti socialiste, du Parti radical de gauche et d'Europe Ecologie-Les Verts) s'empresse d'agir pour la transition énergétique. Tout d'abord par le vote d'un cortège de textes incluant des dispositions y ayant trait, même partiellement, comme nous l'avons vu dans la première moitié de cette section, mais aussi dans la préparation de certains textes plus spécifiques. L'exemple principal ici est la loi dite Brottes⁶⁴¹, déposée à la présidence de l'Assemblée dès le 6 septembre 2012. L'une des principales critiques qui y sera adressée est celle de l'introduction de cavaliers législatifs très visibles. Le nom du texte sera d'ailleurs modifié pour éviter la censure du Conseil constitutionnel. Ce perpétuel empressement, reproché probablement à raison par l'opposition politique, est indéniablement une des causes de la perte de lisibilité du droit de la transition énergétique déjà évoquée auparavant.

A) La loi dite Brottes, premier acte d'une réorientation du droit vers un régime davantage favorable à l'énergie éolienne

Néanmoins, s'il est une certitude en septembre 2012, c'est qu'il faut prendre des mesures pour enrayer la chute des nouvelles capacités d'éolien terrestre installées annuellement depuis

⁶⁴⁰ Assemblée nationale, Commission spéciale pour l'examen du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Rapport n° 2230, par Ericka BAREIGTS *et al.*, 27 sept. 2014, amendement CS1857.

⁶⁴¹ Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2010 si la France souhaite respecter les objectifs communautaires⁶⁴². La loi dite Brottes, à l'origine centrée sur un mécanisme d'incitation à la baisse de la consommation d'électricité par un système de bonus-malus, va finalement servir de véhicule législatif à des mesures radicales de simplification de la réglementation de l'éolien terrestre.

1) Le constat unanime d'un besoin d'assouplissement de la réglementation de l'éolien terrestre

Selon le député rapporteur du projet de loi, François Brottes : « *tout a été fait pour que l'éolien terrestre ne voie quasiment jamais le jour* », « *[a]ujourd'hui, nous constatons que les énergies renouvelables ont du mal à avancer* », pour ne pas dire qu'elles sont « *plantées dans leur développement. Les chiffres sont là pour le démontrer* »⁶⁴³. Et effectivement, comme le montre la figure n°3 ci-contre, au moment de ces débats, la nouvelle puissance annuelle installée décroît continuellement depuis 2009.

C'est d'ailleurs ce qui poussera la ministre de l'Ecologie d'alors, Delphine Batho, à justifier ces mesures introduites « *à la hussarde* » par « *la nécessité absolue de prendre aujourd'hui des mesures d'urgence pour le développement des énergies renouvelables, sans même attendre l'issue du débat sur la transition énergétique* »⁶⁴⁴.

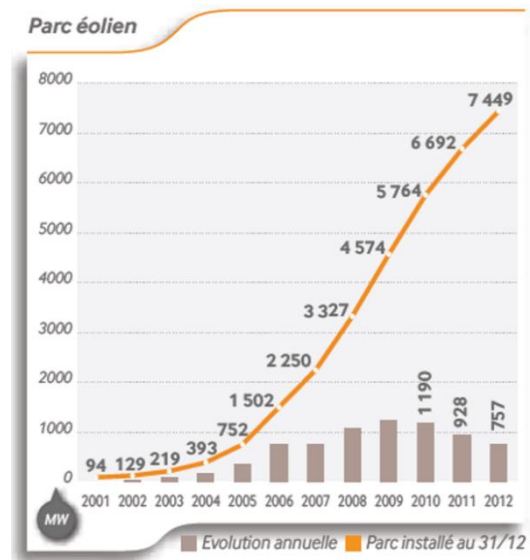


Figure 3 : Puissance installée totale et nouvelle puissance annuelle ajoutée du parc éolien Français. Bilan électrique RTE 2012.

a) La dangereuse fragilité juridique des Zones de développement de l'éolien

En 2012, il existe un empilement de mesures visant à encadrer l'éolien. Parmi celles-ci, les schémas régionaux éoliens (SRE) inclus dans les schémas régionaux climat, air, énergie (SRCAE), les zones de développement de l'éolien (ZDE), le régime ICPE de l'autorisation, la distance minimale de 500m des « *constructions à usage d'habitation, [...] immeubles habités et [...] zones destinées à l'habitation définies dans les documents d'urbanisme* », la règle des cinq mâts, sans compter les dispositions de la loi littoral, la loi montagne, les chartes des parcs naturels et parcs naturels régionaux ou encore les distances d'éloignement aux radars et couloirs aériens tant civils que militaires. Et la liste n'est pas exhaustive. Mais au sein de ce

⁶⁴² Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la Mer, « Plan d'action national en faveur des énergies renouvelables, Période 2009-2020, En application de l'article 4 de la directive 2009/28/CE de l'Union européenne », p. 100.

⁶⁴³ Assemblée Nationale, Première lecture de la proposition de loi instaurant une tarification progressive de l'énergie, 3^e séance du 4 octobre 2012, « Après l'article 14 », François BROTTES [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130009.asp>].

⁶⁴⁴ Id., Delphine BATHO.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

mille-feuilles, la ZDE se trouve en bonne position dans la liste des mécanismes mal calibrés et faisant preuve de « *fragilité juridique* » selon le Gouvernement⁶⁴⁵.

Introduites par la loi dite POPE du 13 juillet 2005⁶⁴⁶, les ZDE sont un outil de planification⁶⁴⁷ du développement éolien, permettant aux élus locaux de soumettre au préfet du département un zonage en vue d'accepter lesdites installations. Or, le vice réside dans leur conception même et dans l'appréciation qui en sera faite par le juge. En effet, ces zonages sont délimités « *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* »⁶⁴⁸. Si l'on comprend aisément qu'un tel zonage soit délimité en fonction de critères de conservation des sites ou de la biodiversité pour éviter d'office les zones particulièrement sensibles, la pertinence du critère de potentiel éolien pose question. En effet, les projets éoliens étant portés par des structures privées dans leur écrasante majorité en France, pour lesquelles le calcul de la rentabilité du projet est évidemment un critère primordial, l'estimation du potentiel éolien n'a pas besoin d'être validée par une autorité publique, elle le sera d'elle-même par la décision finale d'investissement ou non.

Comble de l'ironie, cette même exigence (mais pas seulement) cause de nombreuses annulations de ZDE devant les tribunaux, saisis par les associations d'opposition à l'éolien. Un exemple édifiant est rendu le 2 novembre 2011 par la cour administrative d'appel (CAA) de Bordeaux concernant pas moins de six requêtes⁶⁴⁹. Sur les six ZDE déférées, la Cour en annulera cinq, se fondant sur l'absence d'une « *estimation suffisamment réaliste et complète du potentiel éolien de la zone* »⁶⁵⁰. Or, les dossiers soumis au préfet étaient construits sur des « *données fournies par l'atlas du potentiel éolien dressé dans le cadre du schéma régional éolien [...] dont la fiabilité a été vérifiée sur 14 stations météorologiques de la région* »⁶⁵¹. Alors qu'en principe, l'étude de vent sur un an, ici *de facto* prescrite par le juge, ne fait pas partie des documents demandés dans la réglementation ayant trait aux ZDE⁶⁵².

La ZDE est donc rattrapée par la légèreté de sa rédaction et, laissant le champ libre à l'appréciation du Juge, a tout simplement fait d'un outil de planification de l'éolien un outil de prohibition de celui-ci.

⁶⁴⁵ Florence ROUSSEL, « La filière éolienne "reprend espoir" », *Actu-environnement.com*, 5 oct. 2012, consulté le 25 fév. 2016, [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/vote-assemblee-modification-eolien-mets-zde-16737.php4>].

⁶⁴⁶ Loi de programme n°2005-781 du 13 juillet 2005 fixant les orientations de la politique énergétique.

⁶⁴⁷ Concernant les outils de planification de la transition énergétique, cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1.

⁶⁴⁸ Article 10.1 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifiée par la loi dite POPE.

⁶⁴⁹ « ZDE - Attention danger : Quand la loi est molle, le juge est dur ! », *Enckell-avocats.com*, 25 nov. 2011, consulté le 26 fév. 2016, [<http://www.enckell-avocats.com/archive/2011/11/24/zde-attention-danger-quand-la-loi-est-molle-le-juge-est-dur.html>].

⁶⁵⁰ CAA Bordeaux, 2 novembre 2011, n° 10BX02174, Cons. 9.

⁶⁵¹ *Ibid.*

⁶⁵² « ZDE - Attention danger ... », *Enckell-avocats.com*, cit., 25 nov. 2011.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- b) La règle des cinq mâts cumulée aux 500m des zones destinées à l'habitation et leurs conséquences désastreuses

Dans un rapport de février 2012 de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire de l'Assemblée nationale sur la mise en application de la loi Grenelle II⁶⁵³, les auteurs prennent acte des « *retards constatés [dans] le lancement des nouveaux projets par manque de sécurité juridique* » et « *contestent également la règle des cinq mâts, qui a réduit les possibilités de projets nouveaux* »⁶⁵⁴. Partant, les élus souhaitant réellement une montée en puissance des énergies renouvelables et donc de l'éolien terrestre, composante majeure et essentielle du mix énergétique nécessaire à la transition éponyme, et ne se cachant pas derrière le prétexte du mitage du territoire, reconnaissent dès lors que cette règle des cinq mâts est mortifère pour la source d'énergie concernée.

Plus précisément, c'est sa conjonction avec d'autres règles elles aussi issues de l'article 90 de la loi Grenelle II qui en fait une mesure à contre-sens. En effet, les aérogénérateurs sont depuis lors soumis à :

« [L]'éloignement des installations d'une distance de 500 mètres par rapport aux constructions à usage d'habitation, aux immeubles habités et aux zones destinées à l'habitation définies dans les documents d'urbanisme en vigueur à la date de publication de la même loi »⁶⁵⁵.

Une notion qui n'a tout simplement pas de définition en droit de l'urbanisme. Les « *zones destinées à l'habitation* » pouvant varier selon la rédaction des documents d'urbanisme locaux, tandis que les « *constructions à usage d'habitation* » et les « *immeubles habités* » demandent une vérification au cas par cas⁶⁵⁶. En se fondant ainsi sur des critères non définis, le législateur a laissé les développeurs éoliens dans l'incertitude en attendant la validation ou l'annulation de leurs autorisations face aux juges.

Autre exemple de mauvaise formulation de la loi, l'article 90 de la loi Grenelle II prévoyait que les parcs éoliens constituent « *des unités de production* » de cinq machines, comme nous l'avons vu. Or, la notion d'« *unité de production* » est tout sauf claire. L'administration était donc en discussion avec les acteurs de l'éolien pour rédiger un décret précisant cette notion après la parution de la loi. Cette ébauche jamais publiée proposait de fixer une distance maximale de 10 diamètres de rotor entre chaque éolienne, sous peine d'en faire deux ensembles différenciés (et donc chacun limités par le seuil de cinq éoliennes). Sachant que la

⁶⁵³ Assemblée nationale, Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, Rapport n° 4340 sur la mise en application de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, Bertrand PANCHER, Philippe TOURTELIER, 9 fév. 2012.

⁶⁵⁴ *Id.*, sur l'article 90.

⁶⁵⁵ C. Env., art. L. 553-1, al. 5, version du 14 juillet 2010 au 19 août 2015.

⁶⁵⁶ C'est d'ailleurs ce que montre l'exemple de l'arrêt de la CAA de Nantes en date du 18 janvier 2013, n°11NT02107, étudié dans l'article de Stéphanie GANDET, « Eolien/ précisions sur la notion de bâtiment à usage d'habitation (CAA Nantes, 18 janvier 2013, n°11NT02107) », *Green-law-avocat*, 7 fév. 2013, consulté le 26 fév. 2016 [<http://www.green-law-avocat.fr/eolien-precisions-sur-la-notion-de-batiment-a-usage-dhabitation-caa-nantes-18-janvier-2013-n11nt02107/>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

taille moyenne du diamètre de rotor des éoliennes installées dans les années post-2010 est de 100m, on en conclut à une distance maximale d'un km entre chaque éolienne⁶⁵⁷.

L'ensemble de ces mesures aboutissait donc à devoir trouver un ensemble de terrains éloignés de plus de 500m des habitations et zones destinées à celles-ci, pour un minimum de cinq éoliennes, sachant que deux aérogénérateurs ne devaient être séparés de plus de 1000m. Une situation ubuesque en soi puisqu'un seul corps de ferme au milieu d'une ligne d'éoliennes (si l'on veut obtenir une cohérence paysagère permettant l'acceptation du parc) rendait impraticable une zone d'un diamètre d'1 km.

Fort logiquement, cette coordination de mesures a provoqué la chute des nouvelles installations comme présentée dans la figure 3 ci-avant. L'impact a été tout particulièrement violent dans l'ouest de la France, région présentant un véritable – celui-ci – mitage urbanistique du fait notamment de son tissu agricole. Ainsi, si le syndicat des professionnels de l'éolien estime à pas moins de 60% le taux de projets abandonnés en Pays de la Loire, Bretagne et Basse-Normandie⁶⁵⁸, le député Denis Baupin évoque le chiffre de 640 MW d'éolien « bloqués à cause de ce dispositif »⁶⁵⁹. Soit presque la totalité de la puissance installée en France en 2012⁶⁶⁰.

Face à ce sombre constat, la nouvelle majorité parlementaire de 2012 a donc décidé d'agir, et ce de manière assez directe.

2) Les mesures prises par la loi dite Brottes et leurs espoirs pour la transition énergétique

Face à la situation préoccupante de l'énergie renouvelable électrique promise au plus fort développement d'ici 2020, il était nécessaire d'agir vite et fort. Ça a été le choix de la loi dite Brottes, en supprimant purement et simplement certaines mesures et améliorant quelques situations particulières. Il restait néanmoins à l'issue de cette loi fort à faire.

a) La suppression pure et simple des zones de développement de l'éolien et de la règle des cinq mâts

Sachant que « [l]a superposition de ces zones avec les schémas régionaux éoliens, qui sont en train d'être adoptés dans le cadre des schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie, était source d'incohérence dans toute la France »⁶⁶¹, l'article 24 de la loi dite Brottes supprime les ZDE. De plus, comme nous l'évoquions précédemment, le Gouvernement justifie cette suppression par une fragilité juridique des ZDE anormale. En effet, il précise

⁶⁵⁷ Cf. également Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, I) A) 1) a).

⁶⁵⁸ Sophie FABREGAT, « Grand ouest : un projet éolien sur deux sauvé par la suppression du seuil des cinq mâts », *Actu-environnement*, 16 déc. 2013, consulté le 25 fév. 2016, [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/eolien-simplification-administrative-seuil-5-mats-20242.php4>].

⁶⁵⁹ Assemblée nationale, Première lecture de la proposition de loi instaurant une tarification progressive de l'énergie, 3^e séance du 4 octobre 2012, « Après l'article 14 (suite) », Denis BAUPIN [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130009.asp>].

⁶⁶⁰ À noter cependant qu'à la différence de qu'indique la figure 3, la puissance totale installée de 2012 s'élève finalement à 822 MW et non 757 MW. Cette erreur est due à la période nécessaire pour récupérer l'ensemble des données annuelles. La figure 4 ci-après rétablit ces valeurs.

⁶⁶¹ *Id.*, « Après l'article 12 (Amendement précédemment réservé) », Delphine BATHO.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

que « [d]e nombreux arrêtés préfectoraux concernant les ZDE ont été annulés par les tribunaux administratifs : aujourd'hui, une insécurité juridique entoure les projets d'implantations d'éoliennes »⁶⁶². Comble de l'ironie, une poignée de semaines avant que ne soit définitivement décidée la suppression des ZDE, le Conseil d'Etat infirma l'arrêt de la CAA de Bordeaux du 2 novembre 2011, estimant que les données de vent fournies dans le SRE étaient suffisantes⁶⁶³.

Cependant, la potentielle victime collatérale de cette mesure n'est autre que l' élu local, craignant une « *perte immédiate de contrôle par les collectivités locales des projets au sein de leurs territoires et un risque accru d'opposition locale. La suppression des ZDE prive les collectivités territoriales concernées de la possibilité de jouer leur rôle en matière d'organisation territoriale des projets* »⁶⁶⁴. Si la crainte est aisément compréhensible, tant le sujet de l'éolien peut être clivant parmi les habitants des zones de développement, force est de constater que les élus locaux gardent un pouvoir d'avis simple⁶⁶⁵ mais dans la grande majorité des cas suivi par le préfet lors de la décision finale. De même, ils gardent la haute main sur l'accès à certains chemins ruraux par exemple, pouvant ainsi bloquer un projet indésirable. De plus, l'article 24 de la loi dite Brottes prévoit toujours que « [l]'autorisation d'exploiter tient compte des parties du territoire régional favorables au développement de l'énergie éolienne définies par le schéma régional éolien ». Et enfin, d'expérience, la suppression des ZDE n'a pas vu augmenter l'opposition, elle est restée à son niveau, à savoir, quasi systématique mais le fait d'une minorité. Preuve que sur ce point-là, l'acceptabilité d'un projet éolien ne tient pas à un zonage administratif mais bien à l'importance de l'information et de la participation du public mise en place par les élus locaux et le porteur du projet.

Enfin, comme il a été détaillé plus haut, le plancher des cinq aérogénérateurs a été abrogé, laissant ainsi plus de marge pour développer de nouveaux projets et laissant le soin aux services instructeurs de juger du mitage paysager ou non des cas présentés. C'était d'ailleurs une mesure qui hypothéquait plus sévèrement encore la situation déjà complexe des quelques projets montés dans une logique d'investissement participatif local, ceux-ci ayant des difficultés à « *atteindre un niveau d'investissement participatif suffisant* »⁶⁶⁶.

b) Les autres mesures de simplification adoptées et celles qui font encore défaut

En-dehors de ces éléments, la loi dite Brottes prévoit également deux dispositions d'assouplissement dans des cas bien spécifiques liés au littoral. Tout d'abord, l'article 25 du texte permet de mener à bien le raccordement des futurs parcs éoliens en mer et hydroliens

⁶⁶² *Id.*, « Après l'article 14 (suite) », Delphine BATHO.

⁶⁶³ CE, 30 jan. 2013, n° 355370, cons. 7.

⁶⁶⁴ « La Loi Brottes supprime les zones de développement de l'éolien », Assemblée des Communautés de France (AdCF), 25 jan. 2013, consulté le 10 nov. 2015, [http://www.adcf.org/contenu-article-adcf-direct?num_article=1403&num_thematique=1&id_newsletter=127].

⁶⁶⁵ *C. urb.*, art. R 423-72.

⁶⁶⁶ Assemblée Nationale, Première lecture de la proposition de loi instaurant une tarification progressive de l'énergie, 3^e séance du 4 octobre 2012, « Après l'article 14 (suite) », Denis BAUPIN, [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2012-2013/20130009.asp>]. Cf. sur ce sujet, Partie 2, titre 2, chap. 2, section 1, I).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

dans des zones protégées par la loi littoral⁶⁶⁷, à condition d'utiliser des techniques « *souterraines et toujours celles de moindre impact environnemental* »⁶⁶⁸.

Ensuite, l'article 26 de la loi reste dans le thème de la loi littoral mais uniquement pour le cas de l'outre-mer. Il vient régler une autre situation parfaitement ubuesque créée par la limite de 500m aux habitations et zones destinées à l'habitation. Comme le dit le député Denis Baupin :

*« En vertu de la loi littoral, toute nouvelle installation doit être contiguë à l'urbanisation existante, et, en vertu de la loi Grenelle II, toute éolienne doit être à cinq cents mètres de toute habitation. Ces deux règles sont totalement contradictoires et il n'est possible de mettre en place des éoliennes dans aucune zone littorale »*⁶⁶⁹.

Or, comme une bonne partie des départements et territoires d'outre-mer sont des îles et que toutes ou quasi toutes leurs communes ont un accès à l'océan, le développement de l'éolien y était devenu impossible. La loi Brottes vient donc permettre par dérogation « *l'implantation des ouvrages nécessaires à la production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent qui sont incompatibles avec le voisinage des zones habitées [...] en dehors des espaces proches du rivage* ». Cette solution rappellera celle trouvée par la jurisprudence dans le cas des parcs éoliens situés en zone de loi montagne⁶⁷⁰. Ces arrêts avaient d'ailleurs confirmé la qualification « *d'installations ou d'équipements publics incompatibles avec le voisinage des zones habitées* »⁶⁷¹.

Nonobstant ces quelques modifications, d'importance mais effectuées à la marge, la situation du développement éolien restait une fois la loi dite Brottes adoptée, complexe. Concernant ce « *carcan réglementaire encore lourd* », l'avocat Arnaud Gossement d'énoncer tour à tour le régime ICPE, l'« *obligation d'obtenir l'accord écrit des opérateurs radars* », la contradiction de la loi littoral pour les communes métropolitaines, ou encore – et surtout – le :

*« [G]el de fait de l'obligation d'achat depuis la transmission à la Cour de justice de l'Union européenne par le Conseil d'Etat d'une question préjudicielle relative à la qualification juridique du mécanisme de l'obligation d'achat au regard de la législation sur les aides d'Etat »*⁶⁷².

⁶⁶⁷ Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral.

⁶⁶⁸ Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, art. 25.

⁶⁶⁹ Assemblée Nationale, Première lecture de la proposition de loi instaurant une tarification progressive de l'énergie, 3^e séance du 4 octobre 2012, « Après l'article 12 (suite) », Denis BAUPIN, [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130009.asp>].

⁶⁷⁰ Loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne.

⁶⁷¹ Comme en dispose l'article L. 145-3 du Code de l'urbanisme, III. Cf. pour plus d'informations sur ces décisions prétorielles : Laurent MARCOVICI, « Les parcs d'éoliennes situés en montagne ne portent pas, par leur seule existence, une atteinte aux sites où ils sont implantés », *AJDA*, 2011, p. 44.

⁶⁷² Arnaud GOSSEMENT, « Eolien et loi Brottes : une réforme bienvenue mais au souffle un peu court », *Gossement Avocats*, 19 jan. 2013, consulté le 10 nov. 2015, [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2013/01/19/eolien-et-loi-brottes-une-reforme-bienvenue-mais-au-souffle.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

La controverse du tarif d'achat éolien, qui fera l'objet d'une analyse plus poussée dans les développements à venir⁶⁷³, a en effet grandement impacté le financement des projets éoliens jusqu'à sa résolution.

De l'ensemble de ces mesures à la radicalité et aux effets variables ressort pourtant un bilan positif en termes d'installations éoliennes. À n'en point douter, la résolution de la question du tarif d'achat éolien a fait partie de ces facteurs positifs. La figure 4 permet de souligner l'évolution positive de l'installation de nouvelles capacités d'énergie éolienne depuis l'adoption de la loi Brottes. Nonobstant, les principales critiques qui seront faites envers la loi dite Brottes concernent la manière dont elle a été débattue et adoptée. Nous noterons avant de poursuivre notre analyse que le droit de la transition énergétique peut donc se montrer aisément, et sans besoin d'un processus législatif aussi imposant que celui de la loi de transition énergétique, plus progressiste et simple que le droit antérieur applicable aux énergies renouvelables.

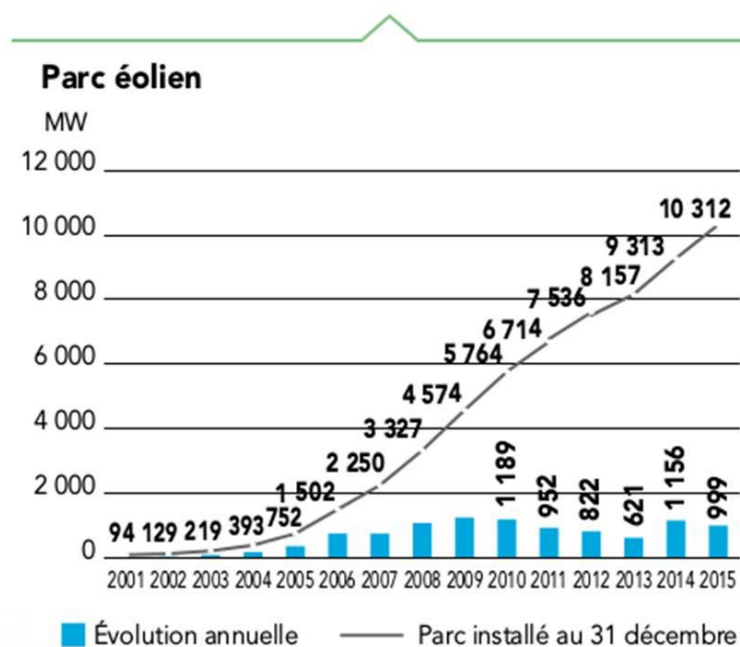


Figure 4 : Puissance installée totale et nouvelle puissance annuelle ajoutée du parc éolien Français.
Bilan électrique RTE 2015.

B) L'adoption très conflictuelle d'une loi menée tambour-battant

La loi dite Brottes, devant initialement traiter d'un mécanisme d'incitation à l'économie d'énergie par signal tarifaire et de tarifs sociaux de l'eau, intégra finalement, par voie d'amendements lors de la première lecture au Palais Bourbon, des dispositions drastiques de simplification de l'éolien. La méthode par laquelle ces amendements ont été présentés, dans un texte à l'origine peu relié à la problématique de la planification éolienne – c'est un euphémisme – ainsi que l'enclenchement de la procédure accélérée⁶⁷⁴ ont créé une situation

⁶⁷³ Cf. sur ce contentieux, Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, II).

⁶⁷⁴ En application de l'art. 45, al. 2 de la Constitution du 4 oct. 1958.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

de forte tension au sein des deux hémicycles parlementaires. Ce contexte aboutit à un parcours tour à tour qualifié de « *chaotique* »⁶⁷⁵ ou « *tourmenté* »⁶⁷⁶, jusqu'à la promulgation de la loi concernée, après un passage risqué sous la loupe des Sages de la rue de Montpensier.

1) Les virulentes critiques visant l'élaboration de la loi dite Brottes

La loi dite Brottes fera l'objet de différentes critiques durant son processus de discussion. Tout d'abord, sur le cœur de son sujet, le « *bonus-malus sur les consommations domestiques d'énergies de réseau* »⁶⁷⁷ qualifié d'« *usine à gaz* »⁶⁷⁸ et condamné pour sa complexité. *De facto*, il sera censuré par le Conseil constitutionnel. Ensuite, sur les dispositions concernant l'éolien, les critiques portent principalement sur la manière cavalière dont sont amenées ces dispositions, par amendements sans rapport avec le sujet traité et à une heure fort tardive. Enfin, le Sénat formalisera ses critiques d'une manière on ne peut plus claire par le vote d'une motion d'exception d'irrecevabilité. L'ensemble de ces éléments constitue une nouvelle preuve qu'il reste un long chemin à accomplir au droit de la transition énergétique afin de pouvoir se présenter comme un droit qui se serait défait de la logique d'imposition, d'opacité et de ruse qui règne parfois dans le processus législatif pour intégrer pleinement la transparence et la prise en compte d'avis divergents.

a) Discussion de la proposition de loi dite Brottes à l'Assemblée nationale, introduction tardive et discussion houleuse

« *Quel rapport direct entre cette loi et le développement de l'éolien en France ? Aucun* »⁶⁷⁹. La sentence ne laisse ainsi pas de doute. Quand, à 1h30 du matin le 5 octobre 2012, les amendements visant à supprimer les ZDE sont proposés aux députés présents passant « *d'un amendement à un autre sans les retrouver dans [leur] liasse* »⁶⁸⁰, c'est l'ouverture des hostilités. Ce sont d'abord les rappels au règlement qui fusent pour condamner « *des amendements qui ne sont rien d'autre que des cavaliers législatifs [qui] n'ont pas été débattus en commission* »⁶⁸¹, et déplorer des dispositions qui transformeraient « *à deux heures du matin en fin de semaine, la France en un immense ventilateur !* »⁶⁸². Du fait de l'heure tardive et d'une propension certaine pour la théâtralisation au sein des travées de

⁶⁷⁵ Selon l'expression notamment utilisée dans l'article de Morgane GUILLOU, « Transition énergétique : la loi Brottes partiellement censurée mais publiée », *AJCT*, 2013, p. 217.

⁶⁷⁶ Marie-Christine DE MONTECLER, « Adoption définitive de la proposition de loi Brottes sur la transition énergétique », *AJDA*, 2013, p. 550.

⁶⁷⁷ Comme énoncé par l'article 2 de la proposition de loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes telle que votée le 11 mars 2013 en lecture définitive à l'Assemblée nationale, [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0094.asp>].

⁶⁷⁸ Alexandre POUCHARD, « Bonus-malus sur les tarifs de l'énergie : que prévoit la loi ? », *cit.*, 12 mars 2013, *cit.*

⁶⁷⁹ Florence ROUSSEL, « La filière éolienne "reprend espoir" », *cit.*, 5 oct. 2012.

⁶⁸⁰ Assemblée Nationale, Première lecture de la proposition de loi instaurant une tarification progressive de l'énergie, 3^e séance du 4 octobre 2012, « Après l'article 14 (*suite*) », André CHASSAIGNE, [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130009.asp>].

⁶⁸¹ *Id.*, Martial SADDIER.

⁶⁸² *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

l'Assemblée nationale, les échanges s'enflamment alors, comme le montre le court extrait du compte-rendu intégral de la séance ci-dessous.

M. André Chassaigne. Je le dis en pesant mes mots : j'ai honte pour vous si vous vous comportez de cette façon. J'aurai l'occasion de le dire et de le redire. Vous pourrez mesurer l'impact de vos méthodes sur la population qui rejette le milieu politique. Soyons dignes dans notre fonctionnement, et n'allons pas faire passer de façon cavalière des amendements qui n'ont pas été réfléchis, pour satisfaire quelques intérêts particuliers, voire des intérêts d'industriels. Ici, nous sommes pour l'intérêt général ! (*Applaudissements sur les bancs du groupe UMP.*)

Mme la présidente. La parole est à M. le rapporteur.

M. François Brottes, rapporteur. J'aimerais que nous retrouvions le calme, sinon la sérénité...

M. André Chassaigne. Avec de telles méthodes, nous n'aurons pas le calme ! Vous utilisez des méthodes de voyous !

M. François Brottes, rapporteur. « Voyou » après « goret », veuillez vous retenir, monsieur Chassaigne... Cela suffit !

M. André Chassaigne. Je le répète, et je le redirai publiquement !

M. François Brottes, rapporteur. Lorsque la précédente majorité a arrêté de financer le photovoltaïque par le tarif d'achat, je ne crois pas qu'il y ait eu une grande concertation avec l'Assemblée nationale.

M. André Chassaigne. Et la mission d'information, alors ? J'en étais membre !

M. Philippe Plisson. Voulez-vous que je vous rappelle par le menu ce qui s'y est passé, y compris d'étranges coalitions ?

M. François Brottes, rapporteur. Lorsque la mission d'information a été mise en place, notre collègue Philippe Plisson, ici présent, en était membre, et je crois me souvenir qu'il en avait claqué la porte parce qu'aucune des préconisations portées par le groupe SRC n'avait été retenue. Vous pouvez brandir le rapport tant que vous voulez : tout a été fait pour que l'éolien terrestre ne voie quasiment jamais le jour.

M. Martial Saddier. Il y a eu six mois de travaux !

M. Bertrand Pancher. C'est inadmissible !

Figure 5 : Extrait du compte-rendu intégral de la 3^e séance du jeudi 4 octobre 2012.

[http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2012-2013/20130009.asp#P1145_190760]

Ces échanges enflammés et le refus de la présidence de séance de reporter ces débats au lendemain finissent par avoir raison de l'opposition ainsi que du groupe Gauche démocrate et républicaine⁶⁸³ qui quittent l'hémicycle⁶⁸⁴ à 2h30 du matin en ayant prévenu que « *dans leur grande sagesse, les sénateurs vont mettre de l'ordre dans tout cela* »⁶⁸⁵.

Outre l'exubérance de certains propos, on ne peut qu'admettre que la méthode employée par le Gouvernement et des députés de la majorité pour alléger le fardeau réglementaire pesant sur l'installation d'aérogénérateurs en France est sujette à caution. En effet, les accusations de

⁶⁸³ Du nom du groupe parlementaire composé principalement des députés du Front de gauche et de députés des circonscriptions ultramarines.

⁶⁸⁴ Marie-Christine DE MONTECLER, « L'éolien surgit dans le débat sur la tarification de l'énergie », *AJDA*, 2012, p. 1880.

⁶⁸⁵ Assemblée Nationale, Première lecture de la proposition de loi instaurant une tarification progressive de l'énergie, 3^e séance du 4 octobre 2012, « Après l'article 14 (*suite*) », Martial SADDIER, [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2012-2013/20130009.asp>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

cavaliers législatifs sont difficiles à contester et les députés seront d'ailleurs amenés à modifier le titre du texte pour diminuer le risque de censure. La proposition de loi « *instaurant une tarification progressive de l'énergie* »⁶⁸⁶ devient ainsi la proposition de loi « *visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre* »⁶⁸⁷, puis, finalement, « *visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes* »⁶⁸⁸. Quant à l'utilisation de la procédure accélérée, permettant de présenter le texte une seule fois à chaque chambre avant de réunir la commission mixte paritaire (CMP), et à l'origine « *créée pour des textes à caractère technique et à faible envergure politique* »⁶⁸⁹, celle-ci souffre d'une surutilisation là où elle devait être l'exception. Bruno Le Roux, président du groupe socialiste à l'Assemblée nationale reconnaîtra d'ailleurs pour le cas qui nous concerne : « *Peut-être ne fallait-il pas maintenir la procédure accélérée sur ce texte-là* »⁶⁹⁰. Il s'exprimait après le renvoi franc et direct du texte par le Sénat, au moyen d'une motion d'exception d'irrecevabilité. Preuve qu'un peu plus de respect du travail parlementaire et de logique dans la construction et l'amendement des textes de loi aurait pu rendre l'examen de ce texte moins conflictuel.

b) « Alliance contre nature » et exception d'irrecevabilité, la réponse du Sénat

Alors qu'il était présenté au Sénat comme « *une première étape dans la mise en place d'un dispositif législatif cohérent pour mener à bien cette transition énergétique* »⁶⁹¹, l'examen du texte en première lecture y a été plus qu'expéditif.

Mais revenons un peu en arrière. Le 17 octobre 2012, la commission des affaires économiques du Sénat examine la proposition de loi dite Brottes. Cependant, les débats ne s'avèrent pas plus sereins qu'au Palais Bourbon et, alors que l'opposition quitte la séance, les sénateurs communistes déposent une motion d'exception d'irrecevabilité⁶⁹². Le 23 octobre, « *la motion d'irrecevabilité était votée par 20 sénateurs, réunissant une majorité hétéroclite regroupant communistes, UMP et centristes, qui ont battu les 19 sénateurs de la majorité gouvernementale PS, EELV et RDSE* »⁶⁹³. Ladite motion⁶⁹⁴ se fonde sur « *l'article VI de la*

⁶⁸⁶ Titre de la proposition de loi enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 6 septembre 2012.

⁶⁸⁷ Titre de la proposition de loi adoptée en première lecture par l'Assemblée Nationale le 4 octobre 2012.

⁶⁸⁸ Titre final de la Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes.

⁶⁸⁹ Arnaud GOSSEMENT, « Loi pour la transition énergétique : le risque de l'accélération », *Gossement Avocats*, 25 août 2014, consulté le 29 fév. 2016 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2014/08/23/loi-pour-la-transition-energetique-le-risque-de-la-procedure-5432929.html>].

⁶⁹⁰ Sébastien TRONCHE, « Le gouvernement mis en garde contre une utilisation excessive de la procédure accélérée », *Lelab Europe1*, 31 oct. 2012, consulté le 29 fév. 2016 [<http://lelab.europe1.fr/le-gouvernement-mis-en-garde-contre-une-utilisation-excessive-de-la-procedure-acceleree-5518>].

⁶⁹¹ Sénat, séance du 30 octobre 2012 (compte rendu intégral des débats), discussion « Transition vers un système énergétique sobre », Ronan DANTEC [http://www.senat.fr/seances/s201210/s20121030/s20121030_mono.html#batho2].

⁶⁹² Art. 44, al. 2 du règlement du Sénat.

⁶⁹³ Laurent RADISSON, « Énergie : la proposition de loi Brottes est mal partie », *Actu-environnement.com*, 26 oct. 2012, consulté le 25 fév. 2016, [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/energie-proposition-loi-Brottes-tarification-progressive-eolien-irrecevabilite-motion-16907.php4>].

⁶⁹⁴ Sénat, Proposition de loi n° 71 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre, résultat des travaux de la commission des affaires économiques, 23 oct. 2012.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, au motif qu'il constitu[e] une rupture d'égalité devant l'accès à l'énergie », mais également sur « l'article XIII de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au motif que le dispositif proposé ne respecte pas le principe de proportionnalité de l'effort fiscal » et enfin sur « l'éventuel caractère de cavaliers législatifs de certains dispositifs ajoutés en cours de discussion par les députés, concernant notamment le mécanisme de capacité, la valorisation de l'effacement et les règles d'implantation des éoliennes »⁶⁹⁵. Face à cette mesure, le rapporteur de la proposition de loi au Sénat, Roland Courteau, qui a retravaillé le mécanisme de bonus-malus sur la consommation d'énergie et est un connaisseur de l'éolien, démissionne de ses fonctions⁶⁹⁶.

Quand arrive alors la soumission du texte à la séance plénière du Palais du Luxembourg, le 30 octobre 2012, il fait l'objet d'une discussion générale et du vote de la motion d'exception d'irrecevabilité qui sera soutenue par « *une alliance contre nature* »⁶⁹⁷ de l'opposition de droite et du groupe Communiste républicain et citoyen. Le texte ne peut alors être discuté et amendé par les sénateurs et est directement renvoyé aux députés, n'améliorant ainsi pas le texte ni la situation.

Par la suite, la proposition de loi passera en CMP, qui sera un échec⁶⁹⁸ étant donné que le Sénat n'a voté aucun texte, et en nouvelle lecture au Palais Bourbon. D'ailleurs, les dispositions conflictuelles concernant l'éolien passeront cette fois en séance à 3h30 du matin le 18 janvier, soit une situation pire encore que lors de la première lecture sur ce point. Si les dispositions quant aux cinq mâts trouvent assez aisément satisfaction dans les discours des élus des deux chambres du Parlement, la suppression pure et simple des ZDE reste, elle, beaucoup plus discutée, notamment au Sénat, caisse de résonance traditionnelle des collectivités territoriales. Néanmoins, si la proposition sera finalement adoptée le 11 mars 2013⁶⁹⁹ selon des clauses proches de celles votées en première lecture par l'Assemblée nationale, les registres sont témoins de la réaction qui a directement suivi le vote de la loi de la part de Lionel Tardy, député de l'Union pour un mouvement populaire, « *Rendez-vous devant le Conseil constitutionnel !* »⁷⁰⁰. Prophétie auto-réalisatrice, dira-t-on, qui se concrétisera deux jours plus tard.

⁶⁹⁵ Sénat, séance du 30 octobre 2012 (compte rendu intégral des débats), « Transition vers un système énergétique sobre », Exception d'irrecevabilité, Daniel RAOUL [http://www.senat.fr/seances/s201210/s20121030/s20121030_mono.html#batho2].

⁶⁹⁶ Laurent RADISSON, « Énergie : la proposition de loi Brottes est mal partie », *cit.*, 26 oct. 2012.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ Commission mixte paritaire, Rapport n° 550 (Assemblée nationale) et 245 (Sénat) sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre, par François BROTTES, Daniel RAOUL, 19 déc. 2012.

⁶⁹⁹ Assemblée nationale, Lecture définitive de la proposition de loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, 2^e séance du 11 mars 2013, « Vote sur l'ensemble » [http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130169.asp#P1147_229011].

⁷⁰⁰ *Id.*, Lionel TARDY.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2) La validation par le Conseil constitutionnel d'une intégration au forceps

Le Conseil constitutionnel est donc saisi en application de l'article 61 de la Constitution par le quorum de 60 députés⁷⁰¹ et 60 sénateurs⁷⁰² le 13 mars 2013. Dans sa décision rendue le 11 avril 2013, le Conseil censure alors l'intégralité du dispositif-phare de « *bonus-malus sur les consommations domestiques d'énergies de réseau* »⁷⁰³, en se fondant sur le principe d'égalité devant les charges publiques⁷⁰⁴. Cette décision prouve la difficulté qu'il y a à créer un dispositif qui à la fois encourage les citoyens à diminuer leur consommation d'énergie, tout en préservant les plus fragiles, premières victimes de la précarité énergétique, et sans créer de rupture d'égalité appelant à une censure de la rue de Montpensier⁷⁰⁵. Les autres dispositions, ajoutées dans leur grande majorité par voie d'amendement ont, à l'inverse, été validées par le Conseil constitutionnel. Le détail de la validation de ces mesures ne manque d'ailleurs pas d'intérêt.

a) L'interprétation large du droit d'amendement en première lecture

L'une des attaques les plus marquées et récurrentes contre les dispositions concernant l'éolien dans la loi dite Brottes consistait à désigner ces dispositions comme étant des cavaliers législatifs. Les députés estiment dans leur saisine que ces articles « *dont le sujet n'a aucun lien avec le texte initial et l'objectif des débats parlementaires [...] ont été insérées par amendement en séance publique, en pleine nuit, lors de la première lecture* »⁷⁰⁶. Ils estiment de plus que :

« *Le texte présenté au Parlement avait pour titre initial : "Proposition de loi instaurant une tarification progressive de l'énergie". À l'issue de la réunion de commission des affaires économiques les 18 et 19 septembre 2012, le titre a été amendé: "Proposition de loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre". Malgré l'adoption d'amendements relatifs à l'énergie éolienne en séance publique, aucun amendement n'a été présenté pour modifier ce titre et inclure le sujet de la réglementation des éoliennes* »⁷⁰⁷.

Et c'est notamment sur ce point que le Conseil constitutionnel va rendre sa décision. En effet, après avoir précisé que le texte déposé à l'Assemblée nationale, était constitué de deux parties, dont la seconde dédiée aux mesures d'accompagnement (donc plus large dans les amendements qu'elle peut accepter), les Sages valident les dispositions incriminées en arguant qu'en tendant « *à accélérer "la transition vers un système énergétique sobre" dans un contexte de "hausse inéluctable des prix de l'énergie"* ; [elles] présentent ainsi un lien

⁷⁰¹ Saisine par 60 députés, 13 mars 2013, Loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-666-dc/saisine-par-60-deputes.136662.html>].

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ CC, 11 avr. 2013, déc. n° 2013-666 DC, *Loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes*, cons. 5.

⁷⁰⁴ *Id.*, cons. 18.

⁷⁰⁵ Un des questionnements au cœur de la justice énergétique, cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, II) B).

⁷⁰⁶ Saisine par 60 députés, 13 mars 2013, Loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, III, 1, *cit.*

⁷⁰⁷ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

avec la proposition de loi initiale »⁷⁰⁸ et donc respectent l'article 45 alinéa 1^{er} de la Constitution⁷⁰⁹. Or, il est intéressant de constater que le titre du texte de loi qui sert à faire le lien entre les amendements gouvernementaux et la proposition de loi ne fera référence à « *la transition vers un système énergétique sobre* » qu'après son passage en commission des affaires économiques⁷¹⁰ avant la première lecture de l'Assemblée nationale. À l'origine, la proposition de loi s'intitulait : « *Proposition de loi instaurant une tarification progressive de l'énergie* », la relation avec l'éolien était alors plus complexe.

Le Conseil constitutionnel, par cette décision, poursuit donc son travail d'élaboration d'une jurisprudence concernant le droit d'amendement en première lecture, mais surtout, il annonçait déjà la validation postérieure de ce que Blanche Lormeteau nomme la méthode du droit de la transition énergétique⁷¹¹. A savoir une interprétation finaliste des dispositions d'une loi, pouvant être très variées mais toutes concourant à la transition énergétique.

Alors qu'une décision en date du 19 janvier 2006⁷¹² a clarifié les limites applicables en matière d'amendements, celles-ci s'arrêtaient à « *la nécessité, pour un amendement, de ne pas être dépourvu de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie* »⁷¹³. Une définition déjà relativement large, par la notion de lien ici évoquée. Mais l'intérêt de la décision de 2013 se trouve dans sa confirmation que le titre et la présentation de l'objet du texte considérés comme le mètre-étalon du lien entre celui-ci et les amendements introduits en première lecture peuvent s'apprécier au regard de la version post-commission. « *Le texte déposé ou transmis* » évoqué par la Constitution en son article 45 est donc vu comme le texte une fois retravaillé par la commission compétente et arrivant en séance plénière. Une conception qui permet dès lors aux élus d'adapter le texte à l'insertion d'amendements futurs plus variés en limitant le risque de censure finale.

Une vision qui cependant réduit l'efficacité de « *la "traque" des cavaliers* »⁷¹⁴ quand on en connaît la motivation :

« Elle entend contribuer à la cohérence des textes de loi et protéger le Parlement lorsqu'elle sanctionne - ce qui n'est pas rare - des amendements gouvernementaux déposés par ce biais pour

⁷⁰⁸ CC, 11 avr. 2013, déc. n° 2013-666 DC, *Loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes*, cons. 31.

⁷⁰⁹ Art. 45, al.1^{er} de la Constitution du 4 oct. 1958: « *Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique. Sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis* ».

⁷¹⁰ Par le biais de l'amendement CE 216 qui est défendu par le rapporteur du texte, François BROTTES, en ces mots : « *Lorsqu'un texte se nourrit d'éléments complémentaires à son objectif initial, il faut que son intitulé en tienne compte. Sinon, le Conseil constitutionnel pourrait nous le reprocher* ». Cf. Assemblée nationale, Commission des affaires économiques, Rapport n° 199 sur la proposition de loi instaurant une tarification progressive de l'énergie, François BROTTES, 19 sept. 2012.

⁷¹¹ Cf. Introduction, I) A) 2).

⁷¹² CC, 19 jan. 2006, déc. n° 2005-532 DC, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*.

⁷¹³ *Id.*, cons. 25.

⁷¹⁴ Damien CHAMUSSY, « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, jan. 2013.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

contourner la consultation du Conseil d'État, la délibération du conseil des ministres et le passage devant la commission compétente »⁷¹⁵.

D'autant plus que la proposition de loi dite Brottes était réellement dans cette situation. Les amendements s'intéressant à l'éolien, provenant en bonne partie du Gouvernement, n'ont pas eu à être étudiés par le Conseil d'Etat, le Conseil des ministres ou la commission compétente dans le cadre de cette proposition de loi, à la différence d'un projet de loi⁷¹⁶. Ce qui en réduit d'autant les possibilités de contestation, diront les uns, ou d'amélioration, diront les autres.

Outre cet aspect axé sur la forme de la décision rendue par les neuf sages, les dispositions ayant trait à l'éolien ont également dû passer au filtre d'accusations d'inconstitutionnalité sur le fond.

b) La constitutionnalité affirmée des dispositions concernant l'éolien

Nonobstant les points évoqués ci-avant, la saisine des députés et sénateurs s'appuie en matière d'éolien sur le principe de libre administration et sur la Charte de l'environnement de 2004.

En premier lieu, les élus d'opposition dénoncent la suppression des ZDE au regard du principe de libre administration des collectivités territoriales prévu à l'article 72 de la Constitution⁷¹⁷. Ils se fondent en cela sur la supposée perte de contrôle des collectivités du bloc communal (communes et intercommunalités) sur l'implantation d'éoliennes. Celles-ci ne disposant plus que d'un avis consultatif. De plus, cette mesure pourrait « *affecter les recettes que perçoivent les collectivités du bloc communal* » au titre des impositions frappant les parcs éoliens et étant partiellement redistribuées au niveau local⁷¹⁸, créant ainsi « *une source substantielle de recettes* »⁷¹⁹.

Face à cet argumentaire, le Conseil constitutionnel rejette en bloc les allégations soulevées, au titre que les éoliennes peuvent toujours être érigées en dehors des zones prévues par le schéma régional éolien (même s'il est vrai que c'est hautement improbable que le préfet

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶ Sénat, séance du 30 octobre 2012 (compte rendu intégral des débats), « Transition vers un système énergétique sobre », Exception d'irrecevabilité, Jean-Claude LENOIR [http://www.senat.fr/seances/s201210/s20121030/s20121030_mono.html#batho] : « Évidemment, en choisissant la forme d'une proposition de loi, le Gouvernement non seulement échappait à l'avis du Conseil d'État, mais aussi réussissait à se soustraire à l'obligation de joindre au texte une étude d'impact mesurant les conséquences des dispositions envisagées ».

⁷¹⁷ Art. 72 de la Constitution du 4 oct. 1958 : « Dans les compétences prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leur compétences ».

⁷¹⁸ Cotisation foncière des entreprises (CFE), cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE) et imposition forfaitaire sur les entreprises de réseaux (IFER). Pour plus d'informations sur la fiscalité et les revenus moyens des parcs éoliens pour les collectivités locales, cf. Sophie FABREGAT, « Comment les intercommunalités se répartissent les recettes fiscales liées aux parcs éoliens », *Actu-environnement.com*, 17 av. 2012, consulté le 2 mars 2016, [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/fiscalite-eoliennes-recettes-collectivites-territoriales-communes-15462.php4>].

⁷¹⁹ Saisine par 60 sénateurs, 13 mars 2013, Loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, II, 1 *cit.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

autorise une telle implantation remettant en cause les arbitrages rendus auparavant) et qu'en cela la suppression des ZDE n'empiéterait pas sur les compétences des collectivités territoriales.⁷²⁰ De même, il rejette l'argumentaire de la perte de recette des collectivités du bloc communal, arguant que la mesure « *n'affecte pas en soi les recettes des communes* »⁷²¹. Sur ces deux points, si l'on peut comprendre la crainte du dessaisissement des élus locaux quant aux zonages d'implantation d'éoliennes (bien que dans la pratique les communes et intercommunalités restent des acteurs primordiaux sur le terrain), l'argument fiscal avancé par les plaignants fait partie de ces invocations ne manquant pas d'être spécieuses. En effet, la proposition de loi dite Brottes n'impacte à aucun moment la fiscalité locale concernant les éoliennes et c'est le préfet qui, comme sous le régime des ZDE garde le pouvoir d'autoriser ou non l'implantation des éoliennes et donc le versement des subsides y afférant. Mais cet argument est aussi hypocrite, au sens où les mesures de la loi examinée ont ouvertement pour but – et reconnu par tous au cours des débats – de faciliter l'implantation de nouveaux parcs éoliens et donc démultiplier d'autant les recettes fiscales locales reconnues par les élus comme constituant d'ores et déjà « *une source substantielle de recettes* ». Dans le contexte de raréfaction des dotations de l'Etat, cette manne est d'ailleurs souvent plébiscitée par les élus locaux qui constituent l'essentiel des « *grands électeurs* » désignant les sénateurs⁷²².

En second lieu, les plaignants avancent que les dispositions supprimant le seuil des cinq mâts et celles visant à débloquent la situation de la loi littoral dans les territoires ultramarins « *portent atteinte à la protection des paysages et au cadre de vie* »⁷²³ et en cela enfreignent l'article 6 de la Charte de l'environnement⁷²⁴. Nous passerons sur l'allégation fondée sur des idées préconçues soutenant que le développement de l'énergie éolienne affecterait le tourisme et par conséquent ses revenus pour le tissu économique local, mais nous pencherons sur l'atteinte pure aux paysages. L'exception à la loi littoral et la suppression du seuil de cinq aérogénérateurs porterait ainsi, selon les plaignants, une atteinte directe aux paysages. Or, le Conseil constitutionnel estime que « *l'implantation des éoliennes reste en particulier assujettie aux autres règles d'urbanisme et à la législation des installations classées pour la protection de l'environnement* »⁷²⁵ pour les débouter. On saluera ici la clairvoyance des Sages de la rue de Montpensier en ce qu'ils estiment que les conditions d'évaluation de l'impact paysager des éoliennes ne sortent pas affaiblies des dispositions de la loi Brottes, garanties par le régime actuel.

⁷²⁰ CC, 11 avr. 2013, déc. n° 2013-666 DC, *Loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes*, cons. 35.

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² Cf. « Le collège électoral sénatorial », consulté le 2 mars 2016, [<http://www.senat.fr/role/colleg.html>].

⁷²³ Saisine par 60 sénateurs, 13 mars 2013, *Loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes*, III, 1 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-666-dc/saisine-par-60-senateurs.136661.html>].

⁷²⁴ Charte de l'environnement de 2004, art. 6 : « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ».

⁷²⁵ CC, 11 avr. 2013, déc. n° 2013-666 DC, *Loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes*, cons. 40.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

En résumé, il apparaît qu'avant même l'adoption de la loi de transition énergétique, un nombre conséquent de dispositions composant le droit de la transition énergétique aient été prises dans une variété de textes. Cet aspect renforce la dimension pluridisciplinaire et largement sociétale de la transition, mais souligne également les difficultés qui accompagnent la volonté du droit de la transition énergétique de changer les cadres classiques de la production législative. Au surplus, comme nous avons pu le noter, cet éparpillement fait peser une lourde menace en termes de cohérence et de lisibilité de la transition. En effet, des mesures importantes se retrouvent dans des lois *a priori* construites pour traiter d'autres sujets et avant même que le débat national sur la transition énergétique ait été lancé. Si l'urgence d'agir ne fait pas de doutes, il serait dommage d'affaiblir la portée des mesures prises pour un problème de planification et d'organisation de la légistique. Pour sa part, la tant attendue loi de transition énergétique aura elle-même à affronter des problèmes similaires.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Section 2 :

La loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, loi qualifiée d'ambitieuse, adoption contestée

« Initialement annoncée pour l'été 2013, présentée en conseil des ministres [en juillet 2014], débattue en première lecture à l'Assemblée [à l'automne suivant], cette loi, bien qu'examinée en procédure accélérée, aura connu un cheminement laborieux [...] »⁷²⁶. « Au total, 5 034 amendements ont été déposés et au cours des 150 heures de débat en séance publique, précédés de plusieurs centaines d'heures de travaux en commission, 970 amendements ont été adoptés »⁷²⁷.

Ainsi peut se résumer, en quelques chiffres et dates, le processus parlementaire de construction de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte⁷²⁸. Un processus qui, dès les réflexions préliminaires a connu un parcours tortueux. En effet, issu des conclusions que l'on se rappelle si chaotiques du DNTE⁷²⁹ à l'été 2013, il connaît aussi un examen par le Conseil national de la transition écologique (CNTE)⁷³⁰ qui se révèle perturbé⁷³¹.

Cette loi de paradoxes⁷³² (pour un droit de de paradoxes ?), visant la simplification avec 215 articles, constitue « l'un des textes les plus importants du quinquennat »⁷³³ selon le président de la République. En cela, les débats parlementaires furent à la hauteur, tout du moins en termes de passion, alors que la ministre de l'Ecologie Ségolène Royal a tenté de surmonter

⁷²⁶ Pierre LE HIR, « La loi sur la transition énergétique définitivement adoptée au Parlement », *Le Monde*, 22 juil. 2015, consulté le 11 nov. 2015 [http://www.lemonde.fr/energies/article/2015/07/22/vote-final-pour-la-loi-de-transition-energetique_4693996_1653054.html#ZoycAozoa5A1guTl.99].

⁷²⁷ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Vote définitif du projet de loi sur la transition énergétique mercredi 22 juillet », consulté le 4 mars 2016 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/La-loi-de-transition-energetique,40895>]. Cf. également le discours de Ségolène ROYAL à l'Assemblée nationale, première séance du mercredi 22 juillet 2015, « Transition énergétique – Lecture définitive » [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015-extra/20151024.asp#P588578>].

⁷²⁸ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

⁷²⁹ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 2, II) B).

⁷³⁰ Né de la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, le CNTE est consulté sur les projets de loi principalement concernés par l'environnement ou l'énergie. Il a été officiellement mis en place le 11 septembre 2013. Cf. *Dépêches Jurisclasseur*, « Installation du Comité national de la transition écologique », 17 sept. 2013.

⁷³¹ Laure BRETTON, « Loi de transition énergétique : un échec remis à plus tard ? », *Libération*, 11 fév. 2014, consulté le 24 fév. 2016 [http://www.liberation.fr/france/2014/02/11/loi-de-transition-energetique-un-echec-remis-a-plus-tard_979543] : « Il n'est question, officiellement, que de "problèmes d'agenda". Mais le report à la fin février d'une réunion censée faire le point sur l'avancement de la future loi de transition énergétique (entre représentants de l'Etat, collectivités locales, ONG et partenaires sociaux), qui devait se tenir hier, fait craindre le pire aux partisans d'un projet ambitieux ».

⁷³² Arnaud GOSSEMENT, « Les paradoxes de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte », *Gossement Avocats*, 18 août 2015, consulté le 31 oct. 2015 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2015/08/18/la-loi-n-2015-992-du-17-aout-2015-relative-a-la-transition-e-5671851.html>].

⁷³³ *Le Monde*, « Transition énergétique : Hollande détaille sa vision et veut accélérer », 20 sept. 2013, consulté le 4 mars 2016 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2013/09/20/hollande-detaille-sa-vision-de-la-transition-energetique_3481711_3244.html#SISSwBha5wkzSH0T.99].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

une poignée de points conflictuels irréconciliables par une méthode dite de « *co-construction* »⁷³⁴.

Si la grande majorité des commentateurs et de la doctrine parle d'objectifs ambitieux voire très ambitieux, nous verrons qu'il est néanmoins nécessaire de faire preuve de nuance avant de se laisser aller à l'euphorie d'un avant et d'un après loi de transition énergétique. En fait de révolution, cette loi se pose plutôt, comme son nom l'indique, dans une posture de transition et donc de mouvement continu. Ce texte constitue cependant à n'en pas douter un jalon d'importance qui renforce les mesures prises durant les années précédentes⁷³⁵ et ouvre de nouvelles portes pour la continuation de cette épopée.

I. Des objectifs qualifiés d'ambitieux

Outre l'inscription de cette loi dans le sillage du DNTE, et donc avec le devoir d'en reprendre les grands axes, ce texte vise à donner gage de l'implication de la France dans la lutte contre le changement climatique avant la tenue en décembre 2015 de la conférence mondiale sur le climat à Paris (COP21)⁷³⁶. Il était donc primordial de faire œuvre législative ambitieuse et volontaire avant cette date, ou à tout le moins de se donner les moyens de le présenter comme tel. Cette stratégie a tellement bien fonctionné concernant les objectifs de la politique énergétique française que les journaux et revues professionnelles ou juridiques regorgent de l'adjectif « *ambitieux* », décliné de toutes les manières possibles. Or, s'il est vrai que cette loi traduit « *l'ambition d'un nouveau modèle français* »⁷³⁷, pour l'opposition elle s'est même révélée en sa forme votée le 17 août 2015 trop audacieuse, la qualifiant *ad nauseam* d'irréalisable.

A) Des objectifs ambitieux, voire irréalisables ?

La question de la faisabilité des objectifs fixés à l'article 1^{er} de la loi de transition énergétique alimenta les débats tout au long de son examen, et à raison. En effet, il est essentiel, lors de la fixation d'objectifs, de savoir auparavant si leur destinataire (en l'occurrence, la France entière) sera capable de les atteindre afin de ne pas obtenir des résultats contre productifs (indifférence aux objectifs inatteignables). Il sera à cet égard important de faire la différence

⁷³⁴ Discours de Ségolène ROYAL à l'Assemblée nationale, première séance du mercredi 22 juillet 2015, « Transition énergétique – Lecture définitive » [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015-extra/20151024.asp#P588578>].

⁷³⁵ Cf. Partie 1, Titre 1, Chap. 2, Section 1.

⁷³⁶ Pierre LE HIR, « La loi sur la transition énergétique définitivement adoptée au Parlement », *cit.*, 22 juil. 2015 : « Avec ce texte, présenté par François Hollande comme l'un des "grands chantiers du quinquennat", la France pourra s'afficher comme "exemplaire" en accueillant la conférence mondiale sur le climat de Paris (COP21) en décembre [...] ».

⁷³⁷ Jean-Marc PASTOR, « Transition énergétique : l'ambition d'un nouveau modèle français », *AJDA*, 2014, p. 1230.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

entre les attaques légitimement fondées sur le manque d'évaluation, de celles davantage destinées à servir un but politique. Cependant, en prenant un peu de recul, ces mesures, à n'en pas douter, « *seront jugées timides par les uns – a fortiori après deux ans de débats – ou irréalistes par les autres* »⁷³⁸. C'est pourquoi il est important de tenter d'extraire du magma des positionnements particuliers une vue plus globale des atouts et des faiblesses de ces objectifs censés engager la France vers un nouveau paysage énergétique pour 2050.

1) Des objectifs de long terme unanimement qualifiés d'ambitieux

Le premier des huit titres de la loi de transition énergétique, s'intitule : « *Définir les objectifs communs pour réussir la transition énergétique, renforcer l'indépendance énergétique et la compétitivité économique de la France, préserver la santé humaine et l'environnement et lutter contre le changement climatique* ». Titre fleuve s'il en est qui à lui seul annonce déjà une bonne partie des articles qui suivront. Au sein de ce titre, l'article 1^{er} établit les grands principes de la politique énergétique française⁷³⁹, les voies par lesquelles ceux-ci doivent être atteints⁷⁴⁰, et enfin toute une série d'objectifs chiffrés devant mesurer notre progression vers ce nouveau modèle durant les 35 prochaines années. Nous nous pencherons alors sur ces objectifs et sur leur réception par les commentateurs médiatiques comme doctrinaires.

a) Des objectifs chiffrés de long terme pour orienter la politique énergétique de la France

Les objectifs chiffrés de la loi de transition énergétique ont fait couler beaucoup d'encre. Fixés à l'article 1^{er} de la loi, ils sont déclinés au sein de l'article L. 100-4 du Code de l'énergie. Le premier et peut-être plus important objectif vise à réduire les émissions de gaz à effet de serre de 40% entre 1990 et 2030 afin d'atteindre le facteur 4 d'ici 2050⁷⁴¹. Il est important car c'est finalement cet objectif qui permettra de juger du résultat de l'ensemble de la transition énergétique. Il concerne *in fine* tous les secteurs de la société, de la production d'énergie aux transports, des bâtiments à l'agriculture. Les autres principaux objectifs chiffrés concernent la production et la consommation d'énergie, comme le montre le schéma ci-dessous :

⁷³⁸ Arnaud GOSSEMENT, « La transition énergétique entre révolution des objectifs et adaptation des moyens », *Actu-environnement.com*, 14 oct. 2014, consulté le 10 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/arnaud-gossement-chronique-projet-loi-transition-energetique-22977.php4>].

⁷³⁹ Codifiés à l'article L. 100-1 du Code de l'énergie. Ils se concentrent sur la compétitivité, la sécurité d'approvisionnement, un prix maîtrisé, la préservation de la santé et de l'environnement, la cohésion sociale et territoriale, la lutte contre la précarité énergétique et la mise en place d'une Union européenne de l'énergie.

⁷⁴⁰ Codifiées à l'article L. 100-2 du Code de l'énergie. Cet article s'appuie ainsi sur l'efficacité et la sobriété énergétiques, l'accès pour les plus démunis, la diversification des sources traduite par une baisse du recours aux fossiles et une augmentation des renouvelables, l'élargissement de la fiscalité carbone, la structuration de filières industrielles, l'information et la transparence, la recherche, la formation et le transport et stockage de l'énergie. Il prévoit notamment un outil majeur d'action de l'Etat et des collectivités, le territoire à énergie positive (TEPOS).

⁷⁴¹ La division par quatre des émissions de gaz à effet de serre entre 1990 et 2050. Pour plus d'informations, cf. le rapport du CGEDD, « Le facteur 4 en France : la division par 4 des émissions de gaz à effet de serre à l'horizon 2050 », fév. 2013.

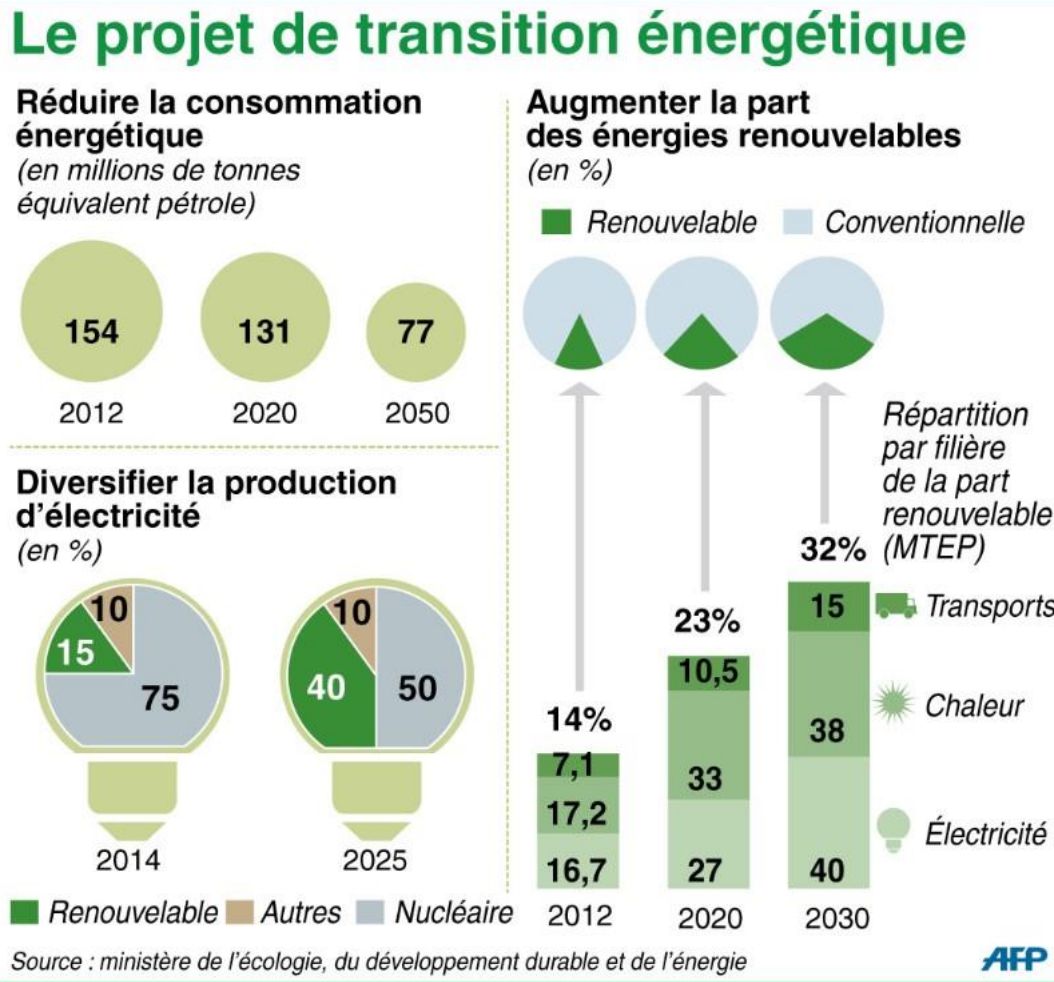


Figure 6 : Objectifs de production et de consommation d'énergie.
Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie.

L'unique objectif chiffré qui n'y figure pas est le troisième, préconisant de réduire de 30% la consommation d'énergies fossiles entre 2012 et 2030. C'est un objectif également important, en ce qu'il permet de faire un pas de côté quant à la logique électrocentrée de ce texte⁷⁴². Cet aspect est d'ailleurs une vraie critique, tant sur ce texte de loi que sur les débats concernant l'énergie en France en général. Du fait du poids du nucléaire dans la production d'électricité et de la multiplication des usages de celle-ci, sans compter l'aspect conflictuel de l'atome en soi, les discussions sur le thème de l'énergie ont tendance, dans l'hexagone, à se focaliser sur cet aspect, au détriment d'autres aspects tout aussi primordiaux, telle la consommation d'hydrocarbures, source d'émission de polluants atmosphériques et de particules dangereuses

⁷⁴² Les débats parlementaires ont évoqué cette question et ça a été une des critiques les plus justes de l'opposition. Cf. par exemple, Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 2^e séance du 7 oct. 2014, « Article 1^{er} », Julien AUBERT, [http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150007.asp#P315105] : « Nous aimerions que soit fixé un objectif pour la réduction des énergies fossiles car nous considérons que ce projet de loi est trop centré sur la transition énergétique et l'énergie nucléaire. Nous souhaitons appliquer la même stratégie aux énergies fossiles, dont nous proposons de réduire la part dans la consommation à 50 % d'ici à 2050 ».

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

pour la santé⁷⁴³ grevant par ailleurs fortement notre balance commerciale⁷⁴⁴. Le périmètre de ces travaux ne permet d'ailleurs pas de donner des leçons en la matière.

Enfin, les trois derniers objectifs de l'article concerné visent la rénovation énergétique de l'intégralité du parc immobilier d'ici 2050, l'atteinte de l'autonomie énergétique pour les départements d'outre-mer d'ici 2030 et enfin le quintuplement des quantités de chaleur et de froid renouvelable pour 2030.

Il est à mettre au crédit de la loi de transition énergétique cette profusion d'indicateurs chiffrés, devant ainsi permettre de sortir des déclarations d'intentions et de pouvoir mesurer l'évolution de la situation jusqu'à la moitié de ce siècle. La réception de ces éléments est d'ailleurs largement positive – enthousiaste même – si l'on en croit la presse et la doctrine.

b) La reconnaissance unanime de l'ambition de ces objectifs

Avant même l'élaboration de la loi de transition énergétique, le CNTE, dans son avis adopté le 3 juillet 2014 à propos dudit texte faisait référence à « *un objectif ambitieux d'efficacité énergétique et de découplage de la croissance économique et de consommation énergétique* »⁷⁴⁵. La reconnaissance de cette séparation croissance économique - consommation énergétique constitue d'ailleurs « *un basculement culturel* » selon Arnaud Gossement et ferait presque passer le droit de la transition énergétique pour un droit de la décroissance :

*« Pour la première fois depuis le lancement du programme électro nucléaire et les chocs pétroliers, le Parlement confirme que la croissance économique du pays ne dépend plus, ni de l'augmentation de la production d'électricité nucléaire, ni de la croissance de la consommation d'énergies en général, mais, à l'inverse, de la baisse de ces deux facteurs »*⁷⁴⁶.

Nous ne pouvons que souscrire à l'importance de ce changement de perception, permettant dès lors d'envisager les scénarios les plus optimistes de transition énergétique⁷⁴⁷.

En outre, les objectifs de cette « *petite révolution* »⁷⁴⁸ semblent être accueillis à bras ouvert par la presse, reconnaissant l'ambition de ces critères d'évaluation⁷⁴⁹. Plus encore, elle

⁷⁴³ Cf. Sénat, Commission d'enquête sur le coût économique et financier de la pollution de l'air, Rapport n° 610, Jean-François HUSSON, Leila AÏCHI, 8 juil. 2015, pp. 49 – 55.

⁷⁴⁴ Une facture d'un montant de 54,6 milliards d'euros en 2014, cf. « Bilan énergétique de la France pour 2014 », Service de l'observation et des statistiques, CGDD, Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie [<http://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/publications/p/2360/966/bilan-energetique-france-2014.html>].

⁷⁴⁵ CNTE, « Délibération n°2014-04 : avis sur le projet de loi de programmation pour un nouveau modèle énergétique français », « Sur le titre I », adopté le 3 juillet 2014 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/avis_2014-04_CNTE_projet_de_loi_energie.pdf]. Concernant le CNTE et d'autres institutions de la transition, cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1, I) A) 2).

⁷⁴⁶ Arnaud GOSSEMENT, « La transition énergétique entre révolution ... », *cit.*, 14 oct. 2014.

⁷⁴⁷ Nous penserons par exemple au scénario négaWatt de 2017, envisageant notamment 100% d'énergies renouvelables dans la couverture de nos besoins énergétiques pour 2050, à condition d'agir massivement sur la sobriété et l'efficacité énergétique [<https://negawatt.org/Scenario-negaWatt-2017>].

⁷⁴⁸ Arnaud GOSSEMENT, « La transition énergétique entre révolution ... », *cit.*, 14 oct. 2014.

⁷⁴⁹ Cf. Pierre LE HIR, « La loi sur la transition énergétique définitivement adoptée au Parlement », *cit.*, 22 juil. 2015. Egalement, *Les Echos*, « Les grandes lignes de la loi de transition énergétique », 22 juil. 2015, consulté le

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

bénéficie d'une réception positive au sein des professionnels du secteur concerné⁷⁵⁰, aspect important afin de faciliter la bonne application des mesures votées dans la loi. Enfin, la doctrine semble également conquise et fait largement usage de l'adjectif « *ambitieux* » concernant les objectifs de la loi de transition énergétique⁷⁵¹.

Ce constat sur la forme de la réception de la loi de transition énergétique est encourageant et présente un visage *a priori* unifié de la part des principaux commentateurs du texte. Si cet aspect laisse à penser que le premier prérequis de cette loi – la nécessaire ambition élevée pour impulser un mouvement – est rempli, une plongée dans les débats parlementaires fait remonter une critique récurrente méritant que nous nous y arrêtions : la question du réalisme desdits objectifs.

2) Des objectifs largement qualifiés d'irréalisables, affaiblis par l'absence d'étude d'impact sur les mesures contestées

Dans le cas de lois telles que celle concernant la transition énergétique, initialement conçues comme des lois de programmation mais incluant finalement de nombreuses dispositions d'applications⁷⁵², l'un des enjeux majeurs est d'articuler ambitions et moyens. A l'intérieur de cet enjeu, la première des conditions est de proposer des objectifs moteurs qui cependant restent réalisables afin d'éviter de s'avancer vers une déconvenue annoncée. Dans le cas étudié, l'une des critiques principales faite au texte est celle du manque de réalisme de certains des objectifs fixés, au regard de l'étude d'impact sur le projet de loi.

11 nov. 2015 [<http://www.lesechos.fr/industrie-services/energie-environnement/0203835212884-une-loi-pour-la-transition-energetique-1050492.php#>]. Ou encore, Catherine BERNARD, « La transition énergétique oui, mais laquelle? », *Slate*, 3 mars 2015, consulté le 29 juil. 2015 [<http://www.slate.fr/story/98607/transition-energetique>].

⁷⁵⁰ Cf. Patricia SAVIN, « Loi de transition énergétique : quel impact sur les industries ? », 28 oct. 2015, consulté le 30 oct. 2015 [<http://environnement.efe.fr/2015/10/28/loi-de-transition-energetique-quel-impact-sur-les-industries/>]. Egalement, UFE, « Loi Transition Énergétique et Croissance Verte : L'UFE salue un texte ambitieux mais reste dubitative sur les capacités de sa mise en œuvre », 23 juil. 2015, consulté le 11 nov. 2015 [<http://ufe-electricite.fr/presse/communiqués-de-presse/article/loi-transition-energetique-et>]. Ou encore, France énergie éolienne (FEE), « Des objectifs ambitieux pour la France mais des mesures qui ne permettront pas de les atteindre », 4 mars 2015, consulté le 5 mars 2016 [<http://fee.asso.fr/actu/loi-de-transition-energetique-des-objectifs-ambitieux-pour-la-france-mais-des-mesures-qui-ne-permettront-pas-de-les-atteindre/>].

⁷⁵¹ Cf. Alice DARSON, « Projet de loi sur la transition énergétique : ce qui attend les énergies renouvelables », *Droit de l'Environnement*, 2015, p. 162. Egalement, Daniel TOMASIN, « La loi sur la transition énergétique et le droit de la copropriété », *AJDI*, 2015, p. 671. De même, Juliette SENECHAL, « La transition énergétique, aujourd'hui et maintenant ? », *RDI*, 2015, p. 449. Du même auteur, Juliette SENECHAL, « Impact de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique sur le droit de la construction », *RDI*, 2015, p. 456. Enfin, Pierre VILLENEUVE, « La mobilité durable et les collectivités territoriales dans la loi relative à la transition énergétique », *AJCT*, 2016, p. 25.

⁷⁵² Cf. Philippe BILLET, « Transition énergétique et croissance verte : itinéraire et ambitions d'une loi », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, oct. 2015, dossier 6, p. 2 : « *Présentée initialement comme une loi de programmation, la loi relative à la transition énergétique en dépasse largement le principe et si elle donne bien des orientations à la politique qu'elle met en place, il s'agit d'une loi essentiellement technique, quoi qu'il ait pu en dire le Conseil constitutionnel, qui en a apprécié les termes de façon partielle mais non globalement* ».

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

a) Des objectifs largement qualifiés d'irréalisables

Lors des débats parlementaires sur tout type de projet ou proposition de loi, le groupe d'opposition cherche souvent à se focaliser sur un aspect majeur à critiquer. Pour la proposition de loi dite Brottes, c'était l'accusation de cavaliers législatifs couplée à la forme et au rythme des discussions⁷⁵³. En ce qui concerne les débats portant sur le projet de loi de transition énergétique, la critique majeure concerne son supposé caractère irréalisable, spécialement en ce qui concerne les objectifs ayant trait à la réduction de la part du nucléaire dans le mix électrique. Il est alors intéressant de s'y intéresser afin d'en constater ou non la véracité.

Sur les qualificatifs utilisés tout d'abord, certains députés particulièrement actifs sur la thématique évoquée⁷⁵⁴ n'en manquent pas. L'objectif de réduction de la part du nucléaire à 50% de la production électrique d'ici 2025⁷⁵⁵ « *impliqu[ant] la mise à l'arrêt de plus de quinze réacteurs sur le territoire national* »⁷⁵⁶ est qualifié d'« *impossible* »⁷⁵⁷ ou d'« *utopique* »⁷⁵⁸. Plus encore, « *aucune personne sensée ne peut croire que nous atteindrons l'objectif de réduire à 50 % la part du nucléaire dans la production d'électricité en 2025* »⁷⁵⁹, sachant que « *nous ne serons pas capables, dans les délais impartis, de compenser la totalité de la baisse de la production d'électricité d'origine nucléaire [par l'éolien, le solaire, la méthanisation ou le bois]. Cela supposerait de mobiliser des fonds considérables, car il s'agit d'activités extrêmement capitalistiques* »⁷⁶⁰. Un défi de taille donc, auquel tous les parlementaires ne semblent pas accorder de chance de réussite. D'ailleurs les députés, par l'amendement n° 2, proposeront « *de modifier le titre, en utilisant l'expression "stratégie énergétique" plutôt que "transition énergétique"* »⁷⁶¹. Ainsi, il limiterait la portée annoncée de la loi, sachant qu'il lui est reproché « *d'afficher des objectifs qui nous* [NdlR : les députés

⁷⁵³ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, II) A).

⁷⁵⁴ Nous citerons principalement les députés Julien AUBERT, Martial SADDIER, Michel SORDI et Bertrand PANCHER. M. SORDI étant particulièrement intéressé en ce que la centrale de Fessenheim, promise à une fermeture avant 2017 dans les discours entourant la loi de transition énergétique, fait partie de sa circonscription.

⁷⁵⁵ Disposition prévue à l'article 1^{er}, III, de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

⁷⁵⁶ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 2^e séance du 1^{er} oct. 2014, « Motion de rejet préalable », Michel SORDI [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150002.asp#P310451>].

⁷⁵⁷ *Ibid.*

⁷⁵⁸ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 2^e séance du 1^{er} oct. 2014, « Présentation », Martial SADDIER [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150002.asp#P310451>].

⁷⁵⁹ *Id.*, « Motion de rejet préalable », Bertrand PANCHER.

⁷⁶⁰ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 3^e séance du 1^{er} oct. 2014, « Discussion générale », Charles DE COURSON [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150002.asp#P310451>]. Au demeurant, l'évocation d'activités hautement capitalistiques est tout à fait véridique et de bonne foi, tout particulièrement concernant l'éolien et le solaire. Ces énergies renouvelables appelées à prendre le relai du nucléaire demandent un fort investissement de départ suivi de coûts ultérieurs quasi-nuls, dus uniquement à la maintenance du site, la source d'énergie étant gratuite.

⁷⁶¹ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 1^{ère} séance du 6 oct. 2014, « Avant l'article premier », Jacques LAMBLIN [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150004.asp#P311986>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

de l'opposition] *semblent inatteignables* »⁷⁶². Peut-être que l'objet de cette thèse aurait alors été le droit de la stratégie énergétique, bien différente dans son étymologie et probablement porteur d'une moindre symbolique⁷⁶³.

Et il en va de même au Palais du Luxembourg, où, outre l'expression de ces doutes dans les discours⁷⁶⁴, la réunion de la CMP le 10 mars 2015 « a échoué, principalement, sur la date butoir de 2025, date à laquelle la part du nucléaire dans le mix énergétique français devrait passer de 75 % à 50 %. Le Sénat a jugé la date irréaliste »⁷⁶⁵.

Si cet exercice de critique radicale teintée d'attaque politique est monnaie courante dans les hémicycles parlementaires, il est plus rare de l'observer de la part de parutions dans la presse spécialisée. C'est pourtant le cas sur ce point précis, dans un article⁷⁶⁶ de deux auteurs habitués des questions de transition énergétique⁷⁶⁷, notamment outre-Rhin, analysant la loi de transition énergétique au regard de l'« *Energiewende* »⁷⁶⁸ allemande. De fait, ils jugent l'objectif de réduction du nucléaire dans le mix électrique « *complètement irréaliste* ». Pis encore, ils n'hésitent pas à conclure que « *tout dans cette loi est improbable* ». En cause, le nombre de réacteurs nucléaires à fermer pour en réduire la part dans le mix et la montée en puissance des énergies renouvelables, pas assez rapide.

Il existe donc de profonds doutes quant à certains objectifs mis en avant par la loi de transition énergétique. Loin de n'être que des armes politiques plus ou moins fondées utilisées par l'opposition parlementaire, les critiques se fondent sur un réel manque : une étude d'impact économique étayant le projet de loi.

b) L'absence d'étude d'impact sur les mesures clivantes prêtant le flanc aux critiques

Dès avant les débats parlementaires, l'avis du CNTE sur le projet de loi, en date du 3 juillet 2014, précisait dans son préambule que « *certaines membres estiment que l'étude d'impact fournie est insuffisante et soulignent la nécessité d'approfondissements, notamment dans ses*

⁷⁶² *Ibid.*

⁷⁶³ Pour rappel, s'agissant de la symbolique et surtout des enjeux de la transition énergétique et de son droit, cf. Introduction, I) A) 2).

⁷⁶⁴ Sénat, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, séance du 11 fév. 2015, « Article 1^{er} (suite) », Jean-Pierre BOSINO [http://www.senat.fr/seances/s201502/s20150211/s20150211_mono.html] : « *il est nécessaire de réduire la part du nucléaire dans la production d'électricité. Ce qui nous gêne, c'est l'échéance de 2025, qui nous semble quelque peu irréaliste* ».

⁷⁶⁵ Claudie BOITEAU, Gilles LE CHATELIER, « Transition énergétique : qu'en est-il pour les collectivités ? », *AJCT*, 2015, p. 328.

⁷⁶⁶ Craig MORRIS, Arne JUNGJOHANN, « France's new energy transition law », *Renewablesinternational.net*, 23 juil. 2015, consulté le 3 mars 2016 [<http://www.renewablesinternational.net/frances-new-energy-transition-law/150/537/89022/>].

⁷⁶⁷ Craig MORRIS est l'auteur de l'ouvrage « *Energy Switch* » (2006) et de nombreux articles sur les technologies et politiques de l'énergie [<http://energytransition.de/author/craig/>]. Arne JUNGJOHANN est conseiller en politiques environnementales, climatiques et énergétiques [<http://arnejungjohann.de/profile/>].

⁷⁶⁸ L'*Energiewende* qualifie la politique de sortie du nucléaire et des énergies fossiles remplacées par des sources d'énergie renouvelables. Elle est plus ancienne que son pendant français, objet de cette thèse. Pour plus d'informations, cf. « *Energy Transition : The German Energiewende* » [<http://energytransition.de/>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

dimensions socio-économiques »⁷⁶⁹. Par la suite, dans les assemblées parlementaires, l'objectif ayant trait au nucléaire est fustigé sur ce même fondement. Et dès lors, les élus d'opposition ont beau jeu de s'en prendre à « *un texte qui se fixe des objectifs de gosplan soviétique sans réfléchir aux modalités financières* »⁷⁷⁰. Le rapport d'information de la délégation aux collectivités territoriales du Sénat, rendu le 28 janvier 2015, ne dit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'il juge le projet de loi « *indifférent à l'analyse coûts-avantages des normes qu'il crée* »⁷⁷¹. Et effectivement, à la lecture de l'étude d'impact, force est de constater que l'évaluation économique des conséquences que devrait emporter la réalisation des objectifs de l'article 1^{er} de la loi de transition énergétique est tout bonnement inexistante. Les éléments de l'étude d'impact sur l'article 1^{er} ne disent rien des éventuels coûts liés à la diminution de la part du nucléaire et son remplacement par des sources d'énergies renouvelables⁷⁷². La partie modifiant le régime financier de ces dernières énergies se contente d'évoquer à demi-mot des réductions de coût pour les consommateurs d'énergie via la contribution au service public de l'électricité (CSPE) sans plus être précis⁷⁷³. Et enfin, l'analyse du plafonnement de la capacité nucléaire installée renvoie le chiffrage du coût d'une fermeture prématurée de centrale nucléaire au cas par cas à la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE)⁷⁷⁴, élément central de la planification du mix énergétique mais ayant fortement tardé à être fixée.

« *La nature ayant horreur du vide* »⁷⁷⁵, il est aisé aux contempteurs desdits objectifs d'évoquer un rapport parlementaire du 30 septembre 2014 « *sur le coût de la fermeture anticipée de réacteurs nucléaires* », se basant sur l'exemple tout trouvé de Fessenheim⁷⁷⁶. Si ce dernier retient toute une échelle de coûts possibles de la fermeture d'une centrale nucléaire de ce type, c'est l'hypothèse à 5 milliards d'euros qui est évoquée le plus souvent, face à laquelle les élus de la majorité se retrouvent à contester l'interprétation faite du rapport⁷⁷⁷.

Ces échanges auraient pu se concrétiser « *lorsque le Sénat impos[a] au Gouvernement la remise au Parlement, avant le 31 décembre 2015, d'un rapport "détaillant les conséquences,*

⁷⁶⁹ CNTE, « Délibération n°2014-04 : avis sur le projet de loi de programmation pour un nouveau modèle énergétique français », adopté le 3 juillet 2014 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/avis_2014-04_CNTE_projet_de_loi_energie.pdf].

⁷⁷⁰ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 3^e séance du 1^{er} oct. 2014, « Discussion générale », Julien AUBERT [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150002.asp#P310451>].

⁷⁷¹ Sénat, Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation, Rapport n° 265 sur les dispositions applicables aux collectivités territoriales du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Rémy POINTEREAU, Philippe MOUILLER, 28 jan. 2015, « Synthèse ».

⁷⁷² Etude d'impact du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 29 juil. 2014, pp. 6 – 9. Cet aspect sera traité plus avant, cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, II) A) 2).

⁷⁷³ *Id.*, pp. 120 – 126. Cet aspect sera traité plus avant, cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, I).

⁷⁷⁴ *Id.*, pp. 249 – 251. Cet aspect sera traité plus avant, cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II) B).

⁷⁷⁵ Selon une maxime attribuée à Aristote.

⁷⁷⁶ Assemblée nationale, Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Rapport n° 2233 sur le coût de la fermeture anticipée de réacteurs nucléaires : l'exemple de Fessenheim, Marc GOUA, Hervé MARITON, 30 sept. 2014.

⁷⁷⁷ La ministre Ségolène Royal considérera d'ailleurs ces chiffrages « *farfelus* ». Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 2^e séance du 1^{er} oct. 2014, « Motion de rejet préalable », Ségolène ROYAL, [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150002.asp#P310451>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

en termes de charges publiques, d'un objectif de réduction de la part du nucléaire dans la production d'électricité à 50 % à l'horizon 2025" »⁷⁷⁸. Malheureusement, cette disposition ne sera pas conservée dans le texte final. C'est réellement regrettable, étant donné qu'il est primordial de disposer d'une information complète sur un sujet aussi complexe et générateur de positions divergentes.

En définitive, nous rejoindrons ici la critique portée par Fabien Tesson concernant le droit de la transition énergétique et en l'occurrence à propos de la loi de transition, qui « *pèche par son caractère parfois irréaliste parce que peu chiffrée et fréquemment non contraignante* »⁷⁷⁹. Ce constat paraît particulièrement paradoxal pour le droit de la transition énergétique, issu du droit de l'énergie, un droit technique et chiffré s'il en est, mais aussi un droit de la contrainte.

Face à ce triste constat et afin de nous aventurer plus profondément dans les défauts de construction dudit texte, voyons en quoi ces objectifs peuvent finalement apparaître moins ambitieux qu'ils ne le semblent à première vue.

B) Des objectifs finalement pas si ambitieux

L'usage du qualificatif « *ambitieux* » pour les objectifs de la loi de transition énergétique pose une question : ambitieux, mais par rapport à quel référentiel ? Par rapport à quels exemples ou possibilités ?

Deux types de référentiel vont alors nous intéresser. Premièrement, dans quelle mesure les objectifs français de la transition énergétique sont-ils ambitieux en comparaison de ceux de certains de nos voisins ?

Deuxièmement, ces objectifs sont-ils ambitieux en comparaison d'autres scénarios français ?

1) Des objectifs réellement ambitieux ? Comparaison avec quelques voisins

« Dans [différents] pays, des études ont déjà été réalisées pour envisager la faisabilité d'un objectif de (presque) 100 % d'électricité renouvelable, et même 100% d'énergies renouvelables (toutes énergies confondues). Au Japon (Energy Rich Japan), en Allemagne (Kombikraftwerk, Geschäftsmodell Energiewende, et SRU), Au Royaume-Uni (Zero-carbon Britain), en Australie, aux USA (Renewable Electricity Futures), en Californie (PDF⁷⁸⁰), et même dans l'ensemble de l'Union Européenne (RE-thinking 2050) »⁷⁸¹.

On pourra également citer une étude de 2013 compilant des scénarios publiés dans divers Etats. Les prévisions dites « *modérées* » établissent un part d'énergie renouvelable dans

⁷⁷⁸ Philippe BILLET, « Transition énergétique et croissance verte : points d'étape », *cit.*, avr. 2015.

⁷⁷⁹ Fabien TESSON, « La réalité juridique de l'action publique ... », *cit.*, 2015, p. 1960.

⁷⁸⁰ Mark Z. JACOBSON *et al.*, « A roadmap for repowering California for all purposes with wind, water, and sunlight », *Energy*, 2014, pp. 875 – 889.

⁷⁸¹ Yves HEUILLARD, « 100% d'électricité renouvelable en France, le rapport de l'Ademe fait le tour du monde », *transition-energetique.org*, 30 avr. 2015, consulté le 29 août 2015 [<http://www.transition-energetique.org/2015/04/100-d-electricite-renouvelable-en-france-le-rapport-de-l-ademe-fait-le-tour-du-monde.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

l'énergie consommée de 30 à 45% en 2050, incluant électricité, transport, chaleur et froid. Dans ce genre de scénarios, la part des renouvelables grimpe à 50 voire 80% de la seule consommation d'électricité. D'autre part, des projections hautes prévoient entre 50 et 95% de l'énergie fournie à base de renouvelables⁷⁸². En résumé, les possibilités sont hautes.

Afin de pouvoir en tirer une comparaison plus aisée, nous avons choisi de nous pencher sur les mouvements de transition énergétique ayant lieu en Allemagne et au Danemark.

a) L'Energiewende, une transition hors-normes

Le terme « *Energiewende* », qui peut se traduire par « *transition énergétique* » en Français, vient des années 1970, lorsque les opposants au développement du nucléaire outre-Rhin ont tenté de prouver qu'un autre système énergétique était possible⁷⁸³. Ce mouvement réalisera son décollage après la loi EEG (*Erneuerbare-Energien-Gesetz*) de 2000, et surtout du fait de son dispositif de tarif d'achat garanti pour 20 ans⁷⁸⁴. Cette disposition, quasi à elle seule, a permis un développement fulgurant des énergies renouvelables, en priorité l'éolien, le solaire et la biomasse comme le montre la figure 7 ci-dessous.

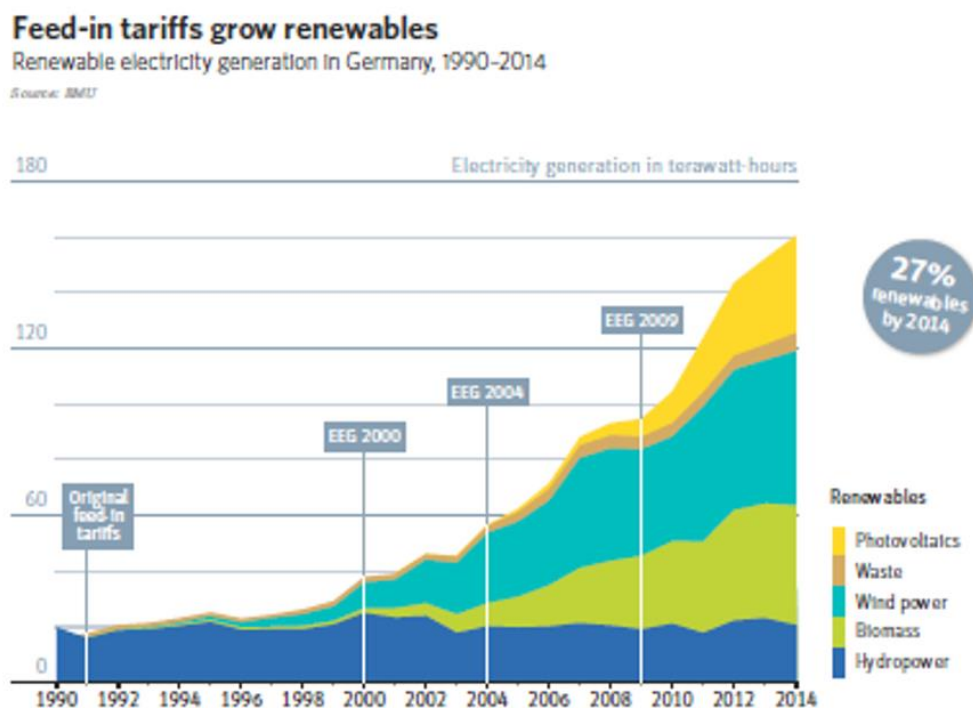


Figure 7 : Production d'électricité d'origine renouvelable, 1990-2014.

Craig MORRIS et Martin PEHNT, « *Energy Transition, The German Energiewende* », 2015, p. 36.

⁷⁸² Renewable Energy Policy Network for the 21st Century (REN21), Institute for Sustainable Energy Policies (ISEP), « Renewables Global Futures Report », 2013, p. 8, « Executive Summary » [<http://www.ren21.net/future-of-renewables/global-futures-report/>].

⁷⁸³ Craig MORRIS, Martin PEHNT, *Energy Transition, The German Energiewende*, Heinrich Böll Foundation, 28 nov. 2012, révisée en juil. 2016, p. 58 [https://book.energytransition.org/sites/default/files/downloads-2016/book/German-Energy-Transition_en.pdf].

⁷⁸⁴ *Id.*, p. 62.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Ce dispositif a fait de l'Allemagne le moteur mondial du développement éolien et surtout photovoltaïque, permettant ainsi la chute considérable du prix des panneaux photovoltaïques⁷⁸⁵. En effet, en 2012, l'Allemagne comptait à elle seule pour 32% des capacités photovoltaïques (PV) installées et pour 12% des capacités éoliennes mondiales. A la fin 2014, l'Allemagne cumulait une capacité installée totale de 40 GW d'éolien et de 38 GW de solaire PV⁷⁸⁶. En comparaison, la France ne pouvait compter que sur à peine plus de 9 GW d'éolien et 5,6 GW de solaire PV⁷⁸⁷.

Bien qu'actuellement le charbon constitue toujours 44% de la production d'électricité allemande⁷⁸⁸, les objectifs pour 2050, présentés dans la table 1 ci-dessous, font relativiser l'ambition des objectifs français sur la même période.

⁷⁸⁵ Sophie FABREGAT, « Le photovoltaïque en voie de gagner la bataille de la compétitivité, même en Europe », *Actu-environnement.com*, 15 oct. 2015, consulté le 8 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/photovoltaïque-compétitif-europe-parite-reseau-25472.php4>] : « Les prix de vente des modules atteindraient aujourd'hui 0,56€ le watt, contre 24€ en 1980 ». Cf. développements ultérieurs, Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, I) A) 1) b).

⁷⁸⁶ Observ'ER, « Le baromètre 2015 des énergies renouvelables électriques en France », 2015, pp. 16 et 30.

⁷⁸⁷ *Ibid.*

⁷⁸⁸ Craig MORRIS, Martin PEHNT, *Energy Transition, The German Energiewende*, cit., 28 nov. 2012, révisée en juil. 2016, p. 23.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

CATEGORY	2013	2014*	2020	2030	2040	2050
Greenhouse gas emissions						
Greenhouse gas emissions in comparison to 1990	- 23.8 %	- 27 %	min. - 40 %	min. - 55 %	min. - 70 %	min. - 80 to -95 %
Growth of proportion of renewable energies within energy consumption						
Proportion within gross final energy consumption	12.4 % ^a	-	18 %	30 %	45 %	60 %
Proportion within gross electricity consumption	25.4 %	27.8 %	min. 35 %	min. 50 % (2025: 40 to 45 %)	min. 65 % (2035: 55 to 60 %)	min. 80 %
Proportion within heat consumption	9.9 %	9.9 %	14 %			
Proportion within transport sector	5.5 %	5.4 %				
Reductions in energy consumption and increases in energy efficiency						
Primary energy consumption in comparison to 2008	- 3.8 %		- 20 %	▶		- 50 %
Final energy productivity		0.2 % annually (2008-2013)	2.1 % annually (2008-2050)			
Gross energy consumption in comparison to 2008	- 3.2 %		- 10 %	▶		- 25 %
Primary energy demand in comparison to 2008	- 5.5 %					around - 80 %
Heating demand in comparison to 2008	+ 0.8 %		- 20 %			
Final energy needs in transport sector in comparison to 2005	+ 1 %		- 10 %			- 40 %
* Estimate						

*Table 1 : Objectifs climatiques et énergétiques pour 2050 de l'Allemagne.
Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, Die Energie der Zukunft – Erster
Fortschrittsbericht zur Energiewende, 2014-2015.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Le cas allemand est relativement proche de celui de la France en ce que les deux pays ont une population relativement comparable⁷⁸⁹ et qu'en réaction au choc pétrolier de 1973, les deux ont développé leur parc électronucléaire, bien que la France l'ait fait dans des mesures plus poussées. Cependant, l'Allemagne ayant fermement renouvelé sa décision de sortir de l'atome après l'accident de Fukushima en 2011, celle-ci, comme nous l'avons vu, s'est résolument engagée dans les énergies renouvelables.

Un autre exemple qui peut se révéler intéressant est celui du Danemark, avec des objectifs plus poussés encore et une démarche entamée dès les années 1970.

b) La transition du Danemark, un processus de longue haleine portant ses fruits

Le cas du Danemark est différent. C'est un pays non seulement plus petit en superficie et en population⁷⁹⁰ que la France mais qui en sus, sur le plan énergétique, détient des ressources pétrolières en mer du Nord⁷⁹¹. Cependant, l'intérêt principal de cette comparaison repose sur la voie empruntée par le pays scandinave après le choc pétrolier, diamétralement différente de celle prise en France et qui aujourd'hui lui permet d'avoir les moyens de ses (grandes) ambitions.

« Le cœur de l'approche réussie du Danemark est un engagement en faveur de l'efficacité énergétique, des taxes maintenues sur les carburants fossiles, l'électricité et le CO2, ainsi que des incitations et subventions pour la cogénération et l'éolien. Les investissements majeurs dans l'efficacité énergétique permettent au pays de consommer la même quantité d'énergie aujourd'hui qu'en 1970 bien que son économie et sa population aient crû »⁷⁹².

Et les chiffres sont impressionnants. Entre 1980 et 2010, l'intensité énergétique au Danemark a chuté de 28,8%, tandis que la consommation brute d'énergie *per capita* baissait de 7,7%. Hantise des Danois au lendemain du choc pétrolier, le taux d'indépendance énergétique est passé de 5 à 121% dans le même temps. En seulement 5 ans, de 1976 à 1981, la production d'électricité danoise est passée de 90% d'origine pétrole à 95% d'origine charbon, afin, à ce moment de se libérer de l'emprise du premier. Mais très vite, le Gouvernement danois décida de déléguer son autorité en matière de production d'énergie aux collectivités locales en les poussant à s'équiper de cogénérations à la biomasse ou au gaz naturel. Cette décision a permis de créer un réseau de production électrique et de chaleur décentralisé à travers l'ensemble du territoire. Bien que sa gestion soit complexe du fait de son caractère éclaté et de sa multiplicité d'acteurs, il permet au Danemark d'envisager avec expérience la suite de sa transition énergétique. Quant aux renouvelables, l'éolien a progressé jusqu'à représenter en 2014 4,8 GW de capacité installée⁷⁹³, qui ont fourni en 2015 pas moins de 42% du total de

⁷⁸⁹ Au sens où l'Allemagne compte la plus importante population d'Europe avec 80 millions d'habitants et la France la deuxième plus importante avec 66 millions d'habitants (chiffres de 2013).

⁷⁹⁰ Population en 2013 de l'ordre de 5,6 millions d'habitants.

⁷⁹¹ Cf. par exemple: *The Local*, « Denmark to suck all oil out of the North Sea », 13 fév. 2015, consulté le 8 mars 2016 [<http://www.thelocal.dk/20150213/denmark-suck-oil-out-of-the-north-sea>].

⁷⁹² Benjamin K. SOVACOO, *Energy & Ethics – Justice and the Global Energy Challenge*, Palgrave Macmillan, 2013, p. 25. (Nous traduisons)

⁷⁹³ Observ'ER, « Le baromètre 2015 des énergies renouvelables électriques en France », 2015, p. 16.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

l'électricité produite⁷⁹⁴. Ce succès est dû à une relative stabilité des règles encadrant le développement de cette énergie (dès qu'une modification a eu lieu, souvent négative, la puissance installée a chuté) et à un modèle de développement fortement appuyé sur des coopératives locales et l'investissement participatif des riverains⁷⁹⁵. Cette politique de développement de longue haleine a d'ailleurs permis au Royaume de donner naissance à deux géants exportateurs de l'énergie éolienne, Vestas et Dong Energy.

Fort de cette situation, le Danemark, dans son plan « *Our Future Energy* »⁷⁹⁶ (Notre Future Energie) de novembre 2011, prévoit de se passer du charbon et du pétrole dans la production d'électricité d'ici 2030 et d'être 100% renouvelable dans les secteurs de l'électricité et de la chaleur d'ici 2035⁷⁹⁷. Pour 2050, le Royaume prévoit de couvrir l'intégralité de ses besoins énergétiques par les renouvelables.

Afin de mieux visualiser l'ampleur de la tâche, voici ci-après l'évolution prévue pour le seul secteur de la production d'électricité.

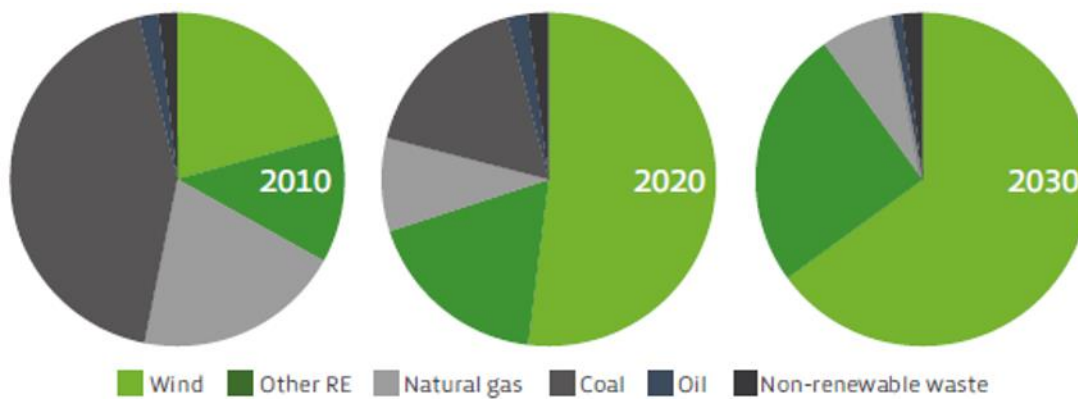


Figure 8 : Production électrique Danoise en 2010 et objectifs pour 2030.

The Danish Government, « *Our Future Energy* », nov. 2011

[<http://www.ens.dk/en/policy/danish-climate-energy-policy>].

De nouveau, l'exemple danois permet de relativiser l'ambition prêtée aux objectifs français fixés par le droit de la transition énergétique. Des acteurs nationaux se montrent d'ailleurs critiques à leur égard, non pour irréalisme, mais au contraire pour manque d'ambition.

2) Les critiques véhémentes des associations sur le manque d'ambition du texte de loi

A rebours de l'apparente euphorie collective avec laquelle les objectifs de la politique énergétique française fixés à l'article 1^{er} de la loi du 17 août 2015 ont été réceptionnés,

⁷⁹⁴ Arthur NELSEN, « Denmark broke world record for wind power in 2015 », *The Guardian*, 18 jan. 2016, consulté le 8 mars 2016 [<http://www.theguardian.com/environment/2016/jan/18/denmark-broke-world-record-for-wind-power-in-2015>].

⁷⁹⁵ L'ensemble des données de ce b), exception faite de celles déjà annotées, provient de l'ouvrage de Benjamin K. SOVACOL, *Energy & Ethics – Justice and the Global Energy Challenge*, cit., 2013, pp. 16 – 42.

⁷⁹⁶ The Danish Government, « *Our Future Energy* », nov. 2011 [<http://www.ens.dk/en/policy/danish-climate-energy-policy>].

⁷⁹⁷ *Id.*, p. 5.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

certaines associations engagées sur les thématiques environnementales et énergétiques ne mâchent pas leurs mots. A titre d'exemple, le CLER, Réseau pour la transition énergétique et le Réseau Action Climat (RAC) estiment que la loi « *fixe des objectifs insuffisants, mais allant dans la bonne direction en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre, de développement des énergies renouvelables, de baisse de la part du nucléaire, de réduction de la consommation d'énergie ou encore de rénovation des logements* »⁷⁹⁸. Un positionnement qui mérite plus de détails, donc, concernant les objectifs eux-mêmes mais également les outils prévus pour remplir ces derniers.

a) Le manque d'ambition des objectifs en comparaison de plusieurs scénarios français

« *Face aux attermolements du gouvernement, neuf ONG, ont présenté "le vrai projet de loi de programmation pour la transition énergétique". Ce texte, construit autour de mesures consensuelles, servira à évaluer l'ambition du futur projet gouvernemental* »⁷⁹⁹.

Le 26 février 2014, échaudées par la tournure que prend la discussion parlementaire sur le projet de loi de transition énergétique au Sénat et sur le retard déjà pris par ce projet de texte, des associations⁸⁰⁰ publiaient donc le « *vrai projet de loi de programmation pour la transition énergétique* ». Construit sur les conclusions dites « *consensuelles* » du DNTE, ce travail se révèle fort intéressant en ce qu'il permet de mesurer la portée finale de l'engagement de la loi concernée en rapport avec ce qui aurait pu être décidé. Il constitue un miroir tendu au droit de la transition énergétique, présentant ses propres reniements.

Le titre 1^{er} du cousin officieux du projet de loi de transition énergétique contient quelques variations par rapport à l'original, mais finalement d'une ampleur assez restreinte. Ainsi, si le projet « *associatif* » demande au moins 45% de réduction des gaz à effet de serre d'ici 2030 avec pour base 1990, la loi votée situe ce cap à 40%. Pour sa part, si la consommation énergétique finale doit réduire de 50% d'ici à 2050 dans les deux cas, l'étape intermédiaire est fixée à 35% en 2030 contre 20% la même année par le Gouvernement. L'objectif d'énergies renouvelables dans la consommation d'énergie, quant à lui, est nettement plus ambitieux du côté des associations que du côté du texte du 17 août, projetant 45% en 2030 contre seulement 32% pour ce dernier. Enfin, s'agissant de l'objectif de réduction du nucléaire, si les deux textes tombent sur la réduction à 50% de la part de cette énergie dans la production électrique, la version associative appuie sur la « *perspective de sortie du nucléaire* » complètement absente du texte officiel. Une comparaison donc plutôt rassurante sur la bonne volonté des pouvoirs publics, néanmoins battue en brèche par l'évocation en tout

⁷⁹⁸ Anne BRINGAULT, « Transition énergétique : les bonnes intentions iront-elles jusqu'à la concrétisation ? », 23 juil. 2015, consulté le 29 juil. 2015 [<http://www.transition-energetique.org/2015/07/transition-energetique-les-bonnes-intentions-iront-elles-jusqu-a-la-concretisation.html>].

⁷⁹⁹ Philippe COLLET, « Transition énergétique : les ONG présentent leur "vrai projet de loi" », *Actu-environnement.com*, 26 fév. 2014, consulté le 8 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/projet-loi-transition-energetique-associations-20897.php4>].

⁸⁰⁰ Agir pour l'Environnement, le CLER, le CNIID (Centre National d'Information Indépendante sur les Déchets), Ecologie sans frontières, Energie partagée, FNE, la LPO (Ligue pour la protection des oiseaux), RFFFNN et le RAC France.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

début de texte d'une « *trajectoire tendant vers le 100% énergies renouvelables en 2050* », objectif également absent de la loi de transition énergétique.

Et pourtant, ces demandes qui pourraient sembler farfelues venant d'associations écologistes se retrouvent étayées par deux études sérieuses, dont la plus récente par l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) elle-même⁸⁰¹. La première est le scénario 2011-2050 de l'association négaWatt⁸⁰². Fondée sur la sobriété énergétique, l'efficacité énergétique et enfin le « *recours prioritaire aux énergies renouvelables* », ces dernières sont censées pouvoir couvrir « *près de 90% de nos besoins énergétiques en 2050* »⁸⁰³. La seconde étude, diffusée après quelques rebondissements⁸⁰⁴ en octobre 2015, et rédigée par l'ADEME, vise à estimer quel pourrait être le coût d'un système de production d'électricité à 100% alimenté par des énergies renouvelables. Le résultat est très encourageant et permet d'étayer un discours plus ambitieux que celui de la loi de transition énergétique. En effet, selon cette étude, en 2050, un réseau électrique 100% renouvelable coûterait 50,4 milliards d'euros par an et entraînerait un coût de l'électricité de 119 €/MWh. En comparaison, une hypothèse basse de 40% d'énergie renouvelable dans le réseau supposerait un coût total annuel de 49,5 milliards d'euros et un coût de l'électricité de l'ordre de 117 €/MWh⁸⁰⁵. Soit des hypothèses financières très proches avec des bénéfices environnementaux (et en termes d'emplois) très différents.

Il apparaît donc que les pouvoirs exécutif et législatif auraient pu s'avancer plus loin lors de la définition des objectifs de la transition énergétique. Celle-ci, en l'occurrence, reste un essai à transformer. De manière plus pressante, ce sont les moyens fournis par le droit de la transition énergétique afin d'atteindre les objectifs concernés qui inquiètent finalement le plus, si nous souhaitons sortir d'« *une volonté fréquemment d'affichage qui masque mal la pusillanimité des autorités publiques à mettre en œuvre la transition* »⁸⁰⁶.

⁸⁰¹ Pour rappel, l'ADEME « est l'opérateur de l'État pour accompagner la transition écologique et énergétique. C'est un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC) placé sous tutelle conjointe du ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie et du ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche » [http://www.ademe.fr/connaître].

⁸⁰² Une version actualisée a été publiée début 2017 mais qui ne remet pas en question les grands équilibres et les piliers de ce scénario. [https://negawatt.org/Scenario-negaWatt-2017]

⁸⁰³ © Association négaWatt, « Présentation du scénario négaWatt 2011 », [http://www.negawatt.org/scenario-negawatt-2011-p46.html].

⁸⁰⁴ Yves HEUILLARD, « 100% d'électricité renouvelable en France, le rapport de l'ADEME fait le tour du monde », *transition-energetique.org*, 30 avr. 2015, consulté le 29 août 2015 [http://www.transition-energetique.org/2015/04/100-d-electricite-renouvelable-en-france-le-rapport-de-l-ademe-fait-le-tour-du-monde.html] : « La présentation d'un rapport de l'Ademe sur la faisabilité de 100% d'électricité renouvelable en France à l'horizon 2050 avait été déprogrammé in extremis d'un colloque organisé les 14 et 15 avril derniers à Paris. Le rapport, un brûlot au pays de l'atome, avait finalement été publié par Mediapart, mais sa publication officielle est reportée sine die ».

⁸⁰⁵ ADEME, « Un mix électrique 100% renouvelable ? Analyses et optimisations - Un travail d'exploration des limites du développement des énergies renouvelables dans le mix électrique métropolitain à un horizon 2050 », oct. 2015, pp. 90 – 91.

⁸⁰⁶ Fabien TESSON, « La réalité juridique de l'action publique... », *cit.*, 2015, p. 1960.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

b) Le manque d'ambition des outils à même de remplir les objectifs fixés

Que les objectifs de la loi de transition énergétique soient jugés ambitieux ou non, c'est finalement l'étude des outils devant permettre de les atteindre qui importe le plus. Ce sont eux qui doivent transformer les espoirs en réalité. Or, sur ce sujet, *« les ONG constatent un décalage complet entre l'ambition de la loi et les moyens d'y parvenir. [...] Aucun des objectifs du titre 1 ne sera atteint en l'état actuel »*⁸⁰⁷.

Afin de donner une mesure à cette critique, deux associations⁸⁰⁸ ont créé un outil *« permettant d'évaluer la capacité du projet de loi à atteindre neuf engagements de la France ou du président de la République en matière de lutte contre le changement climatique et de transition énergétique »*⁸⁰⁹. Le « transitiomètre »⁸¹⁰, c'est son nom, se penche ainsi sur les questions du cap, de la consommation et de la production d'énergie au travers du prisme des mesures adoptées dans la loi et repose sur une évaluation visant l'inscription de la France dans une dynamique devant lui permettre de réussir sa transition énergétique⁸¹¹. Mais, encore faut-il être d'accord sur ce que l'on entend et attend d'une transition énergétique⁸¹².

Or, une fois la loi votée, le score le plus élevé des neuf mesures ne dépasse pas 50%. A l'appui de cette critique, concernant le sujet des énergies renouvelables en particulier, nous trouvons cependant d'autres acteurs que les associations. Selon Alice Darson, à l'issue de la première lecture, outre *« le choix de la voie de l'ordonnance [qui] paraît critiquable »*, *« [c]e projet de loi ne constitue [...] pas, après analyse de certaines de ses dispositions relatives aux énergies renouvelables, un texte qui permettra leur développement »*⁸¹³. L'avocat Arnaud Gossement ne dit pas mieux lorsqu'il évoque les mesures de simplification administrative des projets d'énergie renouvelable :

*« Une très timide et très limitée évolution de la loi littorale est effectivement prévue. Mais on aurait pu introduire beaucoup d'autres mesures de simplifications. De nombreux amendements avaient d'ailleurs été déposés en ce sens. Ils n'ont même pas été discuté ; on pouvait attendre beaucoup plus de cette loi sur cet aspect-là »*⁸¹⁴.

Un bilan qui paraît donc bien maigre et porteur d'incertitudes quant aux moyens d'atteindre les objectifs plus encore que sur les objectifs eux-mêmes. Partant, le droit de la transition énergétique ne serait-il qu'un droit proclamatoire ? Sans pouvoirs, sans les moyens de ses

⁸⁰⁷ Marie ASTIER, Barnabé BINCTIN, « La loi de transition énergétique consacre la souveraineté du nucléaire en France », *Reporterre*, 1^{er} oct. 2014, consulté le 10 nov. 2015 [<http://www.reporterre.net/La-loi-de-transition-energetique>].

⁸⁰⁸ Le CLER et RAC France, accompagnant le bureau d'étude Ecofys, cf. « Transitiomètre », « Qui sommes-nous », consulté le 9 mars 2016 [<http://www.transitionenergetique.org/transitiometre/qui-sommes-nous.html>].

⁸⁰⁹ *Droit de l'environnement*, « Examen du projet de loi pour la transition énergétique », 2014, p. 298.

⁸¹⁰ « Transitiomètre », consulté le 9 mars 2016 [<http://www.transitionenergetique.org/transitiometre/index.html>].

⁸¹¹ « Transitiomètre », « Méthodologie », consulté le 9 mars 2016

[<http://www.transitionenergetique.org/transitiometre/methodologie.html>].

⁸¹² Cf. Introduction, I) A) 2) et B) 1).

⁸¹³ Alice DARSON, « Projet de loi sur la transition énergétique ... », *cit.*, 2015, p. 162.

⁸¹⁴ Béatrice HERAUD, Antonin AMADO, « Arnaud Gossement : "La loi sur la transition énergétique va permettre un basculement culturel." », *Novethic*, 17 oct. 2014, consulté le 7 déc. 2015 [<http://www.novethic.fr/lapres-petrole/transition-energetique/isr-rse/arnaud-gossement-la-loi-sur-la-transition-energetique-va-permettre-un-basculement-culturel-142839.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

ambitions ? Pour y voir plus clair, cette thèse entrera progressivement tout au long des chapitres suivants dans le détail de mesures qui doivent permettre de réaliser la transition énergétique au regard de la loi éponyme, mais aussi des barrières qui se dressent encore sur son chemin.

En conclusion, afin de garder une note positive, il semblerait que « *cette loi relève de la politique des petits pas, mais les petits pas sont aussi les plus sûrs* »⁸¹⁵.

II. L'espoir déçu de renouer l'union de la loi Grenelle I

La loi dite Grenelle I du 3 août 2009⁸¹⁶ a été un marqueur de l'émergence d'une préoccupation générale pour la cause environnementale en France et surtout pour ce que l'environnement peut apporter à l'économie en période de crise. Elle reste un graal pour les gouvernants en ce qu'elle a été adoptée à la quasi-unanimité dans les deux chambres parlementaires⁸¹⁷, fait assez rare pour être souligné. Plus précisément, le texte n'a essuyé que quatre votes négatifs en première lecture à l'Assemblée nationale et l'abstention du groupe communiste au Sénat, avant de faire l'objet de cinq votes contre et d'abstentions en deuxième lecture au Palais Bourbon⁸¹⁸ et du même schéma qu'en première lecture au Palais du Luxembourg. Quelques années plus tard, lors des débats sur le projet de loi de transition énergétique, les appels du pied aux élus de l'opposition afin de rejouer cette union sacrée se font jour. Ainsi, Ségolène Royal, lors de ses échanges en première lecture au Sénat du projet de loi, rappellera que « *la gauche a voté le Grenelle de l'environnement* »⁸¹⁹. Pour sa part, la députée Sabine Buis, rapporteure de la commission spéciale d'examen du projet de loi sera encore plus explicite :

*« Eu égard à cet enjeu, je souhaite donc de toutes mes forces, chers collègues, que nous dépassions nos clivages et les intérêts partisans pour ne songer qu'à l'intérêt général, pour construire cette loi ensemble. Nous l'avons fait hier, au lendemain du Grenelle de l'environnement, lors du vote de la loi du 3 août 2009 ; nous pouvons le refaire aujourd'hui »*⁸²⁰.

⁸¹⁵ Arnaud GOSSEMENT, « La transition énergétique entre révolution ... », *cit.*, 14 oct. 2014.

⁸¹⁶ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

⁸¹⁷ *La Dépêche*, « Carton quasi plein pour le Grenelle 1 adopté définitivement au Parlement », 23 juil. 2009, consulté le 9 mars 2016 [<http://www.ladepeche.fr/article/2009/07/23/643681-carton-quasi-plein-grenelle-1-adopte-definitivement-parlement.html>].

⁸¹⁸ Florence ROUSSEL, « Grenelle 1 : le texte est adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale », *Actu-environnement.com*, 19 juin 2009, consulté le 9 mars 2016 [http://www.actu-environnement.com/ae/news/adoption_grenelle1_assemblee_nationale_7647.php4].

⁸¹⁹ Sénat, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, séance du 10 février 2015, « Discussion générale (suite) », Ségolène ROYAL [http://www.senat.fr/seances/s201502/s20150210/s20150210_mono.html#Niv1_SOM12].

⁸²⁰ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 2^e séance du 1^{er} oct. 2014, « Présentation », Sabine BUIS [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150002.asp#P310181>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Espoir illusoire. En effet, si la loi dite Grenelle I a pu être votée par la quasi-unanimité des parlementaires, c'est bien parce qu'elle laissait les sujets clivants à sa porte. Ainsi du nucléaire et des OGM. De plus, elle n'était qu'une loi d'orientation. Dès qu'il s'est agi de rentrer dans les mesures concrètes de mise en place des objectifs, le consensus a volé en éclats et conduit à une adoption disputée de la loi dite Grenelle II⁸²¹. Par ailleurs, les députés socialistes de l'époque fustigeaient le gouvernement pour avoir eu recours à la procédure accélérée et au temps législatif programmé qui, avec seulement 30 heures de débat à l'Assemblée et une seule lecture par chambre ont « *permis à la majorité de museler les discussions* »⁸²². Il est dès lors particulièrement ironique de constater que le projet de loi de transition énergétique a été examiné dans les mêmes conditions⁸²³.

Si le projet de loi de transition énergétique a vu de bonnes initiatives apparaître sur la forme, il a péché et empêché toute union sacrée par de mauvaises décisions mais aussi, intrinsèquement, par la présence d'un sujet trop conflictuel, le nucléaire.

A) De bonnes initiatives mais de mauvaises décisions

Pour faire suite à la mise en place du débat national sur la transition énergétique, lui-même issu de la dynamique du Grenelle de l'environnement⁸²⁴, la ministre de l'Ecologie a souhaité que l'élaboration de la loi de transition énergétique se fasse sous le signe de la « *co-construction* », renforçant ainsi la potentielle transition de la méthode législative emportée par le droit de la transition énergétique. C'est d'ailleurs tant évoqué dans l'exposé des motifs⁸²⁵ du projet de loi que discuté par la commission chargée de l'examen du texte à l'Assemblée nationale et ensuite au sein de l'hémicycle. L'expression est donc entrée dans les mœurs des parlementaires, tant pour s'en féliciter que pour ironiser sur la réalité du travail du législateur sur la loi concernée. Si cette volonté s'est concrétisée dès 2014 par la création d'une commission spéciale d'examen du projet de loi de transition énergétique, ces efforts ont été ruinés par une somme d'impairs dans la pratique faite par la majorité des outils du parlementarisme rationalisé.

⁸²¹ Cf. par exemple: Audrey GARRIC, « Revue de presse : Grenelle 2 voté, adieu unanimité », *Le Monde*, 12 mai 2010, consulté le 9 mars 2016 [<http://ecologie.blog.lemonde.fr/2010/05/12/revue-de-presse-grenelle-2-vote-adieu-unanimite/>].

⁸²² Citation de Jean-Paul CHANTEGUET, par ailleurs président de la Commission permanente législative du développement durable et de l'aménagement du territoire durant la XIV^e législature. Audrey GARRIC, « Revue de presse : Grenelle 2 voté, adieu unanimité », *cit.*, 12 mai 2010.

⁸²³ Bien que dans ce cas, le texte ait bénéficié de deux lectures par chambre, malgré la procédure accélérée de l'art. 45 al. 2 de la Constitution.

⁸²⁴ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, II).

⁸²⁵ « Projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte », « Exposé des motifs », « VI. - Une loi fruit d'un dialogue au long cours », *Légifrance*, consulté le 9 mars 2016 [https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=8F76ED106C910633070F3519E951AC17.tpdil a15v_3?idDocument=JORFDOLE000029310724&type=expose&typeLoi=&legislature=14].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- 1) La mise en place d'une commission spéciale d'examen du projet de loi : symbole d'une transition au cœur de l'économie et de l'environnement

Le projet de loi relatif à la transition énergétique, par son champ large, entre directement dans les attributions d'au moins deux commissions législatives permanentes de l'Assemblée nationale. En effet, il entre dans les compétences de la commission des affaires économiques, au titre de l'attribution « *énergie et industries* » mais également dans celles de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire au titre des transports ou encore de l'environnement. Ce projet de loi étant estampillé comme « *l'un des textes les plus importants du quinquennat* » et promettant une forte diffusion médiatique, il avait de quoi attiser les convoitises. Il a alors conduit à ce qui a été qualifié de « *guerre Brottes-Chanteguet* »⁸²⁶, du nom des présidents respectifs des commissions permanentes des affaires économiques et du développement durable. Ce duel comprend des intérêts politiques importants. Alors que le président Brottes « *avec l'appui du Premier ministre, entend[ait] que sa Commission examine seule le projet de loi sur la transition énergétique* »⁸²⁷, le président Chanteguet ne l'a pas entendu de cette oreille afin d'éviter que sa commission ne soit saisie que pour avis et donc au second rang. Qui plus est, c'est au sein de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire qu'on trouve, assez logiquement, les élus les plus susceptibles d'orienter le texte vers une rédaction plus ambitieuse, y compris sur le thème du nucléaire, délicat pour le Gouvernement.

Finalement, afin d'éviter une bataille politique hypothéquant avant même les débats l'idée d'un consensus audacieux, il a été fait usage d'une possibilité consensuelle et la Commission spéciale⁸²⁸ pour l'examen du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte a été installée le 9 septembre 2014⁸²⁹ sous la présidence de François Brottes⁸³⁰. Cette démarche s'inscrit dès lors dans la continuation de celle utilisée au sein du CNTE, qui avait procédé à l'examen du projet de loi sous l'égide d'une commission spéciale également, et surtout est poursuivie par la création d'un comité de suivi de 24 membres basé sur le « *schéma de la commission spéciale mise en place lors de l'examen de la loi* »⁸³¹. Cette fois placée sous la présidence de Jean-Paul Chanteguet, la mission d'information sur l'application

⁸²⁶ *Actu-environnement.com*, « Transition énergétique : la guerre Brottes-Chanteguet continue », 12 fév. 2014, consulté le 9 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/transition-energetique-20746.php4>].

⁸²⁷ Arnaud GOSSEMENT, « Projet de loi de transition énergétique : les enjeux du débat sur ses conditions d'examen au Parlement », *Gossement Avocats*, 13 fév. 2014, consulté le 24 fév. 2016 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2014/02/12/projet-de-loi-de-transition-energetique-5297217.html#more>].

⁸²⁸ Cette possibilité est encadrée par les art. 30 à 35 du règlement de l'Assemblée nationale [<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/reglement.asp>].

⁸²⁹ Laurent RADISSON, « Loi de transition énergétique : la commission spéciale de l'Assemblée est constituée », *Actu-environnement.com*, 3 sept. 2014, consulté le 9 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/loi-transition-energetique-commission-speciale-assemblee-nationale-22577.php4>].

⁸³⁰ La composition de cette commission spéciale est disponible ici : [http://www2.assemblee-nationale.fr/instances/fiche/OMC_PO702808].

⁸³¹ Dorothée LAPERCHE, « Transition énergétique : la composition du comité de suivi de la loi validée », *Actu-environnement.com*, 14 jan. 2016, consulté le 18 jan. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/loi-transition-energetique-composition-comite-suivi-26041.php4>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte est constituée afin de suivre la mise en place effective des mesures la concernant.

Cette initiative a été accueillie positivement par les « *membres de l'opposition de la commission du développement durable [qui] ont longtemps plaidé pour une commission spéciale* » et affirment qu'ils sont « *favorables à la co-construction* »⁸³². Cependant, en vue de protester contre le temps limité laissé à la commission spéciale pour l'examen du texte de loi, les députés d'opposition quitteront la salle durant l'examen de l'article 24, laissant *de facto* la suite du texte à l'examen de la seule majorité. La « *co-construction* » prenait un premier coup.

Ainsi, cette initiative heureuse et reflétant la réelle transdisciplinarité de la transition énergétique s'est soldée par un examen solitaire de plus de la moitié du projet de loi par la majorité parlementaire, en réduisant ainsi d'autant la possibilité de relever d'éventuelles erreurs. L'examen le plus large possible est effectivement source de potentielle sécurité juridique améliorée pour un texte de loi, sachant qu'il est sujet à davantage de critiques lui permettant d'anticiper des inconstitutionnalités ou un fonctionnement défectueux. La suite de l'examen du projet de loi, par la limitation des pouvoirs du Parlement, a sévèrement battu en brèche le principe de la « *co-construction* » ainsi que l'idée d'une union sacrée renouvelée et par-dessus tout, les changements que nous aurions souhaité voir apportés au droit par sa branche concernant la transition énergétique.

2) La volonté de « *co-construction* » ruinée par la méthode d'élaboration de la loi de transition énergétique pour la croissance verte

Tout comme ce qui concerne le contenu de la loi de transition énergétique elle-même, l'élaboration parlementaire de celle-ci relève d'une profonde contradiction entre les buts affichés et la réalité de son déroulement. Depuis la première réunion en commission spéciale le 24 septembre 2014 jusqu'à la lecture définitive à l'Assemblée nationale le 22 juillet 2015, le projet a connu « *150 heures de débats parfois houleux, [...] ce qui n'empêche pas Mme Royal de saluer [...] une "coconstruction" par les deux assemblées* »⁸³³. Mais par quels outils et pour quel résultat ?

Il semble de plus en plus évident que sur des textes de l'ampleur de celui sur la transition énergétique, il est nécessaire de limiter considérablement l'usage et les pratiques de certains outils du parlementarisme rationalisé.

⁸³² Assemblée nationale, Commission spéciale pour l'examen du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Rapport n° 2230, tome I, Ericka BAREIGTS *et al.*, 27 sept. 2014, « discussion générale », Julien AUBERT.

⁸³³ Pierre LE HIR, « La loi sur la transition énergétique définitivement adoptée au Parlement », *cit.*, 22 juil. 2015.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

a) Procédure accélérée et temps législatif programmé, conditions d'une loi bâclée ?

Si nous avons déjà traité en partie de la problématique de la procédure accélérée dans la première section de ce chapitre⁸³⁴, il ressort que la critique de son application au projet de loi de transition énergétique pour la croissance verte doit se montrer plus aigüe encore. En effet, comment justifier, au sens de l'intention du législateur, l'utilisation de cette procédure par essence limitante sur « *l'un des grands chantiers du quinquennat* » ? Et à plus forte raison pour l'acte modèle du droit de la transition énergétique, devant l'identifier clairement comme un droit engageant la société sur le long terme après mûre réflexion.

Cette décision a attiré les critiques (justifiées) de l'opposition parlementaire⁸³⁵ et contribué à tendre les débats en hémicycles. Mais le pire dans le cas qui nous concerne, est qu'au final, les deux assemblées auront finalement procédé à deux lectures et non une seule comme prévu. La manœuvre aura donc été un échec en ce que le Gouvernement se serait bien privé des critiques sur la procédure accélérée, surtout pour finir par ne pas l'appliquer.

En revanche, l'autre disposition utilisée, le temps législatif programmé, a bien été mise en place, au grand dam de nombreux parlementaires de tous bords. Cette procédure soulève plusieurs problèmes concernant les différents groupes parlementaires, la population face aux lobbies et enfin sur la qualité de la loi elle-même, dans un contexte d'hyperinflation législative.

Concernant les parlementaires, à l'Assemblée nationale, ils ont disposé en première lecture de 30h et en seconde lecture de 15h. M. Julien Aubert dénoncera très justement ce quota trop limité en vue de l'ampleur du texte étudié. En effet :

*« 30 heures de débat pour 2 200 amendements, cela représente 0,8 minute par amendement. En fixant le temps programmé à 30 heures, vous saviez donc déjà, que, sauf à hacher le débat, nous ne pourrions pas examiner tous les amendements. Ce qui s'est produit en commission spéciale se reproduira donc dans l'hémicycle »*⁸³⁶.

Il ne sera pas le seul à déplorer le recours au temps législatif programmé, le député du groupe Ecologiste Noël Mamère, notamment, en fera de même⁸³⁷. D'ailleurs, la commission du

⁸³⁴ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, Section 1, II) B) 1) a).

⁸³⁵ Philippe COLLET, « Transition énergétique : l'opposition attaque le fond du projet de loi et la forme du débat », *Actu-environnement.com*, 2 oct. 2014, consulté le 10 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/transition-energetique-opposition-projet-loi-fond-forme-debat-22845.php4>] : « *Déjà, à l'occasion des questions au gouvernement qui ont précédé le début de l'examen du texte, Julien Aubert, député UMP du Vaucluse, avait déploré les conditions de travail des parlementaires, compte tenu notamment de la procédure accélérée qui restreint les débats parlementaires à une lecture par chambre. "Le Gouvernement a pris deux années pour se concerter avec la société civile, mais il a laissé deux semaines au Parlement pour en débattre", a-t-il résumé* ».

⁸³⁶ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 1^{ère} séance du 6 oct. 2014, « Article 1^{er} », Julien AUBERT [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150004.asp#P311986>].

⁸³⁷ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 1^{ère} séance du 7 oct. 2014, « Article 1^{er} (suite) », Noël MAMERE [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150006.asp#P314286>] : « *Nous ne pouvons que nous plaindre de l'application de cette procédure du temps législatif programmé* ».

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Sénat chargée de l'examen du texte *« a regretté l'absence de débat qui a prévalu sur la quasi-totalité des dispositions du texte. Elle considère que la mise en œuvre de la procédure dite du "temps législatif programmé" a abouti à un examen accéléré du texte, en "pilote automatique" »*⁸³⁸. Le droit de la transition énergétique ne serait-il alors qu'un droit écrit dans les ministères et enregistré par le Parlement ?

Les citoyens, quant à eux, subissent également indirectement l'impact de cette procédure. Selon M^e Gossement, un débat ainsi réduit dans la durée ne laisse pas le temps à la presse et au public de bien s'en saisir et de faire remonter aux parlementaires leurs possibles apports⁸³⁹. Pire, cette configuration ne laisse dans les faits un champ d'action qu'aux *« agences de lobbying professionnelles qui ont la capacité d'agir rapidement dans ce genre de situation »*⁸⁴⁰. Agences de lobbying œuvrant bien souvent pour les tenants du système en place, et donc à rebours de nombreuses mesures devant se trouver dans une loi de transition.

Enfin, concernant la qualité de la loi elle-même, il est légitime de se demander si un texte dont la moitié des dispositions n'a pas bénéficié de débats contradictoires et dont une partie a été adoptée *« au-delà de minuit, [...] à la mitraille, à marche forcée et sans grande discussion »*⁸⁴¹ sera apte à mettre en place un cadre destiné à accompagner une transition massive du système énergétique pour les décennies à venir.

*« Elaborée rapidement, étudiée rapidement, débattue rapidement, la Loi devient également obsolète rapidement. Le droit devient bavard, instable, changeant, contradictoire, complexe. On vote alors le lendemain des lois pour modifier, corriger ou supprimer la loi votée la veille. On vote aussi des lois pour simplifier ce qui a été compliqué mais la simplification est, elle aussi, réalisée rapidement et peut s'avérer, paradoxalement, source de nouvelles complications »*⁸⁴².

Une loi qui ouvre donc la perspective de plusieurs futures autres lois de simplification, dont on a vu dans la première section⁸⁴³ qu'elles sont souvent nombreuses à défaut d'être efficaces.

De plus, à ces mesures s'ajoutent le recours massif aux ordonnances et une commission mixte paritaire avortée.

b) Ordonnances nombreuses et commission mixte paritaire avortée, preuves d'un refus du débat ?

Concomitamment à l'usage de procédures visant à accélérer les débats autour du projet de loi de transition énergétique, celui-ci se voit doté de pas moins de 48 autorisations d'ordonnances. Si certaines visent, conformément à leur but premier, la transposition de

⁸³⁸ *Droit de l'environnement*, « Énergie; Le projet de loi pour la transition énergétique adopté en première lecture par l'Assemblée nationale », oct. 2014, p. 341.

⁸³⁹ Arnaud GOSSEMENT, « Loi pour la transition énergétique : le risque de l'accélération », *cit.*, 25 août 2014.

⁸⁴⁰ Béatrice HERAUD, Antonin AMADO, « Arnaud Gossement : "La loi sur la transition énergétique va permettre un basculement culturel." », *cit.*, 17 oct. 2014.

⁸⁴¹ *Ibid.*

⁸⁴² Arnaud GOSSEMENT, « Loi pour la transition énergétique : le risque de l'accélération », *cit.*, 25 août 2014.

⁸⁴³ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, Section 1, I) A) 2) a).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

directives européennes techniques ou l'extension de mesures particulières à l'outre-mer, les articles 119 et 128 de la loi promulguée permettent de prendre un large panel de mesures concernant les énergies renouvelables et le nucléaire, soit deux aspects centraux de la transition énergétique.

Premièrement, nous ne pouvons que regretter « *cette tendance à l'évitement du débat démocratique sur le nucléaire* » comme le dit si bien le professeur Philippe Billet⁸⁴⁴. Deuxièmement, et c'est tout aussi grave, les autorisations d'ordonnance ayant trait au régime juridique des énergies renouvelables instaurent ni plus ni moins :

« [U]ne transition à double détente dont les pleins effets s'exprimeront par la voix du gouvernement, dans les nombreux décrets d'application auxquels elle renvoie mais surtout dans la litanie de "mesures techniques complémentaires" qu'elle l'habilite à prendre par ordonnance. Elle lui permet ainsi de réviser le dispositif de l'obligation d'achat, de redéfinir le cadre des appels d'offres, de modifier les conditions de raccordement des installations de production d'électricité renouvelable au réseau public de distribution, d'encadrer l'autoproduction et l'autoconsommation et de poursuivre la réforme du régime des concessions hydroélectriques et d'unifier le régime juridique applicable aux énergies renouvelables en mer. La loi de transition énergétique ne laisse ainsi qu'entrevoir l'ampleur des réformes restant à venir, d'ici la fin de l'été prochain »⁸⁴⁵.

Au vu de ces éléments, le droit de la transition énergétique semble donc être marqué par une emprise forte du pouvoir exécutif sur le pouvoir législatif, s'y substituant dès que possible et davantage que raisonnable.

En sus de la pratique de « *cette législation de chef de bureau* » selon les termes du député d'alors Jean-Jacques Urvoas⁸⁴⁶, la commission mixte paritaire qui s'est réunie le 10 mars 2015 s'est soldée par un échec et ne fait pas vraiment état de la recherche d'un consensus de la part de ses acteurs. La réunion est tellement expéditive, avec les députés et sénateurs de chaque groupe campant sur leurs positions, que le président Brottes y met fin de manière plutôt abrupte en constatant « *un désaccord patent entre les majorités de chacune des deux parties à la commission mixte paritaire, s'agissant notamment des objectifs de la politique énergétique française* »⁸⁴⁷.

En conséquence de quoi, une fois le texte final voté, les sénateurs saisissent le Conseil constitutionnel dans le cadre de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution et se fondent uniquement sur la « *procédure qui a empêché le fonctionnement normal du bicamérisme du fait de la décision unilatérale du président de la commission mixte paritaire de mettre un* »

⁸⁴⁴ Cf. Philippe BILLET, « Transition énergétique et croissance verte : itinéraire et ambitions d'une loi », *cit.*, oct. 2015.

⁸⁴⁵ Gaëlle EZAN, Jérôme LEPEE, « Le régime juridique des énergies renouvelables : la première étape de la transition », *AJCT*, 2016, p. 12.

⁸⁴⁶ Jean-Jacques URVOAS, « Une "législation de chef de bureau" », 2 sept. 2014, consulté le 10 mars 2016 [<http://www.urvoas.bzh/2014/09/02/une-legislation-de-chef-de-bureau/>].

⁸⁴⁷ Commission mixte paritaire, Rapport n° 2624 (Assemblée nationale) et 331 (Sénat) sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Marie-Noëlle BATTISTEL *et al.*, 10 mars 2015, « travaux de la commission », François BROTTES.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

terme aux travaux de cette commission avant tout vote »⁸⁴⁸. Ils accusent en effet le président de la CMP d'avoir refusé d'organiser un vote sur tout ou partie du texte de loi, malgré les demandes d'élus, et d'avoir conclu à l'impossibilité de trouver un compromis avant de lever la séance. Or, ce serait à la commission et non à son président de constater l'impossibilité de trouver un accord, notamment par un vote. Selon eux et citant la presse spécialisée, François Brottes aurait craint qu'« en cas de scrutin, le sénateur communiste Jean-Pierre BOSINO aurait fait pencher la majorité en faveur de la version des sénateurs, celle dont le Gouvernement ne veut pas »⁸⁴⁹. Au final, dans sa décision n° 2015-718 DC du 13 août 2015, le Conseil constitutionnel procède à un contrôle restreint de la tenue de la CMP et de son échec, refusant « de contrôler pour quels motifs ou dans quelles conditions une commission mixte paritaire ne parvient pas à l'adoption d'un texte commun »⁸⁵⁰. Il conclue alors à la conformité de la CMP, bien que l'on en retirera une nouvelle limite au principe de la « co-construction » tant proclamé, si souvent limité.

Au vu de ces éléments, il apparaît donc que sur la forme de l'élaboration parlementaire de la loi de transition énergétique, plusieurs aspects se sont montrés en décalage avec le discours politique qui l'étayait. Sur le fond, il semble que les positions sur un sujet bien particulier sont restées irréconciliables.

B) Le nucléaire, ferment de division parlementaire

« Peu de choses séparent l'Assemblée nationale et le Sénat. Toutefois, un point dur existe : l'objectif de réduction de la part du nucléaire dans la production d'électricité à 50 % d'ici 2025. Le Sénat a déjà fait un effort pour accepter l'objectif de 50 %. Mais il lui reste un pas supplémentaire à faire : accepter la date de 2025 »⁸⁵¹.

Le député Philippe Plisson, en intervenant par ces mots lors des courts échanges en CMP sur le projet de loi de transition énergétique le 10 mars 2015, a bien résumé la situation entre les deux chambres parlementaires. Ou plutôt, entre les deux principaux groupes parlementaires, maîtrisant chacun une chambre depuis que le Sénat est repassé dans les mains du groupe Union pour un mouvement populaire aux élections du 28 septembre 2014⁸⁵². Ce « peu de choses », ce grain de sable dans le travail parlementaire constructif sur une majorité d'autres sujets, c'est – encore et toujours – le nucléaire. Ce sujet divise profondément, tant les deux

⁸⁴⁸ Saisine par 60 sénateurs, 23 juil. 2015, Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2015-718-dc/saisine-par-60-senateurs.144280.html>].

⁸⁴⁹ Samuel LE GOFF, « Projet de loi transition énergétique : le récit de la CMP et la suite des événements », *Contexte*, 10 mars 2015, consulté le 10 mars 2016 [https://www.contexte.com/article/energie/projet-de-loi-transition-energetique-le-recit-de-la-cmp-et-la-suite-des-evenements_27768.html].

⁸⁵⁰ CC, 13 août 2015, déc. n° 2015-718 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, cons. 8.

⁸⁵¹ Commission mixte paritaire, Rapport n° 2624 (Assemblée nationale) et 331 (Sénat) sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Marie-Noëlle BATTISTEL et al., 10 mars 2015, « travaux de la commission », Philippe PLISSON.

⁸⁵² Marie SIMON, « Le Sénat (re)bascule à droite... et après? », *L'Express*, 29 sept. 2014, consulté le 10 mars 2016 [http://www.lexpress.fr/actualite/politique/le-senat-re-basculer-a-droite-et-apres_1579620.html].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

chambres, que les groupes parlementaires mais encore au sein des groupes parlementaires. C'est ce que nous tâcherons d'exposer dans les paragraphes suivants.

1) Le nucléaire, pierre d'achoppement des débats

Et pourtant, les observateurs avisés ont remarqué que le clivage sur le nucléaire, et sa diminution de 75 à 50% d'ici 2025 a évolué. En l'espèce, les versions votées en première lecture tant au Palais Bourbon qu'au Palais du Luxembourg s'accordent sur la diminution de la part de l'atome dans la production d'électricité jusqu'à 50% du total. D'après Julien Aubert, député UMP, « *Sur l'objectif de 50 %, la droite a fait un pas* »⁸⁵³. Ce qui est vrai. M^e Gossement ajoutera d'ailleurs que ce point n'a « *pas été sérieusement remis en cause mais en réalité [partagé] de la droite à la gauche de l'hémicycle* »⁸⁵⁴. Néanmoins, en retirant la date butoir de 2025, le Sénat a vidé de toute sa substance cette mesure et appelle l'Assemblée nationale à faire des concessions. Or, nous avons vu le résultat de la CMP et l'absence de concessions possibles. Il est dès lors intéressant de chercher à comprendre les ressorts de cette opposition frontale sur le sujet du nucléaire au Parlement durant l'élaboration de la loi qui nous concerne.

a) Les débats enflammés entre majorité et opposition à l'Assemblée nationale

Si le professeur Philippe Billet a qualifié la question du nucléaire de « *pierre d'achoppement des débats au cours du processus législatif* »⁸⁵⁵, ce n'est en rien exagéré. Ce seul sujet a, dès la première lecture à l'Assemblée nationale, occulté le reste des débats et opposé les députés de la majorité et de l'opposition.

Avant même le passage au Parlement, dans l'avis du CNTE sur le projet de loi, à propos du titre 8 prévoyant le plafonnement de la capacité nucléaire installée en France, « *certaines membres [...] attirent l'attention sur le caractère inconstitutionnel de certaines des dispositions proposées, notamment concernant le plafonnement de la capacité nucléaire et l'encadrement de son évolution* »⁸⁵⁶. Ainsi donc, ce sujet arrivait au Parlement avec déjà des réserves importantes d'une partie des acteurs concernés.

A partir du 2 octobre 2014, sur un total de 11 séances de discussion au 126, rue de l'Université, huit ont été entièrement dédiées à la présentation, à la discussion générale, aux motions et à l'article 1^{er} du projet de loi⁸⁵⁷. Or, au sein de chacune de ces séances, le sujet du

⁸⁵³ Commission mixte paritaire, Rapport n° 2624 (Assemblée nationale) et 331 (Sénat) sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Marie-Noëlle BATTISTEL et al., 10 mars 2015, « travaux de la commission », Julien AUBERT.

⁸⁵⁴ Arnaud GOSSEMENT, « La transition énergétique entre révolution ... », *cit.*, 14 oct. 2014.

⁸⁵⁵ Philippe BILLET, « Transition énergétique et croissance verte : itinéraire et ambitions d'une loi », *cit.*, oct. 2015.

⁸⁵⁶ CNTE, « Délibération n°2014-04 : avis sur le projet de loi de programmation pour un nouveau modèle énergétique français », « Sur le titre VIII », adopté le 3 juillet 2014 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/avis_2014-04_CNTE_projet_de_loi_energie.pdf].

⁸⁵⁷ Cf. dossier législatif de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, *Légifrance*, consulté le 12 mars 2016 [<https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000029310724&type=general&legislature=14>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

nucléaire a fait l'objet d'une grande partie des prises de positions et propositions d'amendements, alors qu'au sein du projet de loi les dispositions concernant sa part dans le mix énergétique et sa capacité installée ne sont évoquées qu'aux articles 1^{er} et 55 (renuméroté 187 dans le texte définitif)⁸⁵⁸. Par conséquent, la dernière séance de discussion, le 10 octobre 2014, a vu passer l'étude et le vote des articles 19 à 64 du projet de loi, le tout sans intervention du groupe UMP, celui-ci ayant épuisé son temps de parole⁸⁵⁹.

Dès la séance de présentation du projet de loi, les députés du groupe UMP ont défendu deux motions de procédure. Le député Michel Sordi, élu de la circonscription de Fessenheim (Haut-Rhin), a défendu une motion de rejet préalable basée sur les interrogations quant au financement de la transition, à la diminution du nucléaire et plaide pour un inventaire du potentiel de gaz de schistes du sous-sol français⁸⁶⁰. Rejetée, elle est suivie d'une motion de renvoi en commission, cette fois défendue par Martial Saddier, afin de « *travailler sur les 1027 amendements qui n'ont pas été sérieusement étudiés* »⁸⁶¹ lorsque l'opposition a quitté la commission spéciale pour protester contre le manque de temps disponible⁸⁶². Elle sera rejetée également.

Comme nous avons pu l'évoquer précédemment, si les députés peuvent trouver un terrain d'entente concernant la diminution du nucléaire dans le mix énergétique, c'est surtout la date à laquelle cet objectif est fixé qui est source de frictions. Les députés de l'opposition ont alors proposé des amendements repoussant l'atteinte de ces 50% de nucléaire dans le mix énergétique à 2040⁸⁶³, dans le but avoué de laisser ainsi la seule progression de la demande d'électricité procéder à cette baisse mécanique de la part du nucléaire sans avoir besoin de fermer de centrales⁸⁶⁴. Ils proposeront d'ailleurs en complément des amendements afin de prolonger la durée de vie des centrales atomiques⁸⁶⁵.

Pour couronner le tout, et de manière prévisible, la saisine du Conseil constitutionnel par plus de 60 députés, le 27 juillet 2015, s'est faite en partie sur les objectifs de la loi de transition énergétique, accusés d'être inintelligibles, et en particulier sur la réduction du nucléaire, accusée de violer le droit de propriété à l'encontre de la société AREVA⁸⁶⁶, mais également

⁸⁵⁸ Concernant les mesures à propos de la part du nucléaire dans la loi de transition énergétique, cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1.

⁸⁵⁹ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 3^e séance du 10 oct. 2014 [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150014.asp#P324474>].

⁸⁶⁰ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 2^e séance du 2 oct. 2014, « Motion de rejet préalable » [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150002.asp#P310451>].

⁸⁶¹ *Id.*, « Motion de renvoi en commission ».

⁸⁶² Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, II) A) 1).

⁸⁶³ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 2^e séance du 6 oct. 2014, « Article 1^{er} (suite) », Julien AUBERT [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150005.asp#P312980>].

⁸⁶⁴ Manœuvre qui entrerait pourtant en contradiction avec un autre objectif de l'article 1^{er} de la loi, concernant la diminution de 50% de la consommation énergétique finale d'ici 2050.

⁸⁶⁵ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 1^{ère} séance du 7 oct. 2014, « Article 1^{er} (suite) », Michel HEINRICH [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150006.asp#P314286>].

⁸⁶⁶ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, II) B) 1).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

le principe de prévention et celui de promotion du développement durable inclus dans la Charte de l'environnement de 2004. Enfin, ils suspectent aussi le plafonnement du nucléaire français de créer une discrimination à l'encontre de la société EDF, gestionnaire du parc de production concerné⁸⁶⁷. Si, dans leur décision du 13 août 2015, les Sages font droit à certaines autres demandes des élus⁸⁶⁸, ils déboutent les requérants sur toutes les questions évoquées auparavant. Le considérant 58 est à ce sujet éclairant et, surtout, donne une justification supplémentaire à l'ensemble du processus de transition énergétique et à sa traduction juridique. Le Conseil estime ainsi du plafonnement de la capacité nucléaire :

« [Q]u'il a ainsi poursuivi des objectifs d'intérêt général ; que l'atteinte portée aux effets qui peuvent légitimement être attendus de situations légalement acquises est justifiée par des motifs d'intérêt général suffisants et proportionnée aux buts poursuivis »⁸⁶⁹.

Les buts poursuivis étant ceux de « *la diversification des sources d'énergie et la réduction de la part de l'électricité d'origine nucléaire* »⁸⁷⁰. La transition énergétique, en ce sens, n'est qu'un avatar de la théorie de la « *destruction créatrice* » de Joseph Schumpeter⁸⁷¹, en créant de nouvelles activités économiques dans les secteurs des énergies renouvelables, de l'isolation des bâtiments, du système financier qui permet ce mouvement, et bien d'autres ; au prix de la destruction ou reconfiguration plus ou moins rapide d'autres secteurs économiques (liés au nucléaire et aux énergies fossiles).

b) Les « *désaccords majeurs* » entre Assemblée nationale et Sénat

Cette différence de point de vue saillante lors des débats entre députés, se transpose à la navette parlementaire entre Assemblée et Sénat. Ce qui est logique à la suite du basculement du Sénat évoqué précédemment et que l'UMP défend des positions différentes du Parti socialiste au pouvoir. Avant même que le projet de texte sur la transition énergétique soit présenté en Conseil des ministres, le Sénat avait voté le 25 février 2014 une résolution qui « *propose une vision de la transition énergétique à rebours de celle du gouvernement* »⁸⁷², en l'occurrence en donnant la priorité à la prolongation de la durée de fonctionnement des réacteurs nucléaires et à la continuation du programme EPR⁸⁷³ ainsi que des recherches sur les réacteurs de quatrième génération. Si nous reviendrons sur les particularités de l'adoption de cette résolution dans les prochains paragraphes, il a contribué à placer le débat entre les deux chambres sur le sujet du nucléaire.

⁸⁶⁷ Saisine par 60 députés, 27 juil. 2015, Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2015-718-dc/saisine-par-60-deputes.144281.html>].

⁸⁶⁸ Cf. Alexia MULLER-CURZYDLO, « QPC : loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, août 2015, alerte 185, pp. 1 – 2.

⁸⁶⁹ CC, 13 août 2015, déc. n° 2015-718 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, cons. 58.

⁸⁷⁰ *Ibid.*

⁸⁷¹ Joseph SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper & Brothers, 1942.

⁸⁷² Philippe COLLET, « Transition énergétique : les sénateurs se partagent l'examen du projet de loi », *Actu-environnement.com*, 23 oct. 2014, consulté le 11 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/transition-energetique-senat-commission-resolution-nucleaire-23074.php4>].

⁸⁷³ « *European Pressurized Reactor* » soit EPR, réacteur à eau pressurisée de 3^e génération. Cette technologie est celle utilisée pour le réacteur en cours de construction à Flamanville (Manche).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Les commentateurs ne s'y trompent d'ailleurs pas et dénoncent tous le rôle du nucléaire et de la réduction de sa part dans le mix électrique dans les divergences entre les deux chambres. Tant du côté de la presse⁸⁷⁴, que de la doctrine⁸⁷⁵, dont le professeur Philippe Billet, de nouveau, évoquera « *des "désaccords majeurs" sur les objectifs [...] apparus entre parlementaires et en tout cas entre les deux Chambres, principalement en ce qui concerne la question nucléaire et plus particulièrement en ce qui concerne le calendrier des objectifs* »⁸⁷⁶. En effet, le Sénat, à l'issue de sa première lecture, arrive en CMP avec un projet de réduction du nucléaire à 50% du mix « à terme » et un plafonnement de la capacité installée à hauteur de 64,85 GW, soit ouvrant la possibilité à EDF de coupler son EPR de Flamanville au réseau sans avoir besoin de découpler quelque autre réacteur que ce soit. Néanmoins, ces éléments constituent, avec la diminution de la consommation d'énergie finale d'ici 2050, des « *points durs empêchant tout accord* »⁸⁷⁷ selon la députée Sabine Buis et nous connaissons le résultat de ladite CMP.

Ce qui permet de résoudre le conflit qui se poursuit en deuxième lecture est bien évidemment le pouvoir du « *dernier mot* » de l'Assemblée nationale, assurant ainsi que la transposition de la promesse de campagne de François Hollande soit faite dans la loi de transition énergétique, malgré les profonds clivages sur le sujet. Il faut cependant noter que même au sein de la majorité de gouvernement, le sujet du nucléaire divise.

2) Les divisions jusqu'au sein de la majorité parlementaire

Non content d'appesantir la procédure parlementaire et de créer un véritable combat de tranchées dans et entre les deux chambres, le sujet du nucléaire divise aussi au sein de la majorité.

A l'Assemblée nationale tout d'abord, ou Jean-Luc Laurent, député apparenté au groupe Socialiste, républicain et citoyen⁸⁷⁸, se livre à un réquisitoire à charge contre les « *productions locales artificiellement subventionnées* » et leur corollaire, « *un réseau énergétique décentralisé s'appuyant sur des milliers de petites unités de production*,

⁸⁷⁴ Cf. par exemple Joël COSSARDEAUX, « Transition énergétique : sénateurs et députés divisés sur le nucléaire », *Les Echos*, 22 fév. 2015, consulté le 3 mars 2016 [http://www.lesechos.fr/22/02/2015/lesechos.fr/0204176743690_transition-energetique---senateurs-et-deputes-divises-sur-le-nucleaire.htm#CzobjmrA3vVLHJIt.99] ou encore *Le Monde*, « Le Sénat adopte une loi de transition énergétique renucléarisée », 3 mars 2015, consulté le 3 mars 2016 [<https://www.zotero.org/rmgwind/items/itemKey/F8VWSUB6>].

⁸⁷⁵ Cf. par exemple Philippe BILLET, « Transition énergétique et croissance verte : itinéraire et ambitions d'une loi », *cit.*, oct. 2015 ; ou encore Claudie BOITEAU, Gilles LE CHATELIER, « Transition énergétique : qu'en est-il pour les collectivités ? », *AJCT*, 2015, p. 328.

⁸⁷⁶ Philippe BILLET, « Transition énergétique et croissance verte : points d'étape », *cit.*, avr. 2015.

⁸⁷⁷ Commission mixte paritaire, Rapport n° 2624 (Assemblée nationale) et 331 (Sénat) sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Marie-Noëlle BATTISTEL et al., 10 mars 2015, « travaux de la commission », Sabine BUIS.

⁸⁷⁸ Il est président du Mouvement républicain et citoyen et non membre du PS mais fait partie de son groupe à l'Assemblée.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

disséminées, enracinées et bien évidemment propres »⁸⁷⁹. Rejouant ainsi la bataille entre girondins et jacobins, ce député de la majorité n'hésite pas à plaider pour le maintien du système actuel. Il est d'ailleurs rejoint dans ses idées par un autre député du groupe SRC, Christian Bataille⁸⁸⁰, estimant que « *l'énergie nucléaire répond justement à trois objectifs* »⁸⁸¹ : écologique, d'indépendance énergétique et de coût modéré de l'électricité.

Ces deux députés voteront contre le projet de loi pour la transition énergétique en deuxième lecture⁸⁸².

Au Sénat, la situation n'est pas moins complexe, avec des lignes de partage variables quant au positionnement des groupes et au sein du groupe Socialiste et apparentés jusqu'aux élections du 28 septembre 2014, renommé ensuite groupe Socialiste et républicain.

Avant lesdites élections sénatoriales de la fin septembre 2014, le PS y jouissait toujours d'une majorité relative et non absolue. Il nécessitait l'appui des votes de groupes tels que les Ecologistes, le groupe du Rassemblement démocratique et social européen ou le groupe Communiste républicain et citoyen. Or, comme évoqué précédemment, Le 4 décembre 2013, les sénateurs Jean-Claude Gaudin et Ladislas Poniatowski, soutenus par le groupe UMP ont déposé une proposition de résolution relative à la transition énergétique⁸⁸³ en application de l'article 34-1 de la Constitution. Cette résolution, fondée sur la nécessité de lutter contre les émissions de gaz à effet de serre, « *se prononce d'abord en faveur de la prolongation de la durée d'exploitation du parc nucléaire actuel [...]. Le nucléaire, filière d'excellence pour notre pays, est en effet le moyen le plus efficace pour lutter contre les émissions de gaz à effet de serre* »⁸⁸⁴. Le vote sur cette résolution qui « *propose une vision de la transition énergétique à rebours de celle du gouvernement* »⁸⁸⁵, s'est donc tenu le 25 février 2014 via le scrutin n° 159⁸⁸⁶. A la manière du vote d'une motion de rejet préalable à l'encontre de la loi Brottes en 2013⁸⁸⁷, par 179 voix contre 162, les sénateurs ont voté cette résolution ouvertement pro-nucléaire. Cependant, cette fois, ce n'est pas le groupe Communiste qui a fait faux bond au groupe Socialiste mais la majorité du groupe des Radicaux de gauche. Il

⁸⁷⁹ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 1^{ère} séance du 6 oct. 2014, « Discussion générale (suite) », Jean-Luc LAURENT [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2014-2015/20150004.asp#P311986>].

⁸⁸⁰ Il est pour sa part membre du PS.

⁸⁸¹ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 1^{ère} séance du 6 oct. 2014, « Article 1^{er} », Christian BATAILLE [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2014-2015/20150004.asp#P311986>].

⁸⁸² Assemblée nationale, Analyse du scrutin n° 1120, Première séance du 26/05/2015 [<http://www2.assemblee-nationale.fr/scrutins/detail/%28legislature%29/14/%28num%29/1120>]. Le détail du vote sur l'ensemble du 22 juillet 2015 n'étant hélas pas disponible en ligne.

⁸⁸³ Sénat, Proposition de résolution n° 194 relative à la transition énergétique, Jean-Claude GAUDIN, Ladislas PONIATOWSKI, 4 déc. 2013.

⁸⁸⁴ *Id.*, « exposé des motifs ».

⁸⁸⁵ Philippe COLLET, « Transition énergétique : les sénateurs se partagent l'examen du projet de loi », *cit.*, 23 oct. 2014.

⁸⁸⁶ Sénat, Scrutin n° 159 - séance du 25 février 2014 [<http://www.senat.fr/scrutin-public/2013/scr2013-159.html>].

⁸⁸⁷ Cf. Partie 1, titre 1, Chap. 2, section 1, II) B) 1) b).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

apparaît donc que les majorités sont mouvantes en fonction des sujets abordés au sein du Sénat.

Plus encore, le 11 février 2015, lors de la première lecture du projet de loi au Palais du Luxembourg, le président du groupe SRC, Didier Guillaume n'hésitera pas à déclamer qu'il « *considère que la meilleure énergie décarbonée, c'est le nucléaire* »⁸⁸⁸. Il renchérit plus tard, lors de l'examen de l'article 55 du projet de loi, instaurant le plafonnement du nucléaire à 63,2 GW de puissance installée, en fustigeant « *une pseudo-écologie* » et affirmant que « *les socialistes ne sont pas pour la sortie du nucléaire* »⁸⁸⁹. Quand bien même il raillait l'*Energiewende* allemande qui mérite le débat, il semble fort vindicatif pour un sénateur, *a fortiori* président du groupe de la majorité gouvernementale qui est censé supporter la transition énergétique avec ses implications et fera d'ailleurs preuve de discipline parlementaire.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, de ces débats passionnés au Parlement qui perpétuent ceux, déjà houleux lors du DNTE, il semble donc sur le principe déjà, que la question du nucléaire reste un sujet très sensible au sein de la société française, et, partant, impacte le processus de création du droit de la transition énergétique. Si, en sus, les processus qui se veulent plus consensuels, telle la « *co-construction* » si souvent évoquée, ne sont pas mis en place et respectés avec le plus grand soin, il est impossible de créer un corpus juridique de la transition énergétique qui ne se limite pas à la transcription d'un programme technique décidé dans les couloirs des ministères.

⁸⁸⁸ Sénat, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, séance du 11 fév. 2015, « Article 1^{er} (suite) », Didier GUILLAUME [http://www.senat.fr/seances/s201502/s20150211/s20150211_mono.html].

⁸⁸⁹ Sénat, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, séance du 19 fév. 2015, « Article 55 », Didier GUILLAUME [http://www.senat.fr/seances/s201502/s20150211/s20150211_mono.html].

Conclusion du Chapitre 2nd

De l'ensemble des éléments abordés au sein de ce chapitre ressort une impression de confusion. Une impression que de 2012 à 2015, jusqu'à la date d'adoption de la loi de transition énergétique pour la croissance verte, énormément de mesures ont été prises, de progrès faits, que de tabous ont chuté. Et dans le même temps, que tout cela s'est fait de la manière la plus éparpillée, maladroite et conflictuelle qui soit. Dans la dynamique de la transition énergétique, il est néanmoins nécessaire, afin d'atteindre des objectifs parfois dits ambitieux, d'augmenter de manière très forte notre production d'énergie renouvelable. Et en cela, dans le domaine de l'électricité, un retrait à concurrence du nucléaire s'impose. C'est d'ailleurs tout le nœud gordien de cette transition, faite de paradoxes.

La concrétisation législative de la participation publique d'ampleur organisée sous le sigle du DNTE nécessitait d'être pensée en amont et mise en place avec précaution. Force est de constater que cela n'a pas été suffisamment le cas et que beaucoup d'erreurs ont été faites durant l'examen des lois de transition énergétique par la majorité. Issu des mêmes intentions louables que celles du DNTE, le débat parlementaire autour de la transition énergétique est le signe d'une faillite, celle de la pratique du pouvoir sous la Ve République. Le Parlement s'y retrouve trop souvent dans le rôle d'une simple chambre d'enregistrement.

Or, le droit de la transition énergétique, lancé par le DNTE et annoncé « *coconstruit* » se retrouve finalement à copier trait pour trait les défauts de la légistique traditionnelle, ignorante du Parlement, faite de manœuvres davantage que d'engagements. Ce droit naissant s'y fait à la fois insatiable et instable, fait de paradoxes car supposé technique et pourtant imprécis sur les mesures devant l'être, mais doit encore et surtout faire la preuve de son émancipation de l'ancien système afin précisément d'organiser la transition de l'ancien système énergétique vers le nouveau.

Plus prosaïquement, une telle évolution de la méthode d'élaboration du droit et en particulier de celui qui nous intéresse permettrait potentiellement d'améliorer grandement sa qualité et ainsi éviter de « *vingt fois sur le métier, [remettre notre] ouvrage* »⁸⁹⁰.

⁸⁹⁰ Nicolas BOILEAU, *L'Art poétique* (1669-1674), Chant premier, v. 171-174, ULB, p. 52.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Titre 2nd :

**Les institutions et outils de planification renouvelés ou créés par
le droit de la transition énergétique : un ensemble à faire vivre**

La transition énergétique, en tant que vaste mouvement de transformation de notre système de production, de distribution et de consommation de l'énergie, nécessite des institutions efficaces aux outils adaptés pour être menée à bien. Ce sont ces acteurs qui, en partie, vont décider de la réalisation de ces changements par l'usage de leurs compétences. Ils ont pour objectif d'appliquer la réglementation mais plus encore d'anticiper les prochaines étapes à atteindre tant par les acteurs publics que privés et partant par le droit de la transition énergétique lui-même sur la voie de ce nouveau modèle de société.

Alors que dans le titre premier était exposée l'émergence de la transition énergétique dans le droit français et en particulier le processus d'adoption de la loi éponyme, le deuxième titre s'intéresse davantage aux acteurs de la transition et à leurs outils. Si le droit représente le squelette de la transition énergétique, permettant de l'agencer correctement et de lui donner une base solide, les instances qui la mettent en application en représentent les muscles. Ce sont eux qui mettent en musique le droit, qui l'appliquent aux réalités du terrain et à ses obstacles, impossibles à tous envisager dans la loi, nécessairement générale et impersonnelle. C'est ce corps en mouvement, fondé sur le droit, qui façonnera alors la société pour l'accorder avec la réglementation mais aussi et surtout avec sa finalité : évoluer vers un système énergétique plus propre, plus horizontal et, espérons-le, plus équitable.

Les instances de la transition énergétique, pour leur majorité déjà existantes, doivent alors être adéquates. La fiabilité et la transparence de leur travail fondent ainsi leur légitimité et sont des éléments primordiaux permettant de renforcer le respect et l'application des normes qu'elles édictent, de valeur variable mais reconnues de manière croissante par le juge.

Quant aux outils dont ces instances font usage, ils doivent apporter une certaine sécurité juridique par leur prévisibilité, leur stabilité et leur intelligibilité⁸⁹¹. Dans la transition énergétique comme dans d'autres domaines, la tâche est immense avant que d'arriver à trouver le bon équilibre entre dispositions générales et situations particulières, situation actuelle et préparation de celle de demain, simplicité et complexité, droit dur et droit souple. L'émergence de ce dernier, de plus en plus reconnu comme un outil adapté pour des problématiques récentes et évolutives comme la transition énergétique, conduit à chercher un équilibre entre la tentation du pouvoir de sanction d'un côté et l'usage de l'incitation de l'autre.

Ce sont tous ces éléments qui entrent en ligne de compte dans le titre suivant, pour fournir au lecteur un aperçu de « *ceux qui font* » la transition énergétique et de la façon dont ils agissent.

⁸⁹¹ Pour quelques éclairages sur le principe de sécurité juridique, un rapport récent parmi les nombreuses publications sur le sujet peut être consulté: Le Club des Juristes, « Sécurité juridique et initiative économique », mai 2015, pp. 15 – 30 [<http://www.leclubdesjuristes.com/rapport-securite-juridique-et-initiative-economique/>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Chapitre 1^{er} :

**L'articulation juridique des nombreuses institutions
créées ou renouvelées par le droit de la transition énergétique**

Afin de construire ce processus de transition par l'écriture de son droit, l'Etat s'est doté d'institutions tant centralisées que décentralisées composant une cohorte d'organisations de conseil afin d'aiguiller ses décisions. En effet, confronté à la multiplicité et la diversité des enjeux, il tend à s'appuyer au niveau national sur des conseils spécialisés pour lui prodiguer savoir et idées. Dans le même temps, afin de rendre la transition effective dans la vie quotidienne des citoyens, il s'appuie de manière croissante sur les collectivités territoriales.

Par son ampleur, la transition énergétique, programme d'actions considérant 2050 comme un point d'étape⁸⁹², fait appel tant à des institutions anciennes de la France⁸⁹³ qu'à toute une série d'institutions plus récentes et plus spécialisées⁸⁹⁴. Elles sont censées accompagner le changement de système visé, motivé par un questionnement croissant pesant sur la pertinence du modèle énergétique issu de l'après-guerre. La loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz⁸⁹⁵, déjà fortement entamée dans sa logique par les directives de libéralisation du marché de l'énergie issues de la Commission européenne⁸⁹⁶, est dès lors promise à un avenir bien sombre.

En effet, afin de s'adapter à un système de production décentralisé, fondé sur une multitude de petites et moyennes unités de production d'énergie renouvelable, le réseau électrique évolue. Les habitudes de consommation également. Et face à cet état de fait, le modèle jacobin ne semble pas en mesure de relever le défi de cette évolution, il y est intrinsèquement contradictoire. Unifié là où ce chemin mène à un système éclaté, d'une logique « *top-down* » face à une nouvelle donne « *bottom-up* »⁸⁹⁷, monolithique contre un système basé sur la flexibilité, et enfin, fonctionnant à coup de déclarations d'utilité publique face à des modèles appuyés sur l'ouverture à la participation du plus grand nombre⁸⁹⁸.

⁸⁹² L'article 1^{er}, III de la loi 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte dispose ainsi que les émissions de gaz à effet de serre devront avoir été divisées par quatre cette année-là, en référence à 1990. Bien que nécessitant un effort important, cet objectif ne sera donc qu'un jalon.

⁸⁹³ Telles le Conseil d'Etat ou, plus récent, le Conseil économique, social et environnemental.

⁸⁹⁴ Le Conseil national de la transition écologique en est l'exemple le plus évident, mais une somme d'autres, plus récents et spécialisés, ont été créés. Cf. Part 1, titre 2, chap. 1, section 1.

⁸⁹⁵ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

⁸⁹⁶ Cf. les directives 96/92/CE du Parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, 2003/54/CE du parlement européen et du conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, et 2009/72/CE du 13 juillet 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

⁸⁹⁷ « *Top-down* » pour qualifier une politique énergétique édictée par les centres de décision et s'imposant aux territoires, contre une démarche « *bottom-up* », venant des territoires.

⁸⁹⁸ Tant sur la participation orale des riverains ou même de l'ensemble de la population comme l'a montré le DNTE, que sur leur participation financière aux projets de production d'énergie ou de réduction de la consommation, comme nous le verrons plus tard, cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 1, I).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Section 1 :

La galaxie des institutions de conseil et d'application du droit de la transition énergétique

Dans le but d'épauler le législateur tout autant que les acteurs en aval chargés d'appliquer le droit de la transition énergétique, le choix a été fait de donner vie ou de refaçonner toute une galaxie de conseils et comités, qui sont tantôt chargés d'aider à l'écriture des textes législatifs ou réglementaires, et tantôt chargés de suivre, anticiper ou corriger les mesures de transition. L'enjeu principal pour le droit est alors d'articuler l'ensemble de ces institutions afin de leur donner cohérence et efficacité. C'est pourquoi il est alors précieux de dresser un état des lieux critique de ces différentes institutions, de leurs rôles et de leurs relations.

I. Les institutions consultatives des textes encadrant la transition énergétique

En premier lieu, le législateur a eu recours à des institutions saisies pour avis afin de compléter ses projets de textes ayant trait à la transition énergétique. Certaines de ces institutions sont anciennes, d'autres sont récentes, certaines sont généralistes, d'autres ont un caractère que l'on pourrait qualifier d'*ad hoc*, étant donné leur rôle circonscrit aux sujets de la transition énergétique ou écologique (les deux termes se recoupant partiellement). L'émergence d'institutions plus récentes et plus spécialisées est symbolisée par le Conseil national de la transition écologique, assemblée de conseil permanente ayant pour but d'apporter conseils et réflexions sur les textes visant une grande transition devant modifier jusqu'aux bases de nos conceptions de l'énergie et de l'environnement.

A) Les institutions se prononçant en matière législative

À tout seigneur, tout honneur. En conséquence, les textes législatifs requièrent l'attention première avant que l'on ne s'intéresse aux textes réglementaires. Les institutions de conseil du législateur varient alors selon l'importance du texte et selon son sujet. Certaines institutions sont de saisine obligatoire quand d'autres sont de saisine facultative. Bien évidemment, ces avis étant rendus avant le commencement des débats parlementaires, rien ne garantit qu'ils seront suivis au final, en toute logique selon le principe de primauté de la loi (primauté qui pourra cependant être remise en cause ultérieurement au regard de la Constitution ou des traités internationaux par les juges compétents). L'objectif de ces avis est d'améliorer la forme (la sécurité juridique notamment) ou le fond des textes de loi proposés aux débats.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

1) Les multiples institutions généralistes

S'agissant des institutions généralistes, non spécifiquement attachées aux textes portant sur la transition énergétique, il faut différencier celles reconnues par la Constitution de celles de rang inférieur. Quand les premières ont un champ de compétence large, les secondes sont plus concentrées sur des thématiques particulières, soulignant dès lors le caractère multisectoriel de la transition énergétique et de son droit.

a) Les institutions de conseil de rang constitutionnel

Vénérable institution française s'il en est, trouvant ses origines au XIII^e siècle, dont le nom apparut en 1578 et la structure contemporaine fut établie au matin de la III^e République⁸⁹⁹, le Conseil d'Etat est obligatoirement consulté sur les projets de loi et d'ordonnance selon l'article 39 de la Constitution⁹⁰⁰. Cette consultation est prescriptive et son absence « *entache l'acte d'une illégalité, que le juge administratif peut soulever d'office, à la différence de l'irrégularité de la consultation des autres organismes* »⁹⁰¹. En revanche, ses avis ne sont en règle générale pas liants pour ce qui est des projets de loi⁹⁰².

Le cas des propositions de loi est différent, et la saisine pour avis du Conseil d'Etat ne peut se faire qu'à l'initiative du président du Sénat ou de l'Assemblée nationale, selon la qualité de l'élu déposant le texte de loi, et « *sauf si ce dernier s'y oppose dans un délai de cinq jours francs à compter de l'information qui lui en est donnée par le président* »⁹⁰³. Dans les faits, cette saisine n'est donc pas systématique et concernant le droit de la transition énergétique, la proposition de loi dite Brottes n'y sera pas soumise⁹⁰⁴.

Une fois posés ces éléments de reconnaissance par la Constitution concernant le rôle du Conseil d'Etat dans la préparation de certaines lois, il est à se demander quel impact concret a

⁸⁹⁹ Cf. la page web du Conseil d'Etat, rubrique « Naissance et évolution », consultée le 23 mars 2016 [<http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Histoire-Patrimoine/Histoire-d-une-institution/Ses-fonctions/Naissance-et-evolution>].

⁹⁰⁰ Art. 39 al. 2 de la Constitution du 4 oct. 1958 : « *Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées* ».

⁹⁰¹ CE, 17 juil. 2013, *Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres*, n° 358109. Cf. « Consultations préalables », « Règles propres à la consultation du Conseil d'Etat », « Conséquences d'un défaut de consultation », *Légifrance*, consulté le 23 mars 2016 [<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/II.-Etapas-de-l-elaboration-des-textes/2.1.-Regles-generales/2.1.3.-Consultations-prealables>].

⁹⁰² « Consultations préalables », « Règles propres à la consultation du Conseil d'Etat », « Suites à donner aux avis », *Légifrance*, consulté le 23 mars 2016 [<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/II.-Etapas-de-l-elaboration-des-textes/2.1.-Regles-generales/2.1.3.-Consultations-prealables>].

⁹⁰³ Disposition ouverte depuis la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, et inscrite à l'art. 39 al. 5 de la Constitution française. Citation tirée de « Suivi des propositions de loi », « Faculté d'examen par le Conseil d'Etat », *Légifrance*, consulté le 23 mars 2016 [<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/II.-Etapas-de-l-elaboration-des-textes/2.2.-Loi/2.2.5.-Suivi-des-propositions-de-loi>].

⁹⁰⁴ En effet, là où, à titre d'exemple, le dossier législatif de la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle mentionne sur le site de l'Assemblée nationale cette saisine du Conseil d'Etat sous la section « Amendements » [http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/redonner_perspectives_emploi_industriel.asp], la même page concernant la loi dite Brottes n'en dit mot [http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/tarification_progressive_energie.asp]. Il lui sera d'ailleurs reproché cette non-saisine lors des débats parlementaires. Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, II) B) 2) a).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

pu avoir l'avis de celui-ci sur la loi-phare de la transition énergétique. Les avis du Conseil d'Etat sur les projets de loi n'étant pas publics, c'est le ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie qui détaille dans un dossier de presse certains axes retenus ou renforcés par le Palais-Royal. Ainsi, il semble que le Conseil d'Etat ait « *validé l'entrée du terme "croissance verte" dans le droit positif* », « *soutenu le concept des territoires à énergie positive* » en le remontant dans l'article premier du projet de loi, « *validé la constitutionnalité de l'ensemble du dispositif de pilotage du mix électrique, et notamment le mécanisme de plafonnement de la puissance nucléaire* » et enfin « *validé les dispositions innovantes sur la gestion des concessions hydroélectriques* »⁹⁰⁵. Ce sont des éléments importants, notamment le plafonnement de la capacité nucléaire installée, objet de débats acharnés tant en dehors qu'au sein du Parlement et au final effectivement validé par le Conseil constitutionnel⁹⁰⁶. Cet avis semble, sur le fondement des maigres éléments auxquels nous avons accès, confirmer par ailleurs qu'à l'instar du Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat valide la méthode finaliste du droit de la transition énergétique⁹⁰⁷.

Au rang des institutions on ne peut plus généralistes, le Conseil d'Etat tient donc un rôle d'importance, de sécurisation juridique des textes législatifs avant leur passage éventuel chez son voisin de la rue de Montpensier. La loi de transition énergétique n'y a pas échappé et son avis a été précieux pour les points abordés et rendus publics. Il existe cependant une autre institution généraliste et ancienne, quoi que moins que le Palais-Royal.

Le Conseil économique, social et environnemental (CESE), émanation des corps intermédiaires, trouve ses origines dans le Conseil national économique de 1925 mais se développera pour atteindre son format actuel depuis l'après-guerre. Il intégrera la composante environnementale seulement lors de la révision constitutionnelle de 2008⁹⁰⁸, entrant ainsi « *en résonance avec les recommandations du Grenelle de l'environnement en 2007* »⁹⁰⁹.

Obligatoirement consulté sur « *[t]out plan ou tout projet de loi de programmation à caractère économique, social ou environnemental* » en vertu de la Constitution⁹¹⁰, le CESE a donc été logiquement consulté sur le projet de loi de programmation pour un nouveau modèle énergétique français, avant qu'il ne (re)devienne le projet de loi de transition énergétique, au final à cheval entre loi de programmation et loi d'application⁹¹¹. Si son avis n'est pas liant, il

⁹⁰⁵ Dossier de presse de présentation du projet de loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, 29 juil. 2014, p. 12, disponible via l'article d'Arnaud GOSSEMENT, « Loi pour la transition énergétique : présentation en Conseil des ministres et prochaines étapes », 30 juil. 2014, consulté le 23 mars 2016 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2014/07/29/loi-pour-la-transition-energetique-presentation-en-conseil-d-5419519.html>].

⁹⁰⁶ CC, 13 août 2015, déc. n° 2015-718 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, cons. 58.

⁹⁰⁷ Cf., Introduction, I) A) 2).

⁹⁰⁸ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

⁹⁰⁹ Cf. page web du CESE, sa rubrique « Historique », « Le Conseil économique, social et environnemental (2008) », consultée le 23 mars 2016 [<http://www.lecese.fr/decouvrir-cese/historique>].

⁹¹⁰ Art. 70 de la Constitution.

⁹¹¹ En effet, le Conseil constitutionnel invoquera par exemple son caractère de loi de programmation pour rejeter la demande de censure des objectifs du titre 1^{er} de la loi de transition énergétique pour défaut de portée normative (CC, 13 août 2015, déc. n° 2015-718 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

est rendu public et le ministère de l'Ecologie, par voie de dossier de presse, annoncera avoir suivi ses recommandations en réaffirmant l'objectif du facteur 4 et intégrant « *des objectifs de lutte contre la précarité énergétique dans les premiers articles du code de l'énergie* »⁹¹². Cependant, la lecture du projet d'avis rappelle que le CESE est une assemblée de débat et est ainsi dans l'obligation de faire état du manque « *de consensus sur deux objectifs fondamentaux figurant dans le projet de loi* »⁹¹³, la réduction du nucléaire à 50% du mix électrique en 2025 et la diminution de la consommation énergétique finale de 50% en 2050. Ces clivages semblent donc rester indépassables dans tout débat pluraliste se penchant sur la question. Au titre des recommandations qui resteront également lettre morte mais sont intéressantes pour la suite des développements, le CESE « *doute de l'utilité du comité d'experts tel qu'il apparaît dans le projet de loi* » et estime que « *les articulations entre les autres nouvelles instances méritent d'être précisées, ainsi que leur composition, rôle et responsabilité respectifs* »⁹¹⁴. Ces questions viennent directement mettre en cause la nouvelle architecture mise en place par le droit de la transition énergétique pour servir ses objectifs.

La loi emblématique de la transition énergétique n'a donc pas échappé à la loupe des institutions traditionnelles d'analyse des projets de loi et a ensuite conservé ou non les recommandations émises. Dans cette étape pré-parlementaire, la loi concernée a également été auscultée par d'autres institutions, en conséquence du caractère multisectoriel de la transition énergétique.

b) Des institutions à l'image du caractère multisectoriel de la transition énergétique

En conformité avec l'idée de « *co-construction* » de la loi de transition énergétique portée par la ministre de l'Ecologie Ségolène Royal, plusieurs autres institutions ont été consultées afin de faire part de leurs recommandations plus sectorielles, mais sans être directement des institutions du droit de la transition énergétique. Preuve de son aspect trans-sociétal, le conseil national de l'industrie (CNI) et le Conseil national d'évaluation des normes (CNEN) se sont exprimés sur le sujet.

Le CNI, successeur de la conférence nationale de l'industrie instaurée par un décret du 3 juin 2010⁹¹⁵, est placé auprès du Premier ministre. De saisine facultative et non liante, il « *éclaire les pouvoirs publics sur la situation de l'industrie en France, émet des avis et formule des propositions et recommandations au gouvernement pour améliorer la compétitivité de l'industrie, renforcer les filières et développer les emplois et compétences associés* »⁹¹⁶. C'est

verte, cons. 12) alors que certaines dispositions se prêtent davantage à une loi d'application (par exemple, l'article 139 redéfinissant les conditions d'implantation des éoliennes terrestres).

⁹¹² Dossier de presse de présentation du projet de loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, 29 juil. 2014, p.12, disponible via Arnaud GOSSEMENT, « Loi pour la transition énergétique... », *cit.*, 30 juil. 2014.

⁹¹³ Laurence HEZARD, Jean JOUZEL, « Projet d'avis sur le projet de loi de programmation pour un nouveau modèle énergétique français », CESE, 3 juil. 2014, p. 6.

⁹¹⁴ *Id.*, p. 23.

⁹¹⁵ Décret n° 2010-596 du 3 juin 2010 relatif au conseil national de l'industrie, ensuite modifié par le décret n° 2013-162 du 22 février 2013.

⁹¹⁶ Cf. la page web du conseil national de l'industrie, rubrique « Le CNI », « Missions », consultée le 23 mars 2016 [<http://www.entreprises.gouv.fr/conseil-national-industrie/cni>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

par un avis en date du 8 juillet 2014 qu'il s'exprime sur le projet de loi de programmation pour un nouveau modèle énergétique. Si le ministère de l'Ecologie mettra en avant son écoute en intégrant l'objectif de « *maintien [d'] un prix de l'énergie compétitif* »⁹¹⁷ au sein des orientations de la politique énergétique française, tout n'a pas été retenu. Outre les doutes à nouveau évoqués concernant la baisse du nucléaire pour 2025⁹¹⁸, l'avis ne sera par exemple pas suivi d'effet quant à la demande du CNI d'être associé à la gouvernance de la transition énergétique et notamment à l'élaboration de ses outils de pilotage⁹¹⁹. Une décision qui peut cependant sembler de sagesse tant l'architecture des différents conseils et comités ayant à se prononcer sur le processus va s'avérer déjà chargée. Une juste mesure pourrait être de laisser le Conseil national de la transition écologique (CNTE), en tant que principal contributeur des documents de pilotage de la transition énergétique, saisir le CNI si besoin, au cas par cas.

Si l'impact potentiel de la transition énergétique et de son droit sur le secteur industriel ne se discutent pas, celui sur les collectivités territoriales semble également d'ampleur importante. C'est pour cela que le tout récent Conseil national d'évaluation des normes (CNEN) a été saisi du projet de texte et fait l'objet de la première séance de cette institution⁹²⁰. De saisine obligatoire sur « *l'impact technique et financier des projets de loi créant ou modifiant des normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics* »⁹²¹, son interpellation ne sera pourtant pas évoquée par le dossier de presse du ministère de l'Ecologie de juillet 2014 vantant le processus de « *co-construction* » du projet de loi. Et pour cause, car le CNEN a rendu un avis très clairement négatif à l'encontre du texte constituant la seule note discordante dans le concert globalement approuvé des institutions de conseil.

Cet avis défavorable se fonde sur trois points. Le premier, le plus développé, critique la procédure d'urgence dont a fait l'objet le texte, ne laissant ainsi au Conseil que « *15 jours pour rendre un avis sur un projet de loi comportant 200 pages et dont les mesures apparaissent à la fois importantes, pléthoriques et éclatées* »⁹²². D'autant plus que « *l'élaboration de cette loi était annoncée depuis deux années* » et que cette méthode cavalière va à l'encontre des « *méthodes de travail collaboratives instaurées à l'occasion des*

⁹¹⁷ Intégré à l'article 1^{er} de la loi de transition énergétique. Cf. Dossier de presse de présentation du projet de loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, 29 juil. 2014, p. 12, *via* Arnaud GOSSEMENT, « Loi pour la transition énergétique... », *cit.*, 30 juil. 2014.

⁹¹⁸ CNI, « Avis du Conseil national de l'industrie sur le projet de loi de programmation pour un nouveau modèle énergétique français », 8 juil. 2014, p. 2.

⁹¹⁹ *Id.*, p. 11.

⁹²⁰ Le CNEN, créé par la loi n° 2013-921 du 17 octobre 2013 portant création d'un Conseil national d'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics et installé le 3 juillet 2014 (cf. la page web du CNEN, rubrique « présentation générale », consultée le 18 mars 2016 [<http://www.cnen.dgcl.interieur.gouv.fr/articles/presentation-generale-h1a2.html>]), a rendu son avis sur le futur projet de loi de transition énergétique lors de la séance du 10 juillet 2014, délibération n° 14-07-10-00016.

⁹²¹ CGCT, art. L. 1212-2 – I al. 2.

⁹²² CNEN, séance du 10 juillet 2014, délibération n° 14-07-10-00016, p. 4. La situation par ailleurs ne s'améliorera pas dans les mois qui suivent, comme le dénonce un communiqué de presse de l'Association des maires de France (AMF) en date du 10 octobre 2014 (AMF, « Les élus de l'AMF rappellent que le CNEN n'est pas une chambre d'enregistrement », 10 oct. 2014, consulté le 18 mars 2016 [http://www.amf.asso.fr/document/index.asp?DOC_N_ID=12761&refer=1]) par ces mots : « *Après juste quelques mois de fonctionnement, le nombre de textes soumis en urgence ou extrême urgence aux élus du CNEN s'élèvent [sic] à près de 25%, soit 1 texte sur 4 !* ».

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

lois relatives à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement »⁹²³. Une critique fondée qui rejoint celles émises par les parlementaires durant l'examen du projet de loi de transition énergétique et rappelant les difficultés du droit de la transition énergétique à effectuer sa mue⁹²⁴. Le second point s'attaque à l'étude d'impact du projet de loi, également vouée aux gémonies pour son incapacité à donner une estimation des coûts induits par les mesures et objectifs qu'elle recouvre⁹²⁵. Enfin, le Conseil estime le texte « *trop prescriptif* » et trop peu ouvert à « *la mise en œuvre de politiques incitatives susceptibles de faire éclore les initiatives locales* »⁹²⁶, ici aussi une critique acerbe de ce que pourrait être le droit de la transition énergétique mais qu'il n'est pas. Il n'est donc pas étonnant dès lors que ne soit pas fait mention de cet avis par la ministre en charge de sa présentation. Et pourtant, les points abordés par les collectivités territoriales – qui devront mettre en place une bonne partie des mesures de la transition énergétique – constituent une saine critique. Le dernier en particulier aurait mérité quelques aménagements du texte afin de donner la plus grande liberté d'initiative possible aux collectivités, seules à même de savoir quelle solution sera localement la plus adaptée à l'atteinte des objectifs globaux de la France en matière énergétique et climatique. C'est d'ailleurs un prérequis non seulement de cette nouvelle logique de réseau énergétique décentralisé qui fonde la transition énergétique mais aussi, par ricochet, de son droit. Nous penserons ici par exemple à l'importance dans ce cadre de la reconnaissance constitutionnelle du droit à l'expérimentation normative locale, pourtant vidé de son contenu jusqu'à présent⁹²⁷.

En complément de ces multiples institutions de conseil non spécifiques à la transition énergétique, une autre, récente, a été créée spécialement pour accompagner ce mouvement.

2) Le Conseil national de la transition écologique, institution spécialisée de conseil pour les lois de transition énergétique

*« La transition écologique désigne la nécessité pour nos économies de rendre leur évolution compatible avec les ressources finies de la planète et le maintien des régulations naturelles indispensables à la vie telles que le climat ou le fonctionnement des écosystèmes. Elle recouvre tout processus de transformation de l'économie visant à maintenir ces ressources et régulations en-deçà de seuils critiques pour la viabilité de nos sociétés »*⁹²⁸.

Il semble donc que le mouvement de transition énergétique soit une partie d'un concept plus large, celui ici définit de transition écologique. Ce concept fait d'ailleurs l'objet d'une stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable (SNTEDD) pour la période 2015-2020⁹²⁹. Outre les doutes sur l'utilisation faite de la terminologie dans ce

⁹²³ CNEN, séance du 10 juillet 2014, délibération n° 14-07-10-00016, p. 4.

⁹²⁴ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, II).

⁹²⁵ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, I) A) 2) b).

⁹²⁶ CNEN, séance du 10 juillet 2014, délibération n° 14-07-10-00016, p. 5.

⁹²⁷ Nicolas KADA, « Proximité », *Dictionnaire encyclopédique de la décentralisation*, Nicolas KADA et al. (dirs.), Berger Levrault, 2017, pp. 865 – 866.

⁹²⁸ Dominique DRON (dir.), *Livre blanc sur le financement de la transition écologique*, 4 nov. 2013, p. 3.

⁹²⁹ Cf. « La stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable (SNTEDD) 2015-2020 », 5 fév. 2015, consulté le 24 mars 2016 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/La-strategie-nationale-de,42115.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

cas⁹³⁰, il semble qu'un nouvel acteur de poids fasse son apparition en tant que gardien de ce mouvement et ait son mot à dire quant aux textes encadrant la transition énergétique. Il est ici question du CNTE.

a) Aux origines du Conseil national de la transition écologique

En 2003, après la tenue du sommet de la Terre de Johannesburg du 26 août au 4 septembre 2002 – rendu célèbre en France par la phrase de Jacques Chirac : « *Notre maison brûle et nous regardons ailleurs* » – était créé le Conseil national du développement durable⁹³¹. Cette institution placée auprès du Premier ministre pouvait – déjà – être consultée sur des projets de textes législatifs ou réglementaires ayant trait au développement durable. Plus encore, quatre ans avant le Grenelle de l'environnement, elle fonctionnait aussi sur une base composée de personnalités qualifiées et de collèges représentatifs des collectivités territoriales, des employeurs et salariés, des associations et ONG concernées⁹³².

En 2009, la loi dite Grenelle I⁹³³ prévoit en son article 1^{er} la création « *d'un comité pérennisant la conférence des parties prenantes du Grenelle de l'environnement* » devant assurer le suivi de la mise en œuvre des diverses stratégies issues dudit processus. Le Comité national du développement durable et du Grenelle de l'environnement (CNDDGE) voit donc le jour en 2010⁹³⁴. Il reprend la gouvernance du Grenelle par le biais de quatre collèges finalement assez proches de ceux de la précédente instance. Il est associé à l'élaboration des stratégies évoquées précédemment et il peut également rendre un avis sur des projets de textes législatifs ou réglementaires dans le domaine le concernant.

Enfin, changement de président, changement de symboles, le CNDDGE devient CNTE seulement deux ans après sa création. Plus précisément, c'est par l'article 13 de la loi du 27 décembre 2012 concernant la participation du public⁹³⁵ que la création du CNTE est décidée. Ce sera alors en août 2013 qu'il verra officiellement le jour par décret⁹³⁶, à l'issue du DNTE. Il est constitué de six collèges, ajoutant ainsi comme le débat national l'avait fait les parlementaires et un collège d'associations non directement attachées à la protection de l'environnement⁹³⁷. Il est pour sa part placé auprès du ministre de l'Ecologie.

Il est à noter une évolution importante dans ses pouvoirs par rapport aux versions précédentes. En effet, sa consultation devient obligatoire sur les « *projets de loi concernant, à*

⁹³⁰ En effet, comment une stratégie de transition, impliquant donc une idée de mouvement, peut avoir pour objectif le développement durable, sachant que le terme de développement implique également une idée de mouvement ?

⁹³¹ Décret n° 2003-36 du 13 janvier 2003 portant création du Conseil national du développement durable.

⁹³² Décret n° 2003-36 du 13 janvier 2003 portant création du Conseil national du développement durable, art. 4.

⁹³³ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

⁹³⁴ Décret n° 2010-370 du 13 avril 2010 portant création du Comité national du développement durable et du Grenelle de l'environnement.

⁹³⁵ Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement.

⁹³⁶ Décret n° 2013-753 du 16 août 2013 relatif au Conseil national de la transition écologique.

⁹³⁷ Associations représentant le mouvement familial, associations de chasse, de pêche, etc. Cf. art. 1^{er} du décret n° 2013-753 du 16 août 2013 relatif au Conseil national de la transition écologique.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

titre principal, l'environnement ou l'énergie »⁹³⁸. Il gagne ainsi son rang d'institution référente pour ce qui concerne les questions d'environnement et d'énergie, sujets au fondement même du droit de la transition énergétique. Et ce, non seulement dans la mise en œuvre, à l'instar du CNDDGE mais de manière équivalente dans l'élaboration des textes.

Une fois évoqué le processus ayant abouti à la création du CNTE, il est approprié de s'enquérir de son rôle sur les lois de transition énergétique.

b) Le Conseil national de la transition écologique, un potentiel qui reste à vérifier

En application de la législation qui le régit, le CNTE est donc automatiquement saisi sur les textes traitant de l'environnement ou de l'énergie, à titre principal (mais aussi de différentes stratégies, traitées plus avant⁹³⁹). Tout le champ de compétence de cet organisme dépend alors de l'interprétation qui est faite de ces notions.

En l'occurrence, depuis sa mise en service en août 2013 jusqu'en juin 2017⁹⁴⁰, il avait rendu un total de 28 avis dont 13 sur des projets de loi ou d'ordonnance. Toutefois, une grande majorité de ceux-ci sont des projets d'ordonnance⁹⁴¹ ou des projets de loi de ratification d'ordonnance⁹⁴². En tout et pour tout, seuls 2 avis en 4 années d'existence concernent des projets de loi⁹⁴³.

C'est peu, surtout comparé à l'étude menée dans le chapitre précédent exposant l'éclatement des mesures de transition énergétique dans un grand nombre de lois. Rien que les lois de réforme territoriale⁹⁴⁴ et les lois de finances⁹⁴⁵ comportent un grand nombre de mesures ayant une incidence non négligeable sur la transition énergétique. L'interprétation faite du champ de compétence du CNTE est donc stricte et mériterait d'être étendue. Pourrait alors être envisagée la modification de la loi pour ajouter au critère limitant du « *à titre principal* », la possibilité d'une auto-saisine du CNTE sur tout projet de texte ayant un lien avec l'énergie ou l'environnement. Cela lui permettrait d'exercer un rôle plus prégnant sur les lois concernant, même à titre secondaire, la transition énergétique et ainsi tenter de donner plus de cohérence à l'édifice. Sinon, afin d'éviter une nouvelle loi de simplification, les membres du CNTE pourraient se saisir d'eux-mêmes de leur régime pour en faire une application extensive. Une piste dans ce sens pourrait être l'usage d'une disposition lui permettant de « *se saisir de toute question d'intérêt national concernant la transition écologique et le développement durable ou ayant un impact sur ceux-ci* »⁹⁴⁶. Au surplus, ces éléments semblent confirmer que le droit

⁹³⁸ C. Env., art. L. 133-2.

⁹³⁹ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II).

⁹⁴⁰ Peu avant la soumission de cette thèse.

⁹⁴¹ Délibérations n° 2015-04 en date du 17 déc. 2015 ; n° 2016-01, 2016-02 et 2016-03 en date du 16 fév. 2016 ; n° 2016-04 en date du 24 mars 2016 ; n° 2016-05 et 2016-06 en date du 27 juin 2016 ; et n° 2016-12 en date du 7 déc. 2016.

⁹⁴² Délibérations n° 2013-01 en date du 15 oct. 2013 ; n° 2014-03 en date du 3 juil. 2014 ; et n° 2016-09 en date du 12 sept. 2016.

⁹⁴³ Délibérations n° 2013-02, en date du 17 déc. 2013 ; et n° 2014-04, en date du 3 juil. 2014.

⁹⁴⁴ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, I) A) 1) a).

⁹⁴⁵ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, I) A) 1) b).

⁹⁴⁶ C. Env., art. L. 133-2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

de la transition énergétique (et celui de l'environnement, ici), est un droit d'ordonnance et donc de contournement ou de réduction du rôle du Parlement, comme nous le soulignons au regard des nombreuses habilitations incluses dans la loi de transition énergétique⁹⁴⁷.

En ce qui concerne l'examen du projet de loi de transition énergétique en lui-même et ce qui en est retiré par le Gouvernement pour ajout au texte avant débat parlementaire, il y a de quoi être déçu. D'un avis de neuf pages, le ministère de l'Ecologie ne retiendra que l'élargissement du « *déploiement des véhicules électriques à tous les véhicules propres dans le parc automobile de l'Etat et de ses établissements publics* » et l'ajout d'un « *objectif intermédiaire d'efficacité énergétique en 2030, pour compléter l'objectif de réduction par deux de la consommation d'énergie en 2050* »⁹⁴⁸.

Afin de donner plus de poids aux avis du CNTE, et finalement forcer le législateur à justifier les points qu'il décide de suivre ou non, il est nécessaire de revenir sur la rédaction des avis. En effet, l'avis concerné « *ne fait [...] pas ressortir les rapports de force. "Certains membres" est la formule récurrente faisant ressortir les opinions divergentes. Mais, [...] ce terme cache des situations très différentes puisque parfois il ne manque qu'un ou deux membres pour atteindre l'unanimité* »⁹⁴⁹. Or, jouant de l'absence d'unanimité, il est aisé au Gouvernement d'invoquer des dispositions dissensuelles qui peuvent tout autant diviser profondément les membres du CNTE qu'être uniquement rejetées par un collège voire un seul acteur. Le CNTE renoue ici avec les déboires de la conclusion du DNTE du fait d'un dispositif mal conçu dès le départ⁹⁵⁰. L'usage de la formule « *certaines membres* » au lieu de détailler clairement le rapport de force en place permet de garder toute latitude au ministère rédacteur du projet de loi. Il apparaîtrait donc utile, afin de donner son plein rôle au CNTE et son plein sens à la publicité de ses avis⁹⁵¹, d'appliquer la technique dite du « *name and shame* »⁹⁵², mettant ainsi face à leurs responsabilités tant les membres du Conseil que le Gouvernement.

Au final, il ressort des éléments passés ici en revue à propos des institutions de conseil regardant les projets de loi traitant de la transition énergétique, que les dispositions actuelles

⁹⁴⁷ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, II) A) 2) b).

⁹⁴⁸ Cf. Dossier de presse de présentation du projet de loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, 29 juil. 2014, p. 12, via Arnaud GOSSEMENT, « Loi pour la transition énergétique... », *cit.*, 30 juil. 2014.

⁹⁴⁹ Philippe COLLET, « Transition énergétique : le CNTE espère influencer la version 2 du projet de loi », *Actu-environnement.com*, 3 juil. 2014, consulté le 17 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/loi-transition-energetique-avis-cnte-ong-22134.php4>].

⁹⁵⁰ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 2, II) B).

⁹⁵¹ C. Env., art. L. 133-3.

⁹⁵² Nom employé pour la pratique de la publication de rapports qui peuvent attirer la désapprobation de l'opinion. À titre d'exemple, l'obligation de publication des implantations et activités des établissements bancaires, établie par l'article 7 de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, permet de déceler leur implantation dans les paradis fiscaux (cf. Anne MICHEL, « Les profits juteux des banques françaises dans les paradis fiscaux », *Le Monde*, 16 mars 2016, consulté le 24 mars 2016 [http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/03/16/les-profits-juteux-des-banques-francaises-dans-les-paradis-fiscaux_4883928_3234.html#heIrpHPuuKLBjyQT.99]). C'est une technique de *soft law* en ce qu'elle ne met pas de sanction en place mais fait appel à la pression citoyenne qui peut ressortir de la publication d'informations compromettantes. Cf. sur la *soft law*, Partie 1, titre 2, chap. 2, section 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

permettent d'avoir tant un examen sur la forme que sur le fond d'une partie des dispositions concernées. La question de la prise en compte de ces avis par le Gouvernement et ensuite par les parlementaires reste alors le principal facteur potentiellement limitant de ces travaux. Le droit de la transition énergétique gagnerait cependant certainement en qualité et stabilité si la saisine de ces différents organismes était plus ouverte et leurs rapports systématiquement accessibles au public. S'agissant des textes réglementaires, les ministères disposent également d'instances généralistes ou spécialisées pour les appuyer dans l'élaboration de cet aspect du droit de la transition énergétique, primordial.

B) Les institutions se prononçant sur les textes réglementaires

Afin d'améliorer la rédaction des textes d'application des dispositions législatives, le Gouvernement peut s'appuyer sur plusieurs institutions de conseil. Leur logique est jumelle de celle suivie dans les paragraphes précédents, à savoir que certaines sont généralistes quand d'autres sont spécifiques à la transition énergétique. Certaines analysent déjà les projets ou propositions de loi, d'autres sont spécifiques aux textes réglementaires.

1) Les institutions de conseil sur l'énergie au sens large

Au sein des institutions généralistes, nous intéressent bien évidemment ici celles ayant à se prononcer sur des textes concernant l'énergie, et pas seulement sur des thématiques de transition énergétique, sachant toutefois que la transition a tendance à englober l'ensemble des politiques énergétiques⁹⁵³. Au sein de ces instances généralistes, trois ont déjà un rôle de conseil sur les ébauches de loi. Il s'agit du Conseil d'Etat, du CESE et du CNEN. Alors que certains décrets doivent être pris en Conseil d'Etat⁹⁵⁴ (la loi afférente le précise alors), d'autres sont seulement soumis de manière optionnelle par le Gouvernement⁹⁵⁵, à l'instar de ceux soumis à un avis du CESE⁹⁵⁶. Quant au CNEN, sa consultation est obligatoire sur les « *projets de textes réglementaires créant ou modifiant des normes qui [...] sont applicables [aux] collectivités territoriales et leurs établissements publics* », et plus spécifiquement « *sur l'impact technique et financier* » de ces mesures⁹⁵⁷. Ces différents organismes ont d'ailleurs été consultés sur plusieurs projets de décrets d'application de la loi de transition

⁹⁵³ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, I) A).

⁹⁵⁴ Cf. « Consultations préalables », « Règles propres à la consultation du Conseil d'Etat », « Consultation obligatoire », *Légifrance*, consulté le 23 mars 2016 [<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/II.-Etapas-de-l-elaboration-des-textes/2.1.-Regles-generales/2.1.3.-Consultations-prealables>] : « *Le Conseil d'Etat est obligatoirement consulté sur [...] les projets de décrets pour lesquels cette consultation a été prévue* ».

⁹⁵⁵ *Id.*, « Consultation facultative » : « *Dans les cas où la consultation du Conseil d'Etat n'est pas obligatoire, le Gouvernement peut toujours, en raison de la complexité ou de la nature de la matière traitée, soumettre un texte au Conseil d'Etat afin qu'il donne son avis* ».

⁹⁵⁶ Art. 69 al. 1^{er} de la Constitution du 4 oct. 1958 : « *Le Conseil économique, social et environnemental, saisi par le Gouvernement, donne son avis sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret ainsi que sur les propositions de lois qui lui sont soumis* ».

⁹⁵⁷ CGCT, art. L. 1212-2 – I al. 1^{er}.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

énergétique⁹⁵⁸. En sus de ces conseils, deux autres institutions généralistes de l'énergie apportent leur savoir à la rédaction de textes réglementaires.

a) Le Conseil supérieur de l'énergie, institution représentative de préoccupations énergétiques évolutives

Le Conseil supérieur de l'énergie (CSE) est l'héritier du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz, créé par l'article 45 de la loi du 8 avril 1946⁹⁵⁹. Cette dénomination perdurera jusqu'à 2005⁹⁶⁰. Durant ses presque 60 ans de service, le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz a été à l'image d'une société d'après-guerre fondée sur le pétrole, le charbon et l'hydroélectricité⁹⁶¹, secouée par le choc pétrolier de 1973 et développant son parc électronucléaire dans les années 1980 et 1990⁹⁶². Il est alors consulté « *sur tous les décrets intéressant le gaz et l'électricité* »⁹⁶³.

Signe d'une évolution de fond dans la conception du mix énergétique (et en particulier électrique), la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique, loi dite Pope, en 2005, élargit le rôle de ce Conseil. La loi Pope fixant des objectifs de part d'énergie renouvelable dans la production intérieure d'électricité pour 2010 et 2020⁹⁶⁴, elle dote le désormais Conseil supérieur de l'énergie de compétences concernant directement la politique de l'énergie. Il peut alors rendre au Gouvernement « *des avis concernant la politique en matière d'électricité, de gaz et d'autres énergies fossiles, d'énergies renouvelables et d'économies d'énergie* »⁹⁶⁵. Cette définition des nouvelles compétences du CSE inclue donc, signe d'un changement de conception de la politique énergétique, les énergies renouvelables et les économies d'énergies, à la fois objectifs et moyens de la transition énergétique.

Dans la foulée de ce mouvement, la loi dite Grenelle II de 2010 ajoute au sein du CSE « *[u]n comité de suivi des énergies renouvelables [...], afin d'évaluer la progression vers l'objectif de 23 % d'énergies renouvelables dans la consommation d'énergie finale en 2020* »⁹⁶⁶. Enfin,

⁹⁵⁸ A titre d'exemple, le Conseil d'Etat et le CNEN ont été consultés sur le projet du décret n° 2016-43 du 26 janvier 2016 relatif au comité du système de distribution publique d'électricité. Pour ce qui est du CESE, sa saisine est plus rare sur ces textes réglementaires que les autres institutions citées. Au 29 juin 2017, aucun des nombreux décrets d'application de la loi de transition énergétique n'avaient été pris après avis du CESE.

⁹⁵⁹ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

⁹⁶⁰ Alors modifiée par l'article 70 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, dite loi Pope.

⁹⁶¹ Sur l'hydroélectricité en France, cf. DGECE, « L'industrie des énergies décarbonées en 2010 », 2011, consulté le 29 mars 2016, p. 8 de la fiche 13 (ou p. 175 du document) [<http://temis.documentation.developpement-durable.gouv.fr/docs/Temis/0070/Temis-0070605/19323.pdf>].

⁹⁶² À titre d'exemple, en 1980 le mix de production électrique français était composé à 27,3% de renouvelables, à 23,8% de nucléaire et à 48,9% de thermique. En 2010, les proportions respectives étaient de 13,8%, 75,9% et 10,3%. On note donc une forte progression du nucléaire au détriment des autres modes de production d'électricité. CGDD, « L'évolution du mix électrique dans le monde entre 1980 et 2010 », Chiffres et statistiques n° 406, avr. 2013, consulté le 29 mars 2016, p. 1 [http://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/fileadmin/documents/Produits_editoriaux/Publications/Chiffres_et_statistiques/2013/chiffres-stats406-mix-electrique-dans-le-monde-entre1980et2010-avril%202013.pdf].

⁹⁶³ Art. 45 al. 1^{er} de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz dans sa version appliquée jusqu'à 2005.

⁹⁶⁴ Art. 4 de la loi dite Pope.

⁹⁶⁵ Art. 70, 2°, al. 2 de la loi Pope.

⁹⁶⁶ Art. 84, 2°, al. 3 de la loi dite Grenelle II.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

sa dernière modification, datant d'un décret du 3 mars 2015⁹⁶⁷, n'apportera pas de grand changement.

Alors que la version du Conseil en activité jusqu'à 2005 était placée sous l'égide du ministre en charge de l'industrie⁹⁶⁸, le CSE est placé auprès du ministre en charge de l'énergie. C'est dorénavant ce dernier qui procède aux nominations du président et des vice-présidents du CSE⁹⁶⁹. Ce changement de ministère de tutelle s'accompagne d'un changement de conception de l'énergie. Autrefois moyen d'une politique industrielle, elle est rattachée à partir du Grenelle de l'environnement au ministère en charge de l'environnement⁹⁷⁰ (malgré un court retour au ministère de l'Industrie de novembre 2010 à mai 2012). Elle devient alors une compétence stratégique pour servir une autre cause, la transition énergétique et son intégration au droit dans une finalité de préservation de l'environnement global.

En cohérence avec son rôle de conseil du Gouvernement sur les projets de décrets et arrêtés concernant l'électricité et le gaz, le CSE est amené à se prononcer sur un grand nombre de projets de textes réglementaires pris en application de la législation de la transition énergétique. A titre d'exemple, le CSE a examiné le 3 novembre 2015 dix projets de décrets concernant les énergies renouvelables⁹⁷¹ dont certains très attendus, tel celui concernant le complément de rémunération⁹⁷².

Outre son rôle de conseiller du ministre en charge de l'énergie, le CSE apporte aussi son soutien à une autre institution, la Commission de régulation de l'énergie (CRE). Ainsi, en application de l'article L. 134-9 du Code de l'énergie, il est consulté sur les décisions de la CRE « *pouvant avoir une incidence importante sur les objectifs de la politique énergétique* »⁹⁷³. Cela se traduit, au sein du décret du 3 mars 2015, par des avis à rendre sur des problématiques majoritairement d'accès aux « *réseaux publics de transport et de distribution d'électricité* »⁹⁷⁴. Cet aspect étant l'une des missions centrales de la CRE.

⁹⁶⁷ Décret n° 2015-248 du 3 mars 2015 modifiant l'article 45 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz et le décret n° 2006-366 du 27 mars 2006 relatif à la composition et au fonctionnement du Conseil supérieur de l'énergie.

⁹⁶⁸ Cf. par exemple le décret n° 49-1107 du 4 août 1949 portant règlement d'administration publique, modifiant le décret du 17 mai 1946 relatif à l'organisation du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz, signé de la main du ministre de l'Industrie et du Commerce d'alors, Robert LACOSTE. Ou, plus récemment, avec le décret du 25 juin 1996 portant nomination au Conseil supérieur de l'électricité et du gaz pris par le ministre de l'Industrie, de la Poste et des Télécommunications, Franck BOROTRA.

⁹⁶⁹ Décret n° 2006-366 du 27 mars 2006 relatif à la composition et au fonctionnement du Conseil supérieur de l'énergie, art. 2.

⁹⁷⁰ Comme l'atteste le décret n° 2007-995 du 31 mai 2007 relatif aux attributions du ministre d'Etat, ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables en son article premier.

⁹⁷¹ Cf. Arnaud GOSSEMENT, « Energies renouvelables : dix projets de textes devant le Conseil supérieur de l'énergie », *Gossement Avocats*, 28 oct. 2015, consulté le 30 oct. 2015 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2015/10/28/eneri-5707417.html>].

⁹⁷² Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) A).

⁹⁷³ C. Ener., art. L. 134-9.

⁹⁷⁴ Alexia MULLER-CURZYDLO, « Composition et fonctionnement du Conseil supérieur de l'énergie », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, avr. 2015, alerte 68, p. 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

b) La Commission de régulation de l'énergie, le conseiller technique

En appui du Gouvernement et en complément du rôle de conseiller de politique énergétique que remplit le CSE, la CRE est le régulateur des marchés de l'électricité et du gaz et rend des avis sur les projets de textes réglementaires relevant de ses compétences.

Créée par la loi du 10 février 2000⁹⁷⁵, la CRE est tout d'abord une autorité administrative indépendante⁹⁷⁶ (AAI), jouissant ainsi d'une indépendance et de pouvoirs renforcés. Elle met alors ses pouvoirs au service du « *bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel au bénéfice des consommateurs finals en cohérence avec les objectifs fixés à l'article L. 100-1 et les prescriptions énoncées à l'article L. 100-2* [du Code de l'énergie] »⁹⁷⁷. Cette définition de sa mission principale appelle plusieurs réflexions.

En premier lieu, la CRE vise à accompagner la libéralisation du marché de l'électricité et du gaz naturel, en application des directives européennes respectives⁹⁷⁸, théoriquement au profit du consommateur. Le principe de la libéralisation du marché, par l'entrée de nouveaux fournisseurs d'énergie créant une situation de concurrence accrue, révèle une volonté de faire baisser les prix et d'améliorer le service pour le consommateur final⁹⁷⁹. Le développement de la concurrence fait d'ailleurs explicitement l'objet d'une des missions de la CRE⁹⁸⁰.

Cependant, en second lieu, de nouvelles priorités ont été ajoutées aux objectifs et prescriptions qui guident l'action de la CRE. En effet, l'impératif de « *cohérence* » avec les articles L. 100-1 et L. 100-2 du Code de l'énergie a permis à la loi de transition énergétique d'atteindre par ricochet la politique menée par la Commission. Alors que les anciens objectifs de la politique énergétique étaient centrés sur « *l'indépendance stratégique de la nation et [la] compétitivité économique* »⁹⁸¹ de la France, la version en date du 19 août 2015 inclut notamment la notion de « *croissance verte qui se définit comme un mode de développement économique respectueux de l'environnement, à la fois sobre et efficace en énergie et en consommation de ressources et de carbone, socialement inclusif, soutenant le potentiel d'innovation et garant de la compétitivité des entreprises* »⁹⁸². De même, la nouvelle rédaction des moyens à mettre en place pour atteindre les objectifs susnommés ajoute à la diversification des sources d'énergie au profit des renouvelables déjà inscrite, « *[l'] élargissement progressif de la part carbone* »⁹⁸³. La CRE a donc dorénavant le devoir

⁹⁷⁵ Art. 28 et suivants de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

⁹⁷⁶ Pour un rapide descriptif de ce qu'est une AAI, cf. *Vie-publique*, « Qu'est-ce qu'une autorité administrative indépendante (AAI) ? », 12 oct. 2012, consulté le 31 mars 2016 [<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/organisation/etat/aai/qu-est-ce-qu-autorite-administrative-independante-aai.html>].

⁹⁷⁷ *C. Ener.*, art. L. 131-1 al. 1.

⁹⁷⁸ 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, et 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.

⁹⁷⁹ Cf. à ce sujet, Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, I) B) 1).

⁹⁸⁰ *C. Ener.*, art. L. 131-1 al. 2.

⁹⁸¹ *C. Ener.*, art. L. 100-1, version en vigueur du 1 juin 2011 au 19 août 2015.

⁹⁸² *C. Ener.*, art. L. 100-1 al. 1, version en vigueur au 19 août 2015.

⁹⁸³ *C. Ener.*, art. L. 100-2 al. 4, version en vigueur au 19 août 2015.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

d'appliquer ses missions non plus dans un objectif uniquement de politique libérale de l'énergie, mais doit concourir à la concrétisation du droit de la transition énergétique.

En sus de son rôle de gendarme des marchés de l'énergie et du gaz, le collège « *de six membres nommés en raison de leurs qualifications juridiques, économiques et techniques* »⁹⁸⁴ de la CRE tient une place de conseiller technique quant à l'édiction de textes réglementaires :

*« La Commission de régulation de l'énergie est préalablement consultée sur les projets de dispositions à caractère réglementaire relatifs à l'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, aux ouvrages de transport et de distribution de gaz naturel et aux installations de gaz naturel liquéfié et à leur utilisation. Elle est également consultée sur le projet de décret en Conseil d'Etat fixant les obligations d'Electricité de France et des fournisseurs bénéficiant de l'électricité nucléaire historique et les conditions de calcul des volumes et conditions d'achat de cette dernière prévu à l'article L. 336-10 »*⁹⁸⁵.

Dans la pratique, cette disposition traduit la compétence de la CRE pour le calcul de deux dispositifs clés de l'entrée sur le marché de nouveaux fournisseurs d'électricité : le tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité (TURPE) et l'organisation de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH). Le TURPE est appliqué afin de permettre au gestionnaire du réseau de transport et de distribution d'électricité de couvrir « *les charges engagées pour l'exploitation, le développement et l'entretien des réseaux* »⁹⁸⁶. Cette mesure permet l'indépendance du gestionnaire de réseau et une tarification égale pour tout fournisseur potentiel. L'ARENH⁹⁸⁷, pour sa part, vise à mettre sur un pied d'égalité EDF, fournisseur historique d'électricité exploitant notamment le parc nucléaire français, et tout nouveau fournisseur d'électricité. En effet, afin de résorber la position avantageuse d'EDF tirant son électricité d'un parc installé amorti et ne pas laisser aux nouveaux entrants l'obligation de ne se baser que sur des installations plus coûteuses, la loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (NOME)⁹⁸⁸ force EDF à vendre une partie de son électricité d'origine nucléaire à des fournisseurs alternatifs à un prix régulé⁹⁸⁹.

Ce système est essentiel à la réussite de la transition vers un système de production énergétique décentralisé et fondé majoritairement sur les renouvelables. Néanmoins, du fait des coûts décroissants des énergies renouvelables électriques, et des prix de marché de l'électricité au plus bas depuis quelques années, ce dispositif n'a plus de raison d'être actuellement⁹⁹⁰. Les missions de la CRE évolueront alors en conséquence mais elle devrait

⁹⁸⁴ C. Ener., art. L. 132-2 al. 1.

⁹⁸⁵ C. Ener., art. L. 134-10.

⁹⁸⁶ CRE, « Tarifs d'accès au réseau et prestations annexes », « L'essentiel », consulté le 31 mars 2016 [<http://www.cre.fr/reseaux/reseaux-publics-d-electricite/tarifs-d-acces-et-prestations-annexes>].

⁹⁸⁷ Issu du « Rapport de la commission sur l'organisation du marché de l'électricité » présidé par Paul CHAMPSAUR et rendu en avr. 2009.

⁹⁸⁸ Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, dite loi Nome.

⁹⁸⁹ Ce prix est fixé à 42 €/MWh depuis l'arrêté du 17 mai 2011 fixant le prix de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique à compter du 1er janvier 2012, pris après une délibération du 5 mai 2011 de la CRE.

⁹⁹⁰ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, II) A) 2).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

rester une instance d'avis techniques et économiques sur le marché de l'énergie au profit du Gouvernement et de ses propositions de textes réglementaires.

En complément des institutions de conseil de l'exécutif ayant trait à l'énergie au sens large, certaines nouvelles institutions spécifiques à la transition énergétique ont été créées récemment.

2) Les institutions spécifiques à la transition énergétique

En vertu de l'article L. 133-2, 2° du Code l'environnement, le CNTE est consulté sur « *les stratégies nationales relatives au développement durable, à la biodiversité et au développement de la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises* ». En l'occurrence, cette définition autorise l'institution emblématique de la transition à rendre un avis sur les décrets relatifs aux budgets carbone, aux stratégies bas-carbone et aux programmations pluriannuelles de l'énergie. En conséquence, la mention de sa consultation apparaît au visa, à titre d'exemple, du décret du 18 novembre 2015 relatif aux budgets carbone nationaux et à la stratégie nationale bas-carbone⁹⁹¹. Ayant déjà évoqué les missions et la composition du CNTE auparavant, cette partie sera consacrée au rôle d'une autre instance de conseil réglementaire, le comité d'experts pour la transition énergétique (CETE).

a) Le comité d'experts pour la transition énergétique, assemblée de sages issue du débat national sur la transition énergétique

Le DNTE avait mis en place au sein de son architecture foisonnante un groupe d'experts censé représenter la diversité de la communauté scientifique et des acteurs sociétaux concernés par la transition afin de procurer une base scientifique étayée aux débats⁹⁹². Composé de plus de cinquante membres, il avait permis de construire des scénarios de transition énergétique variés et été un vrai atout pour cet exercice de débat public. Au risque de créer un comité de plus⁹⁹³, la loi de transition énergétique, en son article 177⁹⁹⁴, crée le CETE.

⁹⁹¹ Décret n° 2015-1491 du 18 novembre 2015 relatif aux budgets carbone nationaux et à la stratégie nationale bas-carbone.

⁹⁹² Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, II) B) 2) a).

⁹⁹³ Le CESE, dans son avis sur le projet de loi de transition énergétique, préférerait que les institutions existantes fassent appel « *ponctuellement à une expertise plurielle* » plutôt que de créer le CETE (Laurence HEZARD, Jean JOUZEL, « *Projet d'avis sur le projet de loi de programmation pour un nouveau modèle énergétique français* », CESE, 3 juil. 2014, p. 23). Le rapporteur de la commission d'examen du Sénat pour le projet de loi sur la transition énergétique faisait part des mêmes doutes avant de se rallier à l'utilité d'une telle instance (Sénat, Commission des affaires économiques, Rapport n° 263 sur le projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Ladislav PONIATOWSKI, 28 jan. 2015, art. 49 bis) : « *Le premier mouvement de votre rapporteur a consisté à s'interroger sur la pertinence de la création de ce comité d'experts, craignant que celui-ci n'alourdisse inutilement les procédures d'élaboration des documents de programmation, voire qu'il doublonne le Conseil national de la transition énergétique (CNTE) dans la phase de consultation préalable à l'élaboration de ces documents. Au fil de ses travaux, il lui est cependant apparu qu'une expertise technique aurait son intérêt [...]* ».

⁹⁹⁴ Codifié à l'art. L. 145-1 du Code de l'énergie.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Sa mission principale, précisée par le décret du 2 octobre 2015⁹⁹⁵, est strictement encadrée et fixée dans la loi :

*« Le comité d'experts pour la transition énergétique est consulté dans le cadre de l'élaboration du budget carbone et de la stratégie bas-carbone [...], ainsi que de la programmation pluriannuelle de l'énergie [...] »*⁹⁹⁶.

Il a donc pour but « d'accompagner le Gouvernement dans la définition »⁹⁹⁷ de ces instruments de planification constituant le fil d'Ariane de la transition énergétique⁹⁹⁸. Cet accompagnement se fait, comme le précise le rapporteur de la commission des affaires économiques du Sénat en charge de l'examen du texte, « en amont et en aval du processus : en amont, il est consulté, avec le CNTE, sur le projet de programmation et en aval, il rend un avis sur la programmation »⁹⁹⁹. Et de même pour le budget carbone et la stratégie bas-carbone, en application de l'article L. 222-1 D du Code de l'énergie.

Dans les faits, la ressemblance du CETE avec le groupe d'experts du DNTE va plus loin que la mission d'analyse prospective. Ses membres, nommés par un arrêté du 5 octobre 2015¹⁰⁰⁰, sont en effet pour moitié d'anciens membres du groupe d'experts et son président est le même (M. Colombier – IDDRI). Les membres du comité sont par ailleurs dans leur grande majorité des membres d'organismes publics de recherche (CEA, CNRS, CIRED) ou des universitaires, devant ainsi garantir une hauteur de vue scientifique sur des sujets variés au cœur de la transition énergétique.

Ce comité étant un pur produit du droit de la transition énergétique, cette matière pourrait être considérée comme un droit d'experts, un droit inaudible pour le citoyen. Pourtant, c'est ici plutôt le contraire : vu la complexité des enjeux et surtout les intérêts présents, il est essentiel que le citoyen puisse compter sur l'éclairage d'experts reconnus et indépendants ou au moins représentant une diversité d'opinions. C'est ainsi que ce droit pourra n'être pas seulement technique et opaque mais bien lisible, accessible et étayé.

Nous verrons dans les lignes suivantes les conditions de la reconnaissance des travaux de ce comité, de première importance pour s'assurer que le droit de la transition énergétique est conforme à la science et non seulement à des partis pris politiques.

⁹⁹⁵ Décret n° 2015-1222 du 2 octobre 2015 relatif au comité d'experts pour la transition énergétique.

⁹⁹⁶ C. Ener., art. L. 145-1 al. 1.

⁹⁹⁷ Assemblée nationale, Commission spéciale pour l'examen du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Rapport n° 2230, Ericka BAREIGTS *et al.*, 27 sept. 2014, art. 49 bis.

⁹⁹⁸ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2.

⁹⁹⁹ Sénat, Commission des affaires économiques, Rapport n° 263 sur le projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Ladislav PONIATOWSKI, 28 jan. 2015, art. 49 bis.

¹⁰⁰⁰ Arrêté du 5 octobre 2015 portant nomination des membres du comité d'experts pour la transition énergétique.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

b) Les conditions de la reconnaissance des travaux du comité d'experts pour la transition énergétique

Afin de donner du poids et de rendre effectifs, à défaut d'être prescriptifs, les avis du CETE, il faut réunir deux conditions. Premièrement, ses membres doivent être au-dessus de tout soupçon, c'est-à-dire faire preuve d'une compétence reconnue et ne pas être dans une situation de conflit d'intérêt. Deuxièmement, l'avis transmis au Gouvernement doit être rendu public pour que les responsables politiques soient contraints de se conformer aux engagements qu'ils ont pris tant au niveau international que national.

Le premier point a été débattu durant l'examen du texte et s'avère partiellement traité par la loi. A l'origine, l'Assemblée nationale avait opté pour la nomination de membres disposant de « *qualifications juridiques, économiques et techniques* »¹⁰⁰¹. Le Sénat remplacera cette condition de nomination par la simple évocation des « *compétences* » des candidats¹⁰⁰². Cette simplification doit être accueillie avec bienveillance en ce qu'elle ouvre la porte à des personnalités qualifiées qui seraient en dehors de cette définition strictement interprétée. Par exemple, cela lève toute ambiguïté quant à la possibilité de nommer des personnalités reconnues du domaine de la protection de l'environnement.

Sujet à discussion car il s'agit d'un point particulièrement délicat, les députés avaient prévu l'incompatibilité des membres du CETE « *avec tout mandat électif communal, départemental, régional, national ou européen et avec la détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur de l'énergie* »¹⁰⁰³. La version finale est sensiblement différente. Tout d'abord, la dernière partie, constituant le conflit d'intérêt le plus évident, a été conservée, et c'est un soulagement. Cette disposition exclut directement les entreprises de l'énergie de ce comité. Sachant que ces dernières sont déjà représentées au CNTE et ont une force de frappe conséquente sur les textes législatifs et réglementaires de par leur capacité de lobbying, cette disposition était nécessaire afin de préserver la confiance en l'avis du CETE. Cependant, après le passage au Sénat, l'incompatibilité avec les mandats électifs a été remplacée par l'obscur notion de « *toute fonction d'agent public exerçant une responsabilité de contrôle ou de décision dans le secteur de l'énergie* »¹⁰⁰⁴. Ce changement vient de sénateurs ayant pris ombrage de cette disposition laissant penser selon eux « *qu'un mandat électif va de pair avec le conflit d'intérêts* » et ainsi « *jette la suspicion sur tous les élus* »¹⁰⁰⁵. Cependant, le sénateur écologiste Ronan Dantec explique clairement pourquoi les élus, bien que potentiellement compétents, doivent être tenus en dehors du CETE :

¹⁰⁰¹ Commission mixte paritaire, Rapport n° 2624 (Assemblée nationale) et 331 (Sénat) sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Marie-Noëlle BATTISTEL et al., 10 mars 2015, art. 49 bis, version de l'Assemblée nationale.

¹⁰⁰² *Id.*, version du Sénat.

¹⁰⁰³ *Id.*, version de l'Assemblée nationale.

¹⁰⁰⁴ *Id.*, version du Sénat.

¹⁰⁰⁵ Sénat, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, « Séance du 19 février 2015 (compte rendu intégral des débats) », « Article 49 bis », Ségolène ROYAL, consulté le 1^{er} avr. 2016, [http://www.senat.fr/seances/s201502/s20150219/s20150219_mono.html].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

« [S]i nous acceptons que des élus fassent partie de ce comité, nous devons respecter la pluralité politique. Or le comité comptera moins d'une dizaine de membres. S'il y a quatre ou cinq élus, cela ne fonctionnera plus. Les élus, qu'ils soient membres d'une collectivité territoriale ou parlementaires, s'exprimeront déjà au sein du Conseil national de la transition écologique, qui, lui aussi, émet un avis. Il faut que les experts de ce comité viennent d'un autre horizon »¹⁰⁰⁶.

Néanmoins, rien n'y fera et ce sera la version permissive envers les élus qui sera votée. A cette date, aucun élu n'a cependant été nommé parmi les membres du CETE.

Le second point n'est autre que la publication des avis du CETE. Lors de la commission spéciale d'examen du texte de loi sur la transition énergétique en vue de sa deuxième lecture au Palais Bourbon, le député UMP Martial Saddier estimait que le CETE *« n'a de sens que si la nomination desdits experts est explicite et transparente, et qu'il est assorti de gages d'indépendance et de garanties de divulgation de l'information et des résultats de ses travaux »*¹⁰⁰⁷. Cette prise de position va dans le sens de l'avis de *« certains membres »* du CNTE sur le projet de loi qui demandent *« que ses avis soient rendus publics par le gouvernement, qui devrait justifier de leur prise en compte »*¹⁰⁰⁸. L'enjeu est effectivement sur ce point précis de forcer le Gouvernement à rendre des comptes. Le CETE doit être plus puissant et imposer aux politiques de suivre la voie permettant la réalisation de la transition énergétique en conformité notamment avec les Accords de Paris¹⁰⁰⁹ mais aussi avec les objectifs de la loi de transition énergétique elle-même¹⁰¹⁰. Or, l'unique moyen d'obtenir des mesures techniques en conformité avec des objectifs jugés ambitieux, c'est la pression citoyenne, informée par un cénacle scientifique tel que le CETE du potentiel décalage entre les discours volontaristes et la réalité des mesures nécessaires. Ainsi, si les avis du CETE sont communiqués sur la page internet du ministère en charge de la transition énergétique¹⁰¹¹, il aurait été utile, pour lui donner davantage de visibilité de créer sa propre page, directement accessible *via* un moteur de recherche. Cette initiative pourrait par ailleurs être prise pour le CNTE, bien que celui-ci dispose d'un onglet dédié un peu plus important, au vu de sa production plus soutenue¹⁰¹².

C'est à ce prix que la gouvernance mise sur pied par le droit de la transition énergétique sera assurée au mieux.

¹⁰⁰⁶ *Id.*, Ronan DANTEC.

¹⁰⁰⁷ Assemblée nationale, Commission spéciale pour l'examen du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Rapport n° 2736, Ericka BAREIGTS *et al.*, 16 avr. 2015, amendement CS195.

¹⁰⁰⁸ CNTE, « délibération n° 2014-04 : avis sur le projet de loi de programmation pour un nouveau modèle énergétique français », 3 juillet 2014, p. 8.

¹⁰⁰⁹ Nations Unies, *Accord de Paris*, entré en vigueur le 4 nov. 2016.

¹⁰¹⁰ *Cf.* Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, I).

¹⁰¹¹ *Cf.* [<http://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/loi-transition-energetique-croissance-verte>].

¹⁰¹² *Cf.* [<http://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/cnte>].

II. Les instances de gouvernance de la transition énergétique

Après s'être prononcée sur les divers projets de loi ou de textes réglementaires touchant à la transition énergétique, la galaxie des conseils et comités évoquée précédemment est de nouveau sollicitée afin de renforcer l'élaboration et l'évolution des documents de planification de la transition énergétique. Pour être plus précis, certaines des institutions déjà rencontrées ont ce double rôle et d'autres nouvelles institutions très spécialisées viennent se mêler à la cohorte. D'ailleurs ce point attire des critiques, car il est estimé que :

« Le texte pourrait donner davantage de garantie pour une transition énergétique transparente et partagée : le parlement est très peu associé à l'élaboration et à la révision des nouveaux documents de planification ; les multiples, et sans doute trop nombreux, nouveaux comités ne sont pas articulés avec le Conseil national de la transition écologique (CNTE) »¹⁰¹³.

Le Parlement étant laissé de côté dans l'élaboration des documents de planification de la transition énergétique au profit d'autres instances, il s'impose de les présenter et d'envisager leur contribution tant aux documents censés être le fil rouge de la transition qu'à la mise en œuvre même de ce processus et donc l'application de son droit.

A) Les instances de contribution aux documents de planification de la transition énergétique

Les trois nouveaux documents de planification mis en place par le droit de la transition énergétique sont hérités de la loi éponyme. La stratégie bas-carbone (SBC), accompagnée de ses budgets carbone, et la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) sont des plans quinquennaux fondés sur un objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre et qui fixent des objectifs chiffrés par secteur afin de mobiliser la société en ce sens¹⁰¹⁴. Ces documents sont rendus opposables une fois qu'ils ont été validés par décret. Dès lors, outre les dispositions de la loi de transition énergétique permettant d'avoir connaissance des institutions devant être sollicitées pour avis, les visas desdits décrets permettent de s'enquérir des contributions réellement apportées aux documents.

1) Le rôle des instances saisies pour avis sur les documents de planification de la transition énergétique

En premier lieu, il convient de s'intéresser aux instances amenées à se prononcer sur les projets de budget carbone ainsi que sur la SBC, étant donné qu'ils fixent les objectifs que la PPE devra accomplir. Ces instances sont connues puisqu'elles se prononcent déjà sur des textes législatifs ou réglementaires touchant à la transition. Il s'agit du CNTE et du CETE¹⁰¹⁵.

¹⁰¹³ Géraud GUIBERT *et al.*, « La transition énergétique au milieu du gué : Analyse de l'avant-projet de loi relatif à la transition énergétique et propositions d'amendements », La Fabrique Ecologique, nov. 2014, p. 1.

¹⁰¹⁴ Cf. développements dans Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II).

¹⁰¹⁵ Cf. C. Ener., art. L. 222-1 D. – III.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

En outre, « [a]u plus tard six mois avant l'échéance de publication de chaque période [...], le comité d'experts [...] rend un avis sur le respect des budgets carbone déjà fixés et sur la mise en œuvre de la stratégie bas-carbone en cours ». Un contrôle donc *a priori* et *a posteriori* pour le CETE. Qui plus est, officiellement, le ministère de l'Environnement indique que :

*« Le comité d'experts de la transition énergétique sera associé à la revue annuelle de mise en œuvre et des points d'information à un rythme bisannuel seront proposés au conseil national de la transition écologique, à l'occasion desquels des documents présentant le suivi des indicateurs de mise en œuvre sera publié »*¹⁰¹⁶.

La première version des budgets carbone et de la SBC, arrêtée par un décret du 18 novembre 2015¹⁰¹⁷, ne sera pas seulement soumise à ces institutions fondamentales de la transition énergétique ; elle le sera aussi au CNEN¹⁰¹⁸, ce qui permettra de prendre en compte l'impact sur les collectivités territoriales de ces documents.

En second lieu, la PPE « établit les priorités d'action des pouvoirs publics pour la gestion de l'ensemble des formes d'énergie sur le territoire métropolitain continental, afin d'atteindre les objectifs »¹⁰¹⁹ de la politique énergétique. Celle-ci, plus technique, plus vaste, nécessite davantage d'arbitrages et fait appel à davantage d'institutions dont certaines très spécialisées. A première vue, le schéma est pourtant le même que pour les budgets carbone et la SBC, le Code de l'énergie prévoyant une soumission au CETE et au CNTE¹⁰²⁰ avec un nouvel avis du comité « [a]vant l'échéance de la première période de la programmation en cours »¹⁰²¹.

Cependant, le même article prévoit que le volet du projet de PPE relatif « [a]u développement équilibré des réseaux, du stockage et de la transformation des énergies et du pilotage de la demande d'énergie pour favoriser notamment la production locale d'énergie, le développement des réseaux intelligents et l'autoproduction »¹⁰²², soit « soumis pour avis au comité du système de distribution publique d'électricité »¹⁰²³. Créé par l'article 153¹⁰²⁴ de la loi de transition énergétique, le comité du système de distribution publique d'électricité (CSDPE) analyse les investissements dans les réseaux de distribution d'électricité étant donné que c'est une composante essentielle à la réussite de la transition énergétique¹⁰²⁵. Nonobstant, la saisine de ce comité ne s'applique pas à l'élaboration de la première PPE¹⁰²⁶.

¹⁰¹⁶ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Stratégie nationale bas carbone », 7 jan. 2015, consulté le 4 avr. 2016 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Strategie-nationale-bas-carbone.html>].

¹⁰¹⁷ Décret n° 2015-1491 du 18 novembre 2015 relatif aux budgets carbone nationaux et à la stratégie nationale bas-carbone.

¹⁰¹⁸ CNEN, séance du 10 septembre 2015, délibération n° 15-09-10-00448.

¹⁰¹⁹ C. Ener., art. L. 141-1.

¹⁰²⁰ C. Ener., art. L. 141-4 – III al. 1.

¹⁰²¹ Id., – II.

¹⁰²² C. Ener., art. L. 141-2 – 4°.

¹⁰²³ C. Ener., art. L. 141-4 – III al. 2.

¹⁰²⁴ Créant lui-même l'art. L. 111-56-1 du Code de l'énergie.

¹⁰²⁵ Le maillage des réseaux de transport et de distribution est amené à fortement évoluer afin de passer d'un système électrique pyramidal construit sur un nombre réduit de centrales de production massives à un réseau

LE DROIT DE LA TRANSITION ÉNERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Un autre comité créé par la loi de transition énergétique vient s'ajouter à l'élaboration des futures PPE successives. Le comité de gestion de la contribution au service public de l'électricité (CGCSPE), a « *pour mission essentielle d'assurer le suivi et l'analyse prospective de la CSPE permettant le financement des énergies renouvelables* »¹⁰²⁷. Mais il a aussi pour mission particulière de donner « *un avis préalable sur le volet de l'étude d'impact [de la PPE] consacré aux charges couvertes par la contribution au service public de l'électricité* »¹⁰²⁸. La CSPE, ponction sur les factures d'électricité des consommateurs, permet de financer tant le développement des énergies renouvelables que des politiques telles que la péréquation tarifaire ou les tarifs sociaux. Devant sa croissance exponentielle, la création d'une instance dédiée s'avère être une réponse devant permettre d'offrir un meilleur contrôle du dispositif¹⁰²⁹.

En sus de ces diverses institutions de conseil, la lecture des visas de la première PPE adoptée, celle de la Corse¹⁰³⁰, permet de découvrir que deux autres instances ont été sollicitées. La première n'est autre que le CSE, déjà évoqué auparavant. La seconde, non encore évoquée, mais non spécifique à la transition énergétique, est l'autorité environnementale du conseil général de l'Environnement et du Développement durable (CGEDD) :

*« Cette instance donne des avis, rendus publics, sur les évaluations des impacts des grands projets et programmes sur l'environnement et sur les mesures de gestion visant à éviter, atténuer ou compenser ces impacts, par exemple, la décision d'un tracé d'autoroute, la construction d'une ligne TGV ou d'une ligne à haute tension, mais aussi d'un projet local, dès lors qu'il dépend du ministère l'Environnement, de l'Énergie et de la Mer, chargée [sic] des relations internationales sur le Climat, et qu'il est soumis à étude d'impact »*¹⁰³¹.

La PPE, en tant que programme impactant l'environnement, est soumise à une « *autorité compétente en matière d'environnement* » qui se trouve donc être cette « *structure spécifique au sein du CGEDD pour avoir une garantie d'impartialité* »¹⁰³², en application de l'article L. 122-4 du Code de l'environnement.

Il existe donc toute une galaxie d'acteurs divers créés ou mis à contribution par le droit de la transition énergétique apportant leurs commentaires, en général, mais surtout leur approbation ou désapprobation des documents de planification de la transition énergétique. Système salubre en lui-même, censé permettre de parer à d'autant plus d'éventualités que le rassemblement des compétences est le plus large possible. Néanmoins, toute la question réside finalement dans la mesure de l'utilité par la prise en compte desdits avis par les

plus horizontal connectant un grand nombre d'unités de production à des unités de consommation qui sont parfois les mêmes simultanément. Cf. également Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2, II) B).

¹⁰²⁶ C. Ener., art. L. 141-4 – III al. 2.

¹⁰²⁷ Pierre VILLENEUVE, « La planification territoriale de la transition énergétique », *AJCT*, 2016 p. 30.

¹⁰²⁸ C. Ener., art. L. 121-28-1.

¹⁰²⁹ Le sujet de la CSPE sera abordé au sein de la partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, I).

¹⁰³⁰ Décret n° 2015-1697 du 18 décembre 2015 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie de Corse.

¹⁰³¹ CGEDD, « L'Autorité environnementale du Conseil général de l'Environnement et du Développement durable », « Des avis rendus publics sur les impacts environnementaux des projets, plans et programmes », 18 fév. 2016, consulté le 4 mars 2016 [<http://www.cgedd.developpement-durable.gouv.fr/presentation-r169.html>].

¹⁰³² *Id.*, « Une création répondant aux législations européennes et nationales ».

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

rédacteurs des documents de planification. Partant, l'étude de la première PPE publiée, celle de la Corse, devrait permettre de donner un retour d'expérience du fonctionnement de ce schéma d'élaboration concertée.

2) L'exemple de la programmation pluriannuelle de l'énergie de Corse, utilité et prise en compte des avis

L'étude de la PPE du territoire Corse s'est imposée d'elle-même en ce qu'à la date de la rédaction de ces lignes, la PPE nationale n'avait toujours pas été publiée, accumulant les retards. De plus, par sa taille relativement modeste, elle permet une étude-type du rôle des différents comités et conseils sur son élaboration. Le but est donc ici d'analyser les apports des différents avis rendus sur le projet de PPE de la Corse et sur leur prise en compte par les autorités destinataires.

a) Quelle utilité des avis rendus ?

D'après les visas du décret du 18 décembre 2015¹⁰³³ rendant opposable la PPE de Corse, quatre instances ont été sollicitées pour avis. L'autorité environnementale, par avis du 9 septembre 2015, le CNTE, par avis du 23 septembre 2015, le CSE, par avis du 29 septembre 2015 et le CETE, le 14 octobre 2015. A cela s'ajoute une mise à disposition du texte au public du 14 septembre au 14 octobre de la même année¹⁰³⁴, mais qui ne fera pas l'objet d'un développement en ces lignes.

A la lecture des différentes contributions apparaît une gradation dans la longueur et la critique du projet de PPE selon les instances. De celles qui se contentent d'approuver quasiment en bloc le projet et ne proposent pas de critiques constructives à celles qui procèdent à une analyse pointue en lien avec les objectifs énergétiques en passant par celles qui se focalisent sur des éléments de pure forme.

Tout d'abord, et de manière fort décevante, c'est le CNTE qui s'illustre par un avis concis, se bornant à « *saluer* » les dispositions qu'il juge plus ambitieuses que les objectifs nationaux fixés dans la loi de transition énergétique et à « *prendre note* » des aspects qui sont en retrait de ces mesures ayant pourtant force de loi¹⁰³⁵. Le seul élément pour lequel sont demandés « *des travaux plus approfondis* » concerne les transports afin que puissent être proposées « *pour la prochaine révision de la PPE des mesures ambitieuses* »¹⁰³⁶. Mais même dans ce cas l'avis commence par exonérer les rédacteurs de leur responsabilité du fait des délais imposés pour l'élaboration du texte¹⁰³⁷. Venant du conseil emblématique de la transition, il était légitime d'attendre une analyse beaucoup plus poussée.

¹⁰³³ Décret n° 2015-1697 du 18 décembre 2015 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie de Corse.

¹⁰³⁴ « Déclaration environnementale au titre de l'article L.122-10 du Code l'Environnement, Programmation Pluriannuelle de l'Energie pour la Corse 2016-2018 / 2019-2023 », p. 5.

¹⁰³⁵ CNTE, « Délibération n°2015-03 : avis sur le projet de programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) de la Corse », 23 sept. 2015.

¹⁰³⁶ *Id.*, p. 2.

¹⁰³⁷ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Dans le registre des avis plus travaillés mais circonscrits à des commentaires de forme, se trouvent ceux de l'autorité environnementale du CGEDD et du CETE. Concernant l'avis de l'autorité environnementale, sa position, étayée et développée, vise en bonne partie à compléter, renforcer ou étoffer la présentation du dossier de projet afin de le rendre plus accessible notamment en vue de sa mise à disposition du public¹⁰³⁸. En outre, l'autorité modère l'enthousiasme du projet de PPE quant à la transition fioul-gaz de la production d'électricité en rappelant que celle-ci pourrait se faire « *à un horizon qui n'est pas fixé pour l'instant en raison de négociations non abouties* »¹⁰³⁹. Point d'importance sachant qu'elle est la seule à remettre ainsi en question les assertions du document. L'autorité, enfin, se penche également sur les transports, recommandant de compléter ce volet aux dispositions « *modestes alors qu'il représente plus de la moitié de la consommation énergétique finale* »¹⁰⁴⁰.

Le CETE, pour sa part, avoue avoir « *surtout porté son effort sur le processus de construction de la PPE Corse tant sur les objectifs qu'en matière d'évaluation* »¹⁰⁴¹. Il apparaît rapidement que les remarques du CETE sont techniques, demandant précisions et explications sur des graphiques ou des données de consommation ou de production d'énergie afin de les rendre scientifiquement plus étayées.

Enfin, l'avis qui semble contribuer le plus à l'analyse du projet de PPE est celui du CSE. C'est donc l'institution de conseil la plus ancienne et non issue de la transition énergétique qui émet l'avis le plus critique et circonstancié. Nous précisons que cet avis est non accessible, ce qui nous force à nous contenter d'une source de seconde main pour avoir connaissance de ses apports. Cette réserve mise à part, il apparaît que l'avis favorable du CSE est tempéré par plusieurs remarques enrichissantes. Il n'hésite ainsi pas à fustiger le « *manque d'ambition dans les objectifs de développement des énergies renouvelables et dans la planification d'actions concrètes de développement des réseaux intelligents* » ; par ailleurs, il appelle à « *développer le stockage, dont les coûts devraient diminuer sur l'horizon de la PPE, et [à] augmenter le seuil de déconnexion des énergies intermittentes* »¹⁰⁴². Il ira jusqu'à interroger « *les effets réels de la PPE* »¹⁰⁴³ et l'on ne peut que supposer qu'il souhaite exprimer le manque d'ambition d'un document qui se contente de faire état de mesures déjà prises et de plans déjà rédigés et seulement rassemblés dans un nouveau document, qui n'apporte pas de grande nouveauté à la réflexion sur la politique énergétique.

Au final, force est de constater que la galaxie de conseils contribuant aux documents de planification ne se montre pas aussi utile que prévue. Et ce en premier lieu du fait d'avis trop consensuels et pour une part non divulgués. Les institutions du droit de la transition

¹⁰³⁸ Autorité environnementale du CGEDD, « Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de programmation pluriannuelle de l'énergie pour la Corse 2016-2018 / 2019-2023 », avis 2015-59, 9 sept. 2015, p. 3.

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*

¹⁰⁴¹ « Déclaration environnementale au titre de l'article L.122-10 du Code l'Environnement, Programmation Pluriannuelle de l'Energie pour la Corse 2016-2018 / 2019-2023 », p. 8.

¹⁰⁴² *Id.*, p. 7.

¹⁰⁴³ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

énergétique manquent donc encore d'engagement ou de moyens pour rendre son application optimale. Qui plus est, reste la question de la prise en compte de ces avis.

b) Quelle prise en compte des avis rendus ?

La prise en compte des contributions émises par les instances varie bien évidemment selon le contenu même des avis et de leurs recommandations. Il est par exemple beaucoup plus aisé de prendre en compte et d'intégrer l'avis du CNTE du fait de sa légèreté. Les éléments ainsi ajoutés à la PPE Corse ont consisté à développer sur les actions déjà en place en matière de transports¹⁰⁴⁴.

En ce qui concerne les remarques de l'autorité environnementale et du CETE, leur prise en compte et les modifications subséquentes se sont également limitées à des reformulations, des précisions¹⁰⁴⁵ ou à l'intégration de tableaux afin de faciliter la lecture de la PPE et sa comparaison avec le texte national¹⁰⁴⁶. Des mesures en soi très marginales, n'ajoutant aucune nouvelle mesure ou modification au projet de PPE.

Enfin, de manière prévisible, c'est la prise en compte de l'avis du CSE qui se trouve être la plus instructive. Par sa remise en cause de l'ambition du projet de PPE et de son caractère novateur, le CSE a mis les services Corses (de la préfecture et du conseil exécutif de Corse) sur la défensive. Ceux-ci commencent par répondre aux contributions en rappelant « *les objectifs ambitieux développés par la PPE en matière de développement des énergies renouvelables* »¹⁰⁴⁷. Ils rappellent l'objectif de « *développer le photovoltaïque et l'éolien avec stockage avec + 30 MW par rapport à 2015* »¹⁰⁴⁸. Or, un calcul rapide permet de douter de la réelle ambition d'un tel objectif. En effet, l'éolien pourrait être développé de manière plus importante, sachant que la puissance moyenne installée des parcs éoliens construits en France en 2015 est de 13,94 MW¹⁰⁴⁹ et que celle des parcs éoliens Corses est de 6 MW¹⁰⁵⁰. D'ici 2023, il semble donc que la construction d'une poignée de parcs éoliens serait suffisante pour remplir cet objectif, dont fait aussi partie le photovoltaïque. Cette dernière énergie, lors du premier semestre 2015, en France, comptait des installations dans la catégorie supérieure à 250 kW-crête d'une puissance moyenne de 6,6 MW-crête (MWc)¹⁰⁵¹. Et afin de soustraire le biais potentiel créé par un unique projet hors normes réalisé en France en 2015, il est possible de faire le calcul en se fondant sur les projets photovoltaïques disposant d'une convention de

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*

¹⁰⁴⁵ *Id.*, p. 9.

¹⁰⁴⁶ A titre d'exemple, entre la version projet de la PPE Corse et la version validée par le décret du 18 décembre 2015, une section 6 « Projection 2023 » à la page 68 a été ajoutée avec un tableau de projection de la consommation d'énergie primaire.

¹⁰⁴⁷ « Déclaration environnementales au titre de l'article L.122-10 du Code l'Environnement, Programmation Pluriannuelle de l'Energie pour la Corse 2016-2018 / 2019-2023 », p. 7.

¹⁰⁴⁸ *Id.*, p. 8.

¹⁰⁴⁹ FEE, « Dossier de presse : performances de l'éolien 2015 et perspectives d'avenir », 21 jan. 2016, p. 4.

¹⁰⁵⁰ Etant donné que l'île de beauté compte trois parcs éoliens pour un total de 18 MW. Ministère de l'Ecologie du Développement durable et de l'Energie, commissariat général au Développement durable, « Tableau de bord éolien-photovoltaïque : deuxième trimestre 2015 », août 2015, p. 5.

¹⁰⁵¹ *Id.*, p. 4. Au premier semestre 2015, 37 parcs PV pour une puissance totale de 244 MWc ont été installés en France.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

raccordement signée et d'arriver au même résultat¹⁰⁵². Suite à cette analyse, l'objectif ne paraît effectivement plus si ambitieux. L'argument du seuil de déconnexion¹⁰⁵³ est invoqué par les rédacteurs de la PPE pour justifier ce volume faible de nouvelles capacités renouvelables, mais est battu en brèche par le CSE arguant de la forte baisse des prix des techniques de stockage¹⁰⁵⁴, surtout pour un système électrique insulaire aux coûts de production d'électricité élevés¹⁰⁵⁵. Il apparaît dès lors plus difficile encore de défendre l'objectif d'éolien sans stockage de seulement 12 MW d'ici 2023 prévu par la PPE.

Enfin, un autre exemple frappant qui n'a pas été soulevé par les instances saisies pour avis, ou pas intégré à la déclaration environnementale pour celles non diffusées, concerne la maîtrise de la demande d'énergie (nommée MDE dans les scénarios de la PPE Corse). En effet, le scénario référence de MDE prévoit d'ici 2030 une augmentation de 23,4% de la demande d'électricité et le scénario renforcé MDE, censé être le plus ambitieux, prévoit une augmentation de 7,7% d'ici 2030¹⁰⁵⁶. A l'inverse, l'article L. 100-4 du Code l'énergie, modifié par la loi de transition énergétique dispose que « [l]a *politique énergétique nationale* [vise à] *réduire la consommation énergétique finale de 50 % en 2050 par rapport à la référence 2012, en visant un objectif intermédiaire de 20 % en 2030* »¹⁰⁵⁷. Malgré des facteurs d'impact, telle la croissance démographique de la Corse ou simplement le calcul de la demande d'électricité qui peut différer de celui de la consommation énergétique finale, la trajectoire de consommation d'énergie de la Corse va à l'encontre des objectifs du droit de la transition énergétique. Le terme d'ambitieux semble donc, une nouvelle fois, exagéré.

De ces lignes ressort une conclusion peu encourageante quant à l'intérêt réel de la galaxie d'instances de conseil mises en place ou à contribution par le droit de la transition afin planifier le déroulement de ce processus. En effet, entre les instances complaisantes et la prise en compte à la carte par les rédacteurs des documents concernés, en passant par le manque de mise en perspective des objectifs chiffrés détaillés, l'efficacité du dispositif actuel n'a pas fait ses preuves. Il est alors à espérer que les instances accompagnant la mise en œuvre même de la transition énergétique s'engagent sur la voie d'un accompagnement et d'un contrôle redoublés.

¹⁰⁵² Le projet hors-normes évoqué est celui de Cestas (33) dont 230 MW ont été raccordés au réseau en 2015 et qui doit totaliser 305 MWc (RTE, « Bilan électrique 2015 », 2016, p. 16). Les calculs sont basés sur le tableau « Répartition des installations photovoltaïques par tranche de puissance » du ministère de l'Ecologie du Développement durable et de l'Energie, commissariat général au développement durable, « Tableau de bord éolien-photovoltaïque : deuxième trimestre 2015 », août 2015, p. 4.

¹⁰⁵³ Le seuil à partir duquel le gestionnaire du réseau électrique peut déconnecter les installations de production intermittentes afin de préserver le réseau de variations brusques. Il est actuellement fixé à 30% par l'arrêté du 23 avril 2008 relatif aux prescriptions techniques de conception et de fonctionnement pour le raccordement à un réseau public de distribution d'électricité en basse tension ou en moyenne tension d'une installation de production d'énergie électrique, modifié et complété par celui du 24 novembre 2010. Il a été rehaussé à 35% par l'article 4 du décret du 18 déc. 2015 relatif à la PPE de Corse.

¹⁰⁵⁴ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 2, II) B).

¹⁰⁵⁵ Cf. la PPE de la Corse validée par décret du 18 décembre 2015, pp. 14 – 16. Le coût de production de l'électricité en Corse en 2013 était de 172 €/MWh.

¹⁰⁵⁶ Selon la PPE de la Corse validée par décret du 18 décembre 2015, p. 27.

¹⁰⁵⁷ C. Ener., art. L. 100-4 – I, 2°.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

B) Les instances accompagnant la mise en œuvre de la transition énergétique

Une fois que le portrait a été brossé des instances qui contribuent à l'élaboration des documents nationaux de planification de la transition énergétique, il est nécessaire d'évoquer leur rôle dans la mise en œuvre de la transition. Ces instances, qui ne sont autres que celles déjà évoquées qui visent à garder une cohérence entre la SBC, la PPE et l'ensemble du mouvement en cours, se séparent en deux groupes. Le premier groupe concerne celles destinées au suivi et à la synthèse de la transition. Il doit permettre de contrôler la conformité du mouvement en cours avec les objectifs fixés par le droit de la transition énergétique et de rectifier la trajectoire en cas d'écart. Le deuxième groupe n'est en fait constitué que d'une seule entité, la CRE, qui n'est autre que le régulateur de la transition énergétique. De par sa mission première de contrôle des marchés de l'électricité et du gaz, elle acquiert par extension cette compétence sur la concrétisation de la transition.

1) Les instances de suivi et de synthèse de la transition énergétique

Ces instances exercent des fonctions de suivi, l'action se déroulant alors en prise directe avec les évolutions de la transition énergétique qui nécessitent de réagir vite en cas de dysfonctionnement. Elles exercent aussi des fonctions de synthèse, l'action devant alors se dérouler à des dates prédéterminées à l'avance, coïncidant avec le renouvellement de documents de planification par exemple. L'analyse de ces pouvoirs de suivi et de synthèse se révélant répétitive et peu sujette à une critique constructive du fait de l'absence de premier retour d'expérience, il a paru plus adapté de les présenter sous la forme d'un tableau décrivant les prérogatives de chaque instance sur la question concernée.

Instances par catégorie	Instances correspondantes et rôles	
	<u>CNTE</u>	<u>CSE</u> ¹⁰⁵⁸
Instances de suivi de la transition énergétique dans son ensemble	Le CNTE exerce une mission de suivi en temps réel de la transition. Il peut « <i>se saisir de toute question d'intérêt national concernant la transition écologique et le développement durable ou ayant un impact sur ceux-ci</i> ». Il est également informé annuellement de « <i>l'évolution des indicateurs nationaux de performance et de développement durable pertinents pour mesurer l'avancement de la transition écologique</i> ». (Art. L. 133-1 - 2° C. Energie)	Le comité de suivi des énergies renouvelables du CSE évalue « <i>la progression vers l'objectif de 23 % d'énergies renouvelables dans la consommation d'énergie finale en 2020</i> ». Il n'est pas précisé le rythme de travail de ce comité interne. (Art. R. 142-21 - 2° C. Energie)

¹⁰⁵⁸ Le CSE est inclus dans cette ligne en ce que les énergies renouvelables sont totalement consubstantielles à la transition énergétique.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Instances par catégorie	Instances correspondantes et rôles	
Instances de suivi de la déclinaison locale des plans et programmes	<u>Autorité environnementale du CGEDD</u> L'autorité environnementale évalue « les plans, schémas, programmes et autres documents de planification susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement ». Elle a de ce fait un rôle continu dans l'adoption des plans locaux, déclinaisons spécifiques et locales de la PPE. (Art. L. 122-4 – I C. Environnement)	<u>CETE</u> Le CETE, de manière ponctuelle, avant l'aboutissement de la première PPE, « élabore une synthèse des schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie » (SRCAE). (Art. L. 141-4 - II C. Energie)
Instances d'analyse des aspects financiers de la transition énergétique	<u>CGCSPE</u> Le CGCSPE a une mission de suivi couplée à l'établissement à échéances régulières de scénarios d'évolution de la CSPE. En cela, il « a pour mission le suivi et l'analyse prospective : « 1° De l'ensemble des coûts couverts par la contribution au service public de l'électricité ; « 2° De la contribution au service public de l'électricité ». Plus précisément, « [i]l assure un suivi semestriel des engagements pluriannuels pris au titre des coûts couverts par la [CSPE] ; Il estime, tous les ans, au regard du cadre réglementaire et du comportement des acteurs, l'évolution prévisible de ces engagements sur une période de cinq ans ; Il assure le suivi de la [CSPE] et établit, au moins une fois par an, des scénarios d'évolution de la contribution à moyen terme, sur la soutenabilité desquels il émet un avis, et ce pour les différentes catégories de consommateurs ». (Art. L. 121-28-1 C. Energie)	<u>CSDPE</u> Le CSDPE « est chargé d'examiner la politique d'investissement » tant d'ERDF que des « autorités organisatrices de la distribution publique d'électricité ». Il a donc une mission de suivi direct des investissements dans les réseaux de distribution d'électricité. (Art. L. 111-56-1 C. Energie)

Table 2 : Table des instances de suivi et de synthèse de la transition énergétique

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

En sus de ces instances, d'autres acteurs variés viennent apporter des contributions ponctuelles sur différents aspects de la transition afin, là aussi, d'en corriger les erreurs. Les rapports de la Cour des comptes en sont un exemple¹⁰⁵⁹.

A l'ensemble de ces instances s'additionne une entité déjà évoquée auparavant, la CRE. Elle joue un rôle particulier, explicité ci-dessous.

2) La Commission de régulation de l'énergie, régulateur de la transition énergétique

Le rôle de conseiller technique de la CRE, délivrant son avis sur des projets de textes réglementaires afin, notamment, de veiller à l'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz a été vu précédemment¹⁰⁶⁰. Cependant, la palette de ses compétences s'étend au-delà et a tendance à s'amplifier avec les années. Tantôt pouvoir quasi-régalien, tantôt cheville ouvrière du développement des énergies renouvelables, elle est sans nul doute une pièce importante de la mise en œuvre de la transition énergétique.

a) La Commission de régulation de l'énergie, un pouvoir quasi-régalien

Le terme « *régalien* », du latin *regalis*, royal, s'applique aux compétences propres à la souveraineté des Etats. Les plus essentielles d'entre elles se retrouvent dans le triptyque police, justice, armée. La CRE est ici qualifiée de pouvoir quasi-régalien en ce que dans le secteur de l'électricité et du gaz elle détient des pouvoirs d'enquête et de sanction, ce qui lui vaut d'être désignée comme le « *gendarme de l'énergie* »¹⁰⁶¹, mais elle détient aussi une fonction contentieuse.

En premier lieu, la CRE bénéficie de pouvoirs d'enquête traduits par « *un droit d'accès aux informations détenues par les acteurs du secteur qu'elle régule et qui lui sont nécessaires pour remplir ses missions* »¹⁰⁶². Ces pouvoirs d'enquête et de contrôle sont encadrés par les articles L. 135-1 à L. 135-16 du Code de l'énergie qui lui donnent entre autres la capacité d'accéder « *à tous locaux à usage professionnel ouverts au public* »¹⁰⁶³ ainsi qu'aux véhicules professionnels du gestionnaire de réseau concerné afin de s'y procurer la comptabilité ou « *toutes les informations utiles* »¹⁰⁶⁴ avant d'établir un procès-verbal.

¹⁰⁵⁹ Cf. Cour des comptes, « La contribution au service public de l'électricité (CSPE) : Suites données aux observations de la Cour dans le rapport public 2011 », juin 2012. Ou, Cour des comptes, « La politique de développement des énergies renouvelables », juil. 2013. Ou encore, Cour des comptes, « Le coût de production de l'électricité nucléaire : Actualisation 2014 », mai 2014.

¹⁰⁶⁰ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1, I) B) 1) b).

¹⁰⁶¹ Cf. à titre d'exemple, Anne FEITZ, « Electricité : le gendarme de l'énergie juge trop faibles les tarifs des entreprises », *Les Echos*, 28 juil. 2015, consulté le 9 avr. 2016 [http://www.lesechos.fr/28/07/2015/lesechos.fr/021233039893_electricite---le-gendarme-de-l-energie-juge-trop-faibles-les-tarifs-des-entreprises.htm#puqfdCBeIJuVlrLO.99].

¹⁰⁶² Page internet de la CRE, « Pouvoirs », « Information et pouvoirs d'enquête », consultée le 7 avr. 2016 [<http://www.cre.fr/presentation/pouvoirs>].

¹⁰⁶³ C. Ener., art. L. 135-4.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

En second lieu, la CRE détient un pouvoir de sanction exercé par le comité de règlement des différends et des sanctions¹⁰⁶⁵ (CoRDiS), composé de deux conseillers d'Etat et de deux conseillers à la Cour de cassation. Les sanctions peuvent se traduire par une interdiction d'accès au réseau pour un maximum d'un an ou par une sanction pécuniaire¹⁰⁶⁶. L'un des cas ouvrant à sanction particulièrement intéressants est celui de l'article L. 134-30 :

*« En cas de manquements persistants de la part du gestionnaire du réseau public de transport d'électricité ou d'un gestionnaire de réseau de transport de gaz naturel, aux règles d'indépendance, et plus particulièrement en cas de comportement discriminatoire répété au bénéfice de l'entreprise verticalement intégrée à laquelle il appartient [...] »*¹⁰⁶⁷.

En clair, la CRE interdit ERDF (aujourd'hui Enedis), gestionnaire du réseau de distribution d'électricité et RTE, gestionnaire du réseau de transport d'électricité, de favoriser leur maison-mère, EDF. De même, GRDF ne doit pas favoriser Engie, anciennement GDF-Suez. C'est un cas particulièrement intéressant en ce que, sur l'électricité à tout le moins, des doutes profonds et récurrents existent sur des pratiques de favoritisme d'ERDF ou RTE sur des projets d'énergies renouvelables portés par une autre filiale d'EDF, EDF EN (pour Energies Nouvelles). En 2011, à la suite du moratoire sur le photovoltaïque mis en place par le décret du 9 décembre 2010¹⁰⁶⁸ afin de réformer le système de tarifs d'achat de l'énergie solaire radiative jugé par trop onéreux, une accusation dans la presse a lancé une enquête de la CRE¹⁰⁶⁹ sur des pratiques d'ERDF et RTE, accusés d'avoir, avec et sous la pression d'EDF, accordé un régime de favoritisme à l'égard des projets de cette dernière dans l'objectif de les valider avant l'entrée en vigueur du moratoire, voire de les antider et ainsi bénéficier de tarifs d'achat plus favorables¹⁰⁷⁰. Ces pratiques ont entraîné l'ouverture d'un audit exigé par la CRE et une délibération de l'Autorité de la concurrence établissant qu'il y a bien eu des irrégularités ; cependant *« la situation [...] semble régularisée en janvier 2013 »*¹⁰⁷¹.

Ce moratoire sur le rachat de l'électricité photovoltaïque¹⁰⁷² a contribué à une augmentation sensible des contentieux concernant *« des décisions prises par le Gouvernement après avis de*

¹⁰⁶⁵ Créé par l'art. 5 de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, la composition du CoRDiS est fixée par les art. L. 132-1 à L. 132-5 du Code de l'énergie et par le décret n° 2015-206 du 24 février 2015 relatif au comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie.

¹⁰⁶⁶ Cf. C. Ener., art. L. 134-27.

¹⁰⁶⁷ C. Ener., art. L. 134-30.

¹⁰⁶⁸ Décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil.

¹⁰⁶⁹ Ariane VENNIN, « EDF EN et ERDF ont antider des documents pour échapper au moratoire », *Actu-environnement.com*, 2 fév. 2011, consulté le 8 avr. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/ariane-vennin-fraude-edfen-erdf-antider-11881.php4>].

¹⁰⁷⁰ Cf. la décision n° 13-D-04 du 14 février 2013 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe EDF dans le secteur de l'électricité photovoltaïque rendue par l'Autorité de la concurrence, pp. 23 – 27.

¹⁰⁷¹ *Id.*, p. 31, point 195.

¹⁰⁷² Pour plus d'informations sur le déroulé des événements, cf. Yann SIMONNET, « Le mécanisme de l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque rattrapé par la réglementation des aides d'État », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, avr. 2016, comm. 28, pp. 3 – 4. Egalement, cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, II) A) 1).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

la CRE [...] au détriment de ses missions premières, dans un contexte de forte contrainte budgétaire »¹⁰⁷³. En termes de développement de l'énergie photovoltaïque, composante nécessaire à la réussite de la transition énergétique, ce moratoire de décembre 2010 à mars 2011 a eu des conséquences désastreuses. En termes de jurisprudence, ce « *contentieux du raccordement* [a permis] *d'étoffer ce droit encore relativement nouveau* »¹⁰⁷⁴. Et effectivement, la doctrine se fait régulièrement l'écho des décisions du CoRDiS, et des appels subséquents auprès d'autres cours¹⁰⁷⁵.

La CRE dispose donc de pouvoirs étendus et tient un rôle de bras armé du droit de la transition énergétique, notamment sur plusieurs points clés de la transition énergétique, dont les réseaux ou les systèmes de rachat, essentiels à l'émergence de plusieurs énergies renouvelables. Elle a cependant également d'autres fonctions, directement liées au développement des énergies renouvelables.

b) La Commission de régulation de l'énergie, cheville ouvrière du développement des énergies renouvelables

Au titre du développement des énergies renouvelables, la CRE intervient principalement selon deux axes. Premièrement, par l'instruction des appels d'offres concernant les installations de production d'électricité. Deuxièmement, par le calcul du montant de la CSPE.

En premier lieu, dans les cas où est organisé un appel d'offres par le ministre en charge de l'énergie afin d'autoriser de nouvelles installations de production d'électricité¹⁰⁷⁶, la CRE joue un rôle d'appui au ministère concerné. Ces appels d'offres concernent principalement « *l'installation de panneaux photovoltaïques, d'éoliennes en mer ou encore de centrales de cogénération* »¹⁰⁷⁷. Dans ce cas de figure, et d'après une procédure réformée par un décret du 18 février 2016¹⁰⁷⁸, le cahier des charges, « *élaboré par le ministre en charge de l'énergie [est] soumis pour avis à la [CRE]* », durant un mois. Une fois ce document essentiel arrêté, la nouvelle procédure d'instruction – qui est en fait l'ancienne procédure sous forme accélérée¹⁰⁷⁹ – prévoit que la CRE instruisse les dossiers et les adresse au ministre en charge

¹⁰⁷³ CRE, « Rapport d'activité 2013 », pp. 48 – 49.

¹⁰⁷⁴ Stéphanie GANDET, « Contentieux du raccordement : plusieurs décisions intéressantes du CoRDiS (décisions 20 nov. 2013 et 11 déc. 2013) », *Green-law-avocat*, 18 avr. 2014, consulté le 8 avr. 2016 [<http://www.green-law-avocat.fr/contentieux-du-raccordement-plusieurs-decisions-interessantes-du-cordis-decisions-20-nov-2013-11-dec-2013/>].

¹⁰⁷⁵ Cf. par exemple, Adrien FOURMON, « Un an de jurisprudence en droit des énergies renouvelables », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 2, fév. 2015, pp. 5 – 6. Ou, Adrien FOURMON, « La clarification de la jurisprudence quant à la compétence du juge et l'inopposabilité de la transaction d'ERDF à EDF en matière de raccordement et de contrat d'achat », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 3, mars 2015, comm. 22. Enfin, sur une instance pendante qui pourrait mettre fin à ces contentieux, Yann SIMONNET, « Le mécanisme de l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque... », *cit.*, avr. 2016.

¹⁰⁷⁶ Cf. C. Ener., art. L. 311-10.

¹⁰⁷⁷ Christine LE BIHAN-GRAF, Ilhem HAOUAS, « Modification de la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité par le décret n° 2016-170 du 18 février 2016 », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, avr. 2016, prat. 3, p. 1.

¹⁰⁷⁸ Décret n° 2016-170 du 18 février 2016 relatif à la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité.

¹⁰⁷⁹ Christine LE BIHAN-GRAF, Ilhem HAOUAS, « Modification de la procédure... », *cit.*, avr. 2016, p. 3.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

de l'énergie dans un délai allant de 15 jours à quatre mois¹⁰⁸⁰. Dès lors, le pouvoir de décision final revient audit ministre. Cependant, si la décision finale ne suit pas l'avis émis par la CRE, celle-ci est consultée et dispose de 15 jours pour donner son avis sur l'arbitrage ultime qui diffère du sien¹⁰⁸¹. Et ce cas de figure n'est pas rare, à l'image de la délibération défavorable de la CRE en date du 9 mars 2016 suite au « *choix des lauréats que la ministre chargée de l'énergie envisage au terme [...] de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations photovoltaïques sur bâtiments et ombrières de parking de puissance crête comprise entre 100 et 250 kW* »¹⁰⁸². Bien que relevant du régime antérieur au décret du 18 février 2016, cet avis est symptomatique des divergences de vue qu'il peut y avoir entre le pouvoir politique et la CRE, pouvoir technique. Ainsi, là où la CRE avait exclu des dossiers pour le non-respect d'une modalité du cahier des charges, la ministre les réintègre et exclut d'autres propositions, estimant que ce défaut repose sur « *une erreur d'unité* »¹⁰⁸³ dont il peut aisément être fait une juste interprétation.

La CRE tient donc un rôle de premier plan dans l'instruction de ces appels d'offres, permettant de les traiter sous un angle technique, à la différence du ministère qui est sujet à des largesses d'interprétation. Cette mission, au demeurant très consommatrice de ressources et en concurrence avec les autres missions de la CRE, est par ailleurs amenée à prendre davantage d'ampleur encore au regard des lignes directrices 2014-2020 de la Commission européenne sur les aides d'Etat¹⁰⁸⁴. Ce document prévoit en effet dès 2017 le basculement sur un régime d'appels d'offres pour toutes les installations de production d'électricité d'origine renouvelable à quelques exceptions près¹⁰⁸⁵. Pour la France, cela impliquerait de soumettre l'obtention des tarifs ou compléments d'achat pour les parcs éoliens à cette procédure, là encore avec un seuil ne concernant pas les projets de moindre taille¹⁰⁸⁶.

L'autre mission systémique primordiale de la CRE dans le développement des énergies renouvelables concerne son implication dans la fixation du montant de la CSPE. En effet, outre l'émission de rapports sur son architecture¹⁰⁸⁷, la CRE propose chaque année au ministre chargé de l'énergie le montant de ces charges. Plus encore, « [à] défaut d'un arrêté

¹⁰⁸⁰ *Id.*, p. 4.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

¹⁰⁸² Du nom de la délibération de la CRE en date du 9 mars 2016.

¹⁰⁸³ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 9 mars 2016 portant avis sur le choix des lauréats que la ministre chargée de l'énergie envisage au terme de la première période de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations photovoltaïques sur bâtiments et ombrières de parking de puissance crête comprise entre 100 et 250 kW, p. 2.

¹⁰⁸⁴ Communication de la Commission européenne, « Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 », 28 juin 2014. Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, I) A).

¹⁰⁸⁵ *Id.*, point 126 : « À partir du 1er janvier 2017, les critères ci-après s'appliquent. Les aides sont octroyées à l'issue d'une procédure de mise en concurrence fondée sur des critères clairs, transparents et non discriminatoires ». Les exceptions sont listées aux points suivants de la communication.

¹⁰⁸⁶ *Id.*, point 127 : « [...] excepté pour l'électricité produite à partir de l'énergie éolienne, concernant des installations dont la capacité de production d'électricité installée est de maximum 6 MW ou 6 unités de production ».

¹⁰⁸⁷ Cf. par exemple le rapport de la CRE, « La contribution au service public de l'électricité (CSPE) : mécanisme, historique et prospective », oct. 2014 [<http://www.cre.fr/documents/publications/rapports-thematiques/rapport-sur-la-cspe-mecanisme-historique-et-prospective>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

fixant le montant des charges avant le 31 décembre de l'année précédente, le montant proposé par la Commission de régulation de l'énergie entre en vigueur le 1er janvier »¹⁰⁸⁸. Avec une limite toutefois, ce montant ne pouvant dans ce cas de figure augmenter de plus de 3 € du MWh par rapport à l'année précédente. C'est d'ailleurs ainsi qu'a été fixé le montant de la CSPE au titre de 2016 dans la facture d'électricité des consommateurs, sur la base d'une délibération du 15 octobre 2015. Et bien que cette délibération soutenait un montant de 27,05 €/MWh pour 2016, aucun arrêté n'a été pris au 31 décembre 2015 et le prix a augmenté mécaniquement d'uniquement 3 €/MWh pour s'établir à 22,5 €/MWh¹⁰⁸⁹. Cependant, il doit être signalé que ce montant ne permettra pas de satisfaire aux coûts imputés à EDF et entraînera sur 2016 un nouveau défaut de recouvrement de plus de 3 milliards d'euros¹⁰⁹⁰. Il est à noter que depuis un décret également du 18 février 2016¹⁰⁹¹, la CRE doit calculer sa proposition de montant de la CSPE dans un délai de trois mois et demi au lieu de six et rendre son avis « [a]vant le 15 juillet de chaque année »¹⁰⁹². Cette disposition, conséquence de l'intégration de la CSPE au vote des lois de finance¹⁰⁹³ aura selon la CRE de graves répercussions sur ses missions durant ce trimestre :

*« Pendant cette période, la CRE ne sera plus en capacité d'affecter des ressources aux autres missions relatives aux charges de service public, telles que l'examen d'arrêtés tarifaires, l'instruction des appels d'offres ou des contrats de gré à gré dans les ZNI, ou les audits des coûts de filières prévues par les dispositions de l'article 36 du projet de décret relatif au complément de rémunération »*¹⁰⁹⁴.

Enfin, l'une des inconnues restantes quant au rôle de la CRE dans l'analyse et le pilotage de la CSPE n'est autre que l'articulation qu'elle va avoir avec le tout récent CGCSPE¹⁰⁹⁵. Créé afin de mieux maîtriser ladite CSPE, ce comité devra nécessairement travailler en coordination avec la CRE et serait peut-être à terme une piste de solution afin de désengorger la commission en reprenant une partie de ses missions.

Il ressort donc des éléments évoqués tout au long de cette section que tant l'élaboration du corpus juridique de la transition énergétique que sa gouvernance font l'objet d'avis, de suivi, de contrôle de la part de nombreuses entités spécifiques ou généralistes. Cependant, l'articulation de ces entités entre elles reste floue et surtout leur efficacité (et, partant, celle du droit de la transition énergétique) reste incertaine. Néanmoins, elles ne sont pas seules à accompagner la mise en place de la transition, et le niveau local (par les collectivités éponymes) a vocation à venir suppléer le niveau national dans cette démarche.

¹⁰⁸⁸ C. Ener., art. L. 121-9.

¹⁰⁸⁹ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 15 octobre 2015 portant proposition relative aux charges de service public de l'électricité et à la contribution unitaire pour 2016, p. 1.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.* Nous reviendrons sur ces éléments plus en détail dans la Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, I) A).

¹⁰⁹¹ Décret n° 2016-158 du 18 février 2016 relatif à la compensation des charges de service public de l'énergie.

¹⁰⁹² Cf. C. Ener., art. R.121-31 – II.

¹⁰⁹³ Loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 de finances rectificative pour 2015, art. 5.

¹⁰⁹⁴ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 27 janvier 2016 portant avis sur le projet de décret relatif à la compensation des charges de service public de l'énergie, pp. 5 – 6.

¹⁰⁹⁵ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1, II) A) 1).

Section 2 :

Les collectivités territoriales, fers de lance de la transition énergétique

« *Faites plus que ce que vous dit la loi !* »¹⁰⁹⁶

C'est par ces mots que Ségolène Royal, ministre de l'Ecologie, exhortait le 20 janvier 2016, six mois seulement après la promulgation de la loi de transition énergétique, des élus et entreprises des transports en commun¹⁰⁹⁷ à aller plus loin que ce que la loi leur imposait. Cette reconnaissance en creux de certaines faiblesses de la loi-phare du quinquennat, tranchant avec les discours prônant une réussite totale de cette loi, fait pourtant appel à des élus locaux d'ores et déjà engagés dans la transition écologique et énergétique.

Au niveau international tout d'abord, les collectivités territoriales jouent un rôle croissant dans les négociations en s'appuyant sur leurs actions locales à l'encontre du changement climatique. Cette position est apparue clairement lors des négociations climatiques de la COP 21 à Paris en décembre 2015¹⁰⁹⁸.

Au niveau national, le ministre de l'Ecologie Philippe Martin le reconnaissait dès la conclusion du DNTE en 2013 : « *la question du bouquet énergétique est territoriale* »¹⁰⁹⁹. De fait, la transition énergétique ne peut se réaliser sans les territoires et les modalités de leur inclusion ouvrent de nombreuses portes pour modifier le système énergétique actuel, de structure pyramidale. Un rapport d'information de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation du Sénat¹¹⁰⁰ dresse d'ailleurs le même constat lorsqu'il avance que l'action de l'Etat en matière d'énergie et de lutte contre les gaz à effet de serre « *trouverait rapidement ses limites, si nos villes, nos départements et nos régions ne prenaient pas le relais, avec l'ambition de créer un modèle décentralisé de production et de distribution de l'énergie* »¹¹⁰¹. Ce rapport d'octobre 2015 détaille les exemples de plusieurs territoires ayant pris des actions diverses et variées dans ce cadre, exposant « *le rôle moteur des collectivités territoriales dans la lutte contre le changement climatique* »¹¹⁰².

L'évocation de ces enjeux donnera lieu aux développements subséquents ; nous essayerons de démêler l'écheveau des compétences territoriales en matière de transition énergétique

¹⁰⁹⁶ Fanny ROUX, « Transition énergétique : Ségolène Royal s'en remet aux territoires », *Contexte*, 20 jan. 2016, consulté le 12 mars 2016 [https://www.contexte.com/article/transports-publics/transition-energetique-segolene-royal-sen-remet-aux-territoires_47877.html].

¹⁰⁹⁷ La déclaration a eu lieu lors des vœux du groupement des autorités responsables de transport (GART), le 20 janvier 2016. Pour plus d'informations sur le GART, cf. le lien suivant : <https://www.gart.org/Connaitre-le-GART/Presentation>.

¹⁰⁹⁸ Cf. à cet effet le très instructif article de Nilsa ROJAS-HUTINEL, « Qualifier le rôle des collectivités territoriales dans la transition écologique », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} mars 2016, pp. 101s.

¹⁰⁹⁹ Sophie FABREGAT, « Transition énergétique : les territoires au cœur de la planification ? », *Actu-environnement.com*, 11 juil. 2013, consulté le 21 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-energie-decentralisation-regions-srcae-19006.php4>].

¹¹⁰⁰ Sénat, Délégation aux collectivités territoriales, Rapport n° 108 « Les collectivités territoriales s'engagent pour le climat », Jean-Marie BOCKEL *et al.*, 22 oct. 2015.

¹¹⁰¹ *Id.*, Note de synthèse, p. 1.

¹¹⁰² *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

avant d'évoquer le besoin de davantage de décentralisation dans le secteur de l'énergie afin de relever le défi de ladite transition. Bien évidemment, le droit a un rôle majeur à jouer dans ce processus, ainsi que nous l'avons rapidement évoqué à l'appui des lois de réforme territoriale¹¹⁰³, et comme nous le verrons ci-dessous.

I. La répartition des compétences de la transition énergétique au sein des collectivités territoriales

« Le "mille-feuille" constitué par l'État et les collectivités doit impérativement être réorganisé en vue d'une plus grande efficacité de nos actions grâce à une optimisation de nos moyens. La complexité des procédures ou de l'organisation procède souvent d'une absence de définition précise des responsabilités des différents acteurs et des objectifs poursuivis par les politiques publiques : on invente alors de nombreux outils qui contribuent certes au résultat, mais qui se superposent d'une manière très compliquée. Ces outils dont disposent aujourd'hui les collectivités gagneraient donc à être simplifiés et il conviendrait que la future loi de programmation sur la transition énergétique clarifie les objectifs et les responsabilités de chacun »¹¹⁰⁴.

Ces propos tenus lors d'une des tables rondes menées pour l'élaboration d'un rapport d'information de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire de l'Assemblée nationale¹¹⁰⁵ posent la question de l'organisation décentralisée en France et des compétences et outils à la disposition de chaque strate. Ils s'inscrivent par ailleurs dans un contexte de réforme territoriale intensive depuis 2010, qui se déploie à la fois de manière parallèle et entremêlée avec l'émergence du droit de la transition énergétique. Il y est d'ailleurs mis l'accent sur cette transition afin qu'elle soit adressée le plus efficacement possible par les premières concernées, les collectivités territoriales.

Sur cette question, et bien que l'ensemble du « millefeuille » territorial reste complexe, ce sont deux niveaux particuliers qui sont appelés à agir en priorité pour le climat, à savoir les régions et le bloc communal.

¹¹⁰³ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, I) A) 1) a).

¹¹⁰⁴ Propos tenus par Jean-Philippe Deneuvy directeur régional adjoint de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL) de Rhône-Alpes durant la table ronde sur les « plans d'adaptation au changement climatique » en date du 16 avril 2014. Cf. Assemblée nationale, Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, Rapport n° 3305 sur le passage à un monde décarboné, Jean-Paul CHANTEGUET, 30 sept. 2014, 7 déc. 2015, annexe 14, pp. 316 – 317.

¹¹⁰⁵ *Id.*, ensemble du rapport.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

A) La région, chef de file de la transition énergétique dans le nouvel édifice territorial ?

« Après trente ans de décentralisation, la capacité d'action des régions françaises est indiscutablement montée en puissance »¹¹⁰⁶.

Des dernières lois de réforme territoriale, l'échelon régional semble sortir renforcé et tout particulièrement en ce qui concerne l'organisation de l'activité des collectivités territoriales en matière de transition énergétique par la mise en place du chef de filat en question sous son autorité. Le processus pêche néanmoins par un excès d'exceptions et de situations confuses retrouvées entérinées par le législateur. En résulte *« une France territoriale à géométrie variable »* évoquant l'apparition d'*« une forme de fédéralisme "à la française" »¹¹⁰⁷*. Les développements suivants tenteront alors d'explicitier les dernières étapes de la réforme territoriale et le cadre qui en résulte pour la France avant de se pencher sur le rôle théorique de la région dans la transition énergétique offert par son corpus juridique.

1) Un maquis législatif censé clarifier le rôle des collectivités territoriales dans l'action locale

« La question récurrente de la clarification des compétences serait-elle en voie d'être résolue ? C'est ce que l'on pourrait penser avec la volonté affichée dans la dernière réforme territoriale de mettre un terme à l'enchevêtrement des compétences tant décrié. La réaffirmation de la nécessaire spécialisation des missions départementales et régionales par la suppression de leur clause générale de compétence aurait-elle permis de mettre fin à la confusion des attributions locales ? »¹¹⁰⁸.

Ces questions posées sont le reflet d'un pan important des débats tenus depuis de nombreuses années¹¹⁰⁹ concernant les collectivités territoriales et leurs compétences, et donc, leurs modalités d'action locale. Car c'est bien de cela qu'il s'agit et c'est bien cela qui concerne la transition énergétique. En effet, comme évoqué auparavant, les collectivités territoriales ont un *« rôle moteur »* à jouer dans ce processus, étant donné qu'elles sont les mieux situées pour connaître tant les gisements d'économie d'énergie¹¹¹⁰ que de production d'énergie renouvelable sur leurs territoires. Dès lors, il est nécessaire de s'arrêter sur les réformes territoriales ayant eu lieu depuis 2010, poussées par un objectif avoué de simplification, de rationalisation des collectivités territoriales mais qui pourtant semble davantage entériner un enchevêtrement de leurs compétences respectives.

¹¹⁰⁶ Romain PASQUIER, « Les régions dans la réforme territoriale : vers un fédéralisme à la française ? », *AJCT*, 15 fév. 2016, p. 71.

¹¹⁰⁷ *Id.*, p. 74.

¹¹⁰⁸ Nelly FERREIRA, « La loi NOTRe : l'enchevêtrement des compétences, suite et... fin ? », *AJCT*, 15 fév. 2016, p. 79.

¹¹⁰⁹ La consultation des pages de l'AJCT, de l'AJDA ou de la RFDA permet de s'en faire une bonne idée.

¹¹¹⁰ Si elles parviennent à compléter leurs informations en ayant accès aux données du gestionnaire de réseau. Cf. Florence ROUSSEL, « Mise à disposition des données énergétiques : les textes sont en consultation », *Actu-environnement.com*, 22 avr. 2016, consulté le 25 avr. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/consultation-decret-donnees-energie-collectivite-26663.php4>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

a) Une réorganisation territoriale motivée par la spécialisation des compétences

« Le discours officiel (de l'Etat) est clair : la répartition des compétences locales souffre de mille maux puisqu'elle est emmêlée, donc illisible, peu efficace, peu démocratique et onéreuse, occasionnant des risques de concurrence et de doublons d'actions, ce qui, en ces temps de disette budgétaire, est du plus mauvais effet [...] »¹¹¹¹.

Et la responsable toute désignée de cet aveu de mauvaise utilisation des deniers publics n'est autre que la clause de compétence générale. Cette règle, considérée jusqu'à peu comme une condition *sine qua non* de la reconnaissance de toute collectivité territoriale, remonte à la loi du 5 avril 1884¹¹¹². Le principe énoncé en son article 65 et persistant au sein du Code général des collectivités territoriales dispose lapidairement que « [l]e conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune »¹¹¹³. La formule de compétence générale ne sera cependant utilisée que par la seule doctrine jusqu'à – ironiquement – la loi MAPAM du 27 janvier 2014¹¹¹⁴, qui fait fi de la rétablir après une « vraie-fausse »¹¹¹⁵ suppression en 2010 et avant son exclusion – en principe – du champ de la région et du département¹¹¹⁶.

Déjà lors des débats de la loi du 16 décembre 2010¹¹¹⁷, la suppression de cette clause pour les départements et les régions « *apparaissait a priori comme une réponse évidente et logique au besoin de répartir de manière lisible et rationnelle les compétences entre les différents niveaux d'administration territoriale, ainsi qu'un moyen de maîtriser la dépense publique locale* »¹¹¹⁸. « *Cependant, personne n'a pu évaluer l'ampleur des dépenses occasionnées par la reconnaissance d'une compétence générale au profit des collectivités territoriales, ni celle de l'augmentation des dépenses de personnel liées à l'exercice indu de compétences* »¹¹¹⁹. C'est au final ce constat d'une relation faible entre la clause générale et les déboires financiers des collectivités qui a conduit à son rétablissement explicite doublé pour le coup d'une reconnaissance officielle par la loi MAPAM. Elle sera cependant, comme évoqué ci-avant, supprimée par la loi dite NOTR(e) en 2015, « *faisant [des régions et départements], des entités désormais spécialisées* »¹¹²⁰.

Les départements et les régions se rapprochent donc du régime des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), régis par le principe de spécialité et dont le champ d'action ne dépend donc pas de leur volonté. La commune reste théoriquement l'unique échelon doté de cette compétence générale.

¹¹¹¹ Nelly FERREIRA, « La loi NOTRe : l'enchevêtrement des compétences ... », *cit.*, 15 fév. 2016, p. 79.

¹¹¹² Michel VERPEAUX, « Pavane pour une notion défunte - La clause de compétence générale », *RFDA*, 9 juil. 2014, p. 457.

¹¹¹³ CGCT, art. L. 2121-29 al. 1.

¹¹¹⁴ Michel VERPEAUX, « Pavane pour une notion défunte... », *cit.*, 9 juil. 2014, p. 457.

¹¹¹⁵ Jean-Marie PONTIER, « Le vrai faux retour de la clause de compétence générale », *JCP A*, n° 8, 24 févr. 2014.

¹¹¹⁶ Nelly FERREIRA, « La loi NOTRe : l'enchevêtrement des compétences, ... », *cit.*, 15 fév. 2016, p. 79.

¹¹¹⁷ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.

¹¹¹⁸ Michel VERPEAUX, « Pavane pour une notion défunte ... », *cit.*, 9 juil. 2014, p. 459.

¹¹¹⁹ *Ibid.*

¹¹²⁰ Nelly FERREIRA, « La loi NOTRe : l'enchevêtrement des compétences ... », *cit.*, 15 fév. 2016, p. 79.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Néanmoins, il apparaît rapidement à l'analyse de la loi NOTR(e) que les compétences des départements et régions, bien que limitées en principe restent dans les faits très larges.

b) L'institutionnalisation d'un enchevêtrement des compétences

Tout d'abord, la nouvelle définition du champ de compétence des régions est particulièrement large, prévoyant qu'elle promeut :

« le développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique de la région, le soutien à l'accès au logement et à l'amélioration de l'habitat, le soutien à la politique de la ville et à la rénovation urbaine et le soutien aux politiques d'éducation et l'aménagement et l'égalité de ses territoires, ainsi que pour assurer la préservation de son identité et la promotion des langues régionales, dans le respect de l'intégrité, de l'autonomie et des attributions des départements et des communes »¹¹²¹.

Si les thématiques de l'énergie et de l'environnement n'y sont pas directement mentionnées, il paraît plus que plausible que, par extension, le Conseil régional puisse tout de même agir dans le cadre de la transition. Le soutien à la rénovation urbaine peut par exemple appuyer des projets d'éco-quartiers qui seraient autonomes en énergie, inscrivant alors par extension son action dans le champ des objectifs fixés par le droit de la transition énergétique, s'invitant ici sur le terrain du droit des collectivités du fait des mesures de ce dernier participant à la finalité du premier.

En ce qui concerne le département, son rôle est concentré sur une de ses actions traditionnelles, l'action sociale¹¹²². Cependant, là également, la loi lui ouvre des portes pour élargir son action, notamment lorsqu'elle spécifie qu'il promeut les *« solidarités et la cohésion territoriale sur le territoire départemental »*¹¹²³. En effet, la consommation d'énergie est d'ores et déjà un enjeu de cohésion et de solidarité territoriale avec le principe de péréquation tarifaire¹¹²⁴.

Ensuite, *« le législateur a instauré ou maintenu [...] une gestion multilatérale de compétences, à travers la voie conventionnelle, qu'il s'agisse de compétences partagées, coordonnées ou déléguées »*¹¹²⁵. En effet, le Code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit plusieurs sujets sur lesquels les différentes collectivités sont appelées à agir de concert. La culture, le sport, le tourisme, la promotion des langues régionales et l'éducation populaire sont ainsi des compétences partagées¹¹²⁶. Pour la culture et le sport notamment, la loi ne fait qu'entériner un fait avéré concernant le financement croisé de ce type de politiques et d'évènements.

¹¹²¹ CGCT, art. L. 4221-1 al. 2.

¹¹²² CGCT, art. L. 3211-1 al. 2.

¹¹²³ *Id.*, al. 3.

¹¹²⁴ Constituant pas moins de 19,5% des charges prévisionnelles de service public de l'électricité pour 2016 selon la CRE. Cf. CRE, Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 15 octobre 2015 portant proposition relative aux charges de service public de l'électricité et à la contribution unitaire pour 2016, p. 1.

¹¹²⁵ Nelly FERREIRA, « La loi NOTRe : l'enchevêtrement des compétences ... », *cit.*, 15 fév. 2016, p. 80.

¹¹²⁶ CGCT, art. L. 1111-4 al. 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Autre voie d'action groupée, le chef de filat, dont il sera traité plus précisément dans les paragraphes suivants. Ce système consiste à confier pour une liste de compétences la possibilité à une collectivité territoriale d'organiser la réalisation (et surtout, le financement), d'un projet en commun lorsque cela est nécessaire¹¹²⁷.

Enfin, depuis la loi MAPAM – disposition qui a été reprise par la loi NOTR(e) -, une collectivité peut tout simplement décider de déléguer une de ses compétences à une autre de catégorie différente, voire à un EPCI à fiscalité propre¹¹²⁸. Il existe même une possibilité pour que l'Etat procède à la délégation d'une compétence à une collectivité ou à un EPCI à fiscalité propre¹¹²⁹. Avec bien sûr des limites concernant notamment les pouvoirs régaliens¹¹³⁰.

Partant :

*« Au-delà du discours qui érige la simplification en critère d'efficacité notamment financière, c'est peut-être une forme de reconnaissance qui ne dit pas son nom du nécessaire "enchevêtrement" des compétences qui apparaît, même si l'on préfère parler de compétences communes ou conjointes. Mais c'est bien la même idée sous-jacente : celle que la spécialisation par blocs de compétences est difficilement réalisable, celle que l'imbrication des compétences est inhérente à une organisation décentralisée afin que les projets puissent se concrétiser et générer une dynamique et une solidarité locales »*¹¹³¹.

Et les compétences touchant, de près ou de loin, à la transition énergétique n'échappent pas à cette nouvelle logique d'entrelacs assumée dans les textes. C'est ce que les lignes suivantes, concentrées sur le rôle en principe primordial de la région dans la transition, vont aborder.

2) La région, apparente autorité responsable de la transition énergétique dans les territoires

Selon le CESE, « *l'optimum global n'[étant] pas forcément la somme des optimums locaux* »¹¹³², il faut privilégier deux niveaux dans la mise en œuvre de la transition énergétique, l'Etat et le région. Cette dernière lui paraît en effet être « *le bon niveau de responsabilité de la cohérence de la transition énergétique sur l'ensemble du territoire* »¹¹³³.

A l'appui de ces propos, la loi de transition énergétique reconnaît explicitement que la région « *constitue l'échelon pertinent* » pour un pan majeur de la transition énergétique, à savoir

¹¹²⁷ CGCT, art. L. 1111-9 – I.

¹¹²⁸ CGCT, art. L. 1111-8.

¹¹²⁹ CGCT, art. L. 1111-8-1 al. 1.

¹¹³⁰ CGCT, art. L. 1111-8-1 al. 3.

¹¹³¹ Nelly FERREIRA, « La loi NOTRe : l'enchevêtrement des compétences ... », *cit.*, 15 fév. 2016, p. 82.

¹¹³² Propos tenus par Catherine TISSOT-COLLE, co-rapporteuse de l'avis du CESE sur la loi de transition énergétique, durant la table ronde sur les « plans d'adaptation au changement climatique » en date du 16 avril 2014. Cf. Assemblée nationale, Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, Rapport n° 3305 sur le passage à un monde décarboné, Jean-Paul CHANTEGUET, 30 sept. 2014, 7 déc. 2015, annexe 14, p. 113.

¹¹³³ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

l'efficacité énergétique¹¹³⁴. Elle lui adjoint d'ailleurs l'assistance des agences régionales de l'environnement, qui doivent dès à présent apporter « *leur concours à la mise en œuvre des compétences dont les régions disposent en matière d'énergie, d'environnement et de développement durable* »¹¹³⁵. C'est donc bien que la région dispose de telles compétences, au moins de quelques-unes. C'est aussi la preuve de l'intrication forte entre droit de la transition énergétique et droit des collectivités territoriales, étant donné que les textes de l'un modifient l'autre, et inversement.

Mais au-delà de cette compétence clairement énoncée, c'est du côté des compétences conjointes qu'il faut aller chercher le rôle de la région en matière de transition énergétique.

a) La région, chef de file de la transition énergétique

Il est important de préciser que le chef de filat provient de l'article 65 de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire¹¹³⁶. Ce texte se contente cependant de renvoyer à une autre loi qui doit être adoptée postérieurement afin de déterminer « *les conditions dans lesquelles une collectivité pourra assumer le rôle de chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant de plusieurs collectivités territoriales* »¹¹³⁷.

En 2000, un rapport d'information du Sénat¹¹³⁸ vient proposer un régime du chef de filat, jusqu'alors non défini. Partant du constat que le cofinancement est indispensable à la réalisation de certains projets tels les grands équipements, tout l'enjeu réside alors dans la portée des pouvoirs de la collectivité chef de file, qui ne doivent pas empiéter sur l'interdiction de toute tutelle d'une collectivité sur une autre¹¹³⁹. Pour le rapporteur, le sénateur Michel Mercier, « *[l]a fonction de chef de file est donc une fonction d'animation et de coordination dans un cadre volontaire destiné à favoriser une plus grande cohérence de l'action des collectivités territoriales* »¹¹⁴⁰.

Ce système a plus récemment été « *développé par la loi MAPTAM, en réponse au rétablissement de la clause générale de compétence qu'elle prévoyait et qui rendait nécessaire la clarification des compétences conjointes* »¹¹⁴¹. Elle sera cependant conservée par la loi NOTRe¹¹⁴² malgré la spécialisation des compétences avancée¹¹⁴², et son article 2

¹¹³⁴ Article 188 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

¹¹³⁵ Article 191 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

¹¹³⁶ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

¹¹³⁷ *Id.*, art. 65 II.

¹¹³⁸ Sénat, Mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales, Rapport n° 447, Michel MERCIER, 28 juin 2000.

¹¹³⁹ Art. 72, al. 5 de la Constitution.

¹¹⁴⁰ Sénat, Mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales, Rapport n° 447, Michel MERCIER, 28 juin 2000, deuxième partie, chap. 2, I. B) 2).

¹¹⁴¹ Nelly FERREIRA, « La loi NOTRe : l'enchevêtrement des compétences ... », *cit.*, 15 fév. 2016, p. 80.

¹¹⁴² *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

modifiera l'article L. 1111-9 du CGCT, fixant l'attribution des domaines réservés à chaque niveau de collectivité pour coordonner les compétences conjointes.

Cette disposition du CGCT réserve ainsi à la région le rôle de chef de file concernant l'aménagement et le développement durable du territoire, la protection de la biodiversité, le climat, la qualité de l'air et l'énergie mais également l'intermodalité et la complémentarité entre les modes de transport. En bref, la région est amenée à coordonner l'action des autres collectivités territoriales sur le sujet de la transition énergétique tant ces compétences réservées à son organisation en constituent la colonne vertébrale.

Néanmoins, plusieurs éléments permettent de se demander de quelle transition énergétique la région est amenée à être chef de file, tant la réforme territoriale a laissé un entrelacs de compétences se chevauchant et pouvant faire l'objet de délégation au cas par cas.

b) La région, chef de file de quelle transition énergétique ?

Dans un rapport sénatorial de janvier 2015 s'intéressant aux dispositions du projet de loi de transition énergétique s'appliquant aux collectivités territoriales¹¹⁴³ (soulignant encore les liens de ces deux droits), les auteurs déplorent « *une répartition des compétences incertaine* »¹¹⁴⁴, notamment concernant l'énergie et l'environnement. Premièrement, parce que l'article L. 1111-2 du CGCT implique tant les collectivités et leurs groupements que l'Etat dans « *la protection de l'environnement, [et] la lutte contre l'effet de serre par la maîtrise et l'utilisation rationnelle de l'énergie* »¹¹⁴⁵. Deuxièmement, parce que les domaines de chef de filat réservés au département et au bloc communal risquent d'empiéter sur des pans de la transition énergétique non négligeables. En l'occurrence, la précarité énergétique pour les départements¹¹⁴⁶, et pour le bloc communal, la mobilité durable et l'aménagement de l'espace¹¹⁴⁷.

Il ressort de ces éléments ainsi que de ceux vus dans les paragraphes précédents que la gestion territoriale de la transition énergétique s'annonce plus éparpillée que jamais. Mme Nelly Ferreira résume bien les difficultés qui risquent d'aller croissant dans les lignes suivantes :

*« Chaque territoire régional aura sa propre répartition des compétences, du fait du jeu des délégations et du chef de filât ; aucune collectivité de la même catégorie ne disposera plus des mêmes compétences, mais gèrera des missions spécifiques en fonction des délégations qu'elle aura opérées comme délégante et de celles qu'elle aura acceptées comme délégataire »*¹¹⁴⁸.

¹¹⁴³ Sénat, Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation, Rapport n° 265 sur les dispositions applicables aux collectivités territoriales du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Rémy POINTEREAU, Philippe MOUILLER, 28 jan. 2015.

¹¹⁴⁴ *Id.*, p. 16.

¹¹⁴⁵ CGCT, art. L. 1111-2 al. 2.

¹¹⁴⁶ CGCT, art. L. 1111-9 – III, 1°.

¹¹⁴⁷ CGCT, art. L. 1111-9 – IV, 1° et 3°.

¹¹⁴⁸ Nelly FERREIRA, « La loi NOTRe : l'enchevêtrement des compétences ... », *cit.*, 15 fév. 2016, p. 82.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

C'est donc une application à géométrie variable du droit de la transition énergétique qui se profile, globalement sous le pilotage de la collectivité régionale mais avec un cadre à chaque fois différent. Il est alors à espérer que ce que cette politique publique perdra en lisibilité, elle le gagnera en adaptabilité et proximité avec le territoire, ce qui constitue une condition essentielle de la réussite de la transition énergétique.

« Au final, la politique publique de l'énergie demeure répartie entre tous les échelons territoriaux et, comme beaucoup d'autres, ne fait pas l'objet d'un regroupement chez un ou deux acteurs publics locaux [...] »¹¹⁴⁹.

Il est alors temps de se pencher sur le rôle des autres collectivités dans la transition, qui semblent constituer d'indispensables pièces du puzzle territorial.

B) Les autres collectivités territoriales, des rôles différents et complémentaires

L'échelon directement inférieur à la région, le département, était avant la dernière vague de réforme territoriale centré sur l'action sociale, la gestion des collèges et les routes départementales¹¹⁵⁰. Cependant, depuis les lois MAPAM et NOTR(e), leur « *champ d'action s'[est] resserré sur l'action sociale* »¹¹⁵¹. Ne leur reste alors que le chef de filat sur la précarité énergétique et la possibilité d'interprétation extensive de la solidarité territoriale, toutes deux évoquées dans les pages précédentes. Le département perd ainsi la compétence transports, séparée entre les régions d'un côté et les communes et EPCI en charge de la mobilité durable de l'autre¹¹⁵². En revanche, le bloc communal devient l'autre grand acteur territorial de la transition énergétique. En soi, l'engagement des communes et plus récemment de leurs EPCI ne date pas d'hier, du fait de leur proximité directe avec le territoire. Le rapport du Sénat déposé le 22 octobre 2015, intitulé « Les collectivités territoriales s'engagent pour le climat » en témoigne d'ailleurs en ce qu'il se fonde en majorité sur l'expérience de communes et de leurs groupements, plus que sur des actions régionales ou surtout départementales¹¹⁵³.

Dès lors, il est impératif de se pencher sur les compétences du bloc communal au titre du droit de la transition énergétique. Au premier chef en s'enquérant de la place des communes et des EPCI mais encore en gardant un développement spécifique aux communautés urbaines et surtout aux métropoles, nouveaux acteurs locaux paradoxalement centralisateurs de la transition énergétique.

¹¹⁴⁹ Olivier ORTEGA, « L'énergie et les nouvelles compétences locales », *Les Echos*, 24 juin 2014, consulté le 15 avr. 2016 [<http://www.lesechos.fr/pme-regions/actualite-des-marches-publics/021143514494-lenergie-et-les-nouvelles-competences-locales-1131166.php?H2BosrU31v32Ryfj.99>].

¹¹⁵⁰ Le total des trois représentait en 2011 plus de 70% du budget des départements français. Cf. l'animation de la page *Vie-publique*, « Quelles sont les compétences exercées par les départements ? », consultée le 30 avr. 2016 [<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/collectivites-territoriales/competences-collectivites-territoriales/quelles-sont-competences-exercees-par-departements.html>].

¹¹⁵¹ Nelly FERREIRA, « La loi NOTRe : l'enchevêtrement des compétences ... », *cit.*, 15 fév. 2016, p. 79.

¹¹⁵² Emmanuel ROUX, « Loi NOTRe - La compétence « mobilité » : des transferts au goût d'inachevé », *AJCT*, nov. 2015, pp. 568s.

¹¹⁵³ Sénat, Délégation aux collectivités territoriales, Rapport n° 108 « Les collectivités territoriales s'engagent pour le climat », Jean-Marie BOCKEL et al., 22 oct. 2015.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

1) Les communes et EPCI, la planification territoriale et la transition énergétique

Le rôle du bloc communal dans la transition énergétique est reconnu de premier plan par le Président de la République lui-même afin d'en partager la responsabilité avec l'Etat¹¹⁵⁴. Il est à préciser que de longue date les communes sont les premières actrices des réseaux et de l'organisation des territoires. Cependant, au gré de la réforme territoriale, les EPCI, quatrième couche protéiforme du « *millefeuille* » territorial, ont vocation à reprendre ou appuyer ces missions communales.

a) Les communes, premières actrices des réseaux et de l'organisation du territoire

Les communes ont, ne serait-ce qu'historiquement, un important rôle à jouer dans la transition énergétique. En effet, « *le développement de l'énergie électrique s'est fait, d'abord, dans un cadre communal* »¹¹⁵⁵. De cet aspect, elles ont gardé la propriété des réseaux de distribution d'électricité et de gaz¹¹⁵⁶ qu'elles ont cependant dans une écrasante majorité l'obligation de déléguer au concessionnaire national ERDF ou GRDF¹¹⁵⁷. Le cas, minoritaire, de l'exploitation des réseaux de distribution d'énergie par une société à capital public ouvre des portes pour la mobilisation des territoires dans la transition énergétique, comme cela sera développé dans les paragraphes suivants.

Au sujet des réseaux d'énergie des collectivités territoriales, ceux de chaleur et de froid sont qualifiés de service public industriel et commercial et reconnus comme dépendants de la gestion des communes qui les créent et les exploitent¹¹⁵⁸. Ils sont d'ailleurs d'une importance non négligeable dans le cadre de la transition énergétique, comme le montre l'objectif qui leur est fixé par l'article L. 100-4 du Code de l'énergie depuis la loi de transition énergétique. Ils doivent ainsi « *multiplier par cinq la quantité de chaleur et de froid renouvelables et de récupération livrée* » d'ici 2030¹¹⁵⁹. En sus, afin de renforcer la planification de ces réseaux et d'augmenter la part des énergies renouvelables qui y sont injectées, les communes en charge de ces réseaux doivent élaborer d'ici au 31 décembre 2018 un schéma directeur de leur réseau de chaleur ou de froid¹¹⁶⁰. Il devra notamment évaluer le potentiel de développement de ces énergies. C'est donc une compétence à cheval entre l'organisation du

¹¹⁵⁴ François HOLLANDE, Président de la République, « Allocution de M. le Président de la République aux Etats généraux de la démocratie territoriale », publié le 5 oct. 2012, consulté le 2 mai 2016 [<http://www.elysee.fr/declarations/article/allocution-de-m-le-president-de-la-republique-aux-etats-generaux-de-la-democratie-territoriale/>] : « *l'Etat devra partager avec le bloc communal, la responsabilité de la transition énergétique* ».

¹¹⁵⁵ Jean-Marie PONTIER, « Les collectivités territoriales et la transition énergétique », *JCP A*, n° 23, 8 juin 2015, p. 2.

¹¹⁵⁶ L'article L. 2224-31 du CGCT les qualifie alors d'autorité organisatrice d'un réseau public de distribution (AOD). Dans les faits la grande majorité sont des communes propriétaires mais la propriété peut aussi être le fait de « *l'établissement public de coopération auquel elle a transféré cette compétence, ou le département s'il exerce cette compétence 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* » (art. L. 2224-31 CGCT – IV).

¹¹⁵⁷ Comme il est prévu à l'article L. 2224-31 du CGCT et à l'exception d'une exploitation directe des réseaux par des entreprises locales de distribution (ELD), cf. Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « La distribution d'énergie au lendemain de la loi relative à la transition énergétique », *AJCT*, 20 jan. 2016, p. 16.

¹¹⁵⁸ CGCT, art. L. 2224-38 – I.

¹¹⁵⁹ C. Ener., art. L. 100-4 – I, 9°.

¹¹⁶⁰ CGCT, art. L. 2224-38 – II.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

territoire, la transition énergétique et le développement des réseaux de chaleur et de froid qui fait partie intégrante des enjeux d'urbanisme local.

En ce qui concerne l'organisation territoriale, depuis le XX^e siècle et l'émergence de l'urbanisme moderne et de ses documents de planification, les communes, parfois en groupements, sont l'autorité chargée de réaliser lesdits documents. Depuis la loi Cornudet du 14 mars 1919, les communes de plus de 10 000 habitants ont l'obligation d'établir un plan de leur territoire et d'envisager les perspectives d'aménagement futur¹¹⁶¹. C'est alors ce plan qui constitue la base sur laquelle les nouvelles constructions sont autorisées ou non. C'est néanmoins en 1967, par la loi d'orientation foncière (LOF) qu'apparaîtra le plan d'occupation des sols (POS)¹¹⁶², encore en vigueur dans certaines communes françaises. Il est peu à peu remplacé par le plan local d'urbanisme (PLU), instauré par la loi dite SRU de 2000¹¹⁶³. Les communes ont donc presque un siècle d'expérience de planification territoriale. Or, cette compétence est également essentielle à la réussite de la transition énergétique. En effet, de la seule organisation de la cité résulte un impact sur les modes et temps de transports et donc sur les émissions de CO₂. De manière plus poussée, depuis la loi de transition énergétique et son article 8, le règlement du PLU peut imposer dans certains secteurs que les constructions, travaux, installations ou aménagements respectent des normes renforcées de performance énergétique ou une production seuil d'énergie renouvelable¹¹⁶⁴, liant ainsi droit de l'urbanisme et droit de la transition énergétique.

Les communes ont également la charge d'autres documents élaborés parallèlement à ceux d'urbanisme et intéressant la transition au premier chef. L'un d'entre eux et non des moindres n'est autre que le plan climat énergie territoire (PCET). Rendus obligatoires pour toute collectivité de plus de 50 000 habitants par la loi Grenelle II¹¹⁶⁵, ces plans contiennent notamment un bilan des émissions de gaz à effet de serre¹¹⁶⁶. La loi de transition énergétique a cependant souhaité faire remonter cet outil (renommé plan climat air énergie territoire – PCAET) à un échelon jugé plus pertinent, le retirant aux communes pour le rendre obligatoire dans les EPCI¹¹⁶⁷. Cette mesure, symptomatique du rôle croissant de l'intercommunalité dans la transition énergétique, sera développée dans les lignes suivantes.

Enfin, la loi dite MAPAM désigne la commune chef de file au sujet de la mobilité durable¹¹⁶⁸, confirmant ainsi l'importance de l'échelon local dans les moyens de transport et l'enjeu de leur durabilité. L'implication des communes dans ce pan de la transition est

¹¹⁶¹ Cf. notamment, Viviane CLAUDE, Pierre-Yves SAUNIER, « L'urbanisme au début du siècle. De la réforme urbaine à la compétence technique », *Vingtième Siècle*, n° 64, 1999, pp. 28 – 29.

¹¹⁶² A l'article 11 de la loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière.

¹¹⁶³ Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains.

¹¹⁶⁴ *C. Urb.*, art. L. 123-1-5 – III, 6°.

¹¹⁶⁵ A l'art. 75 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement et codifié à l'art. L. 229-26 du Code de l'environnement.

¹¹⁶⁶ *Id.*, art. L. 229-25 du Code de l'environnement.

¹¹⁶⁷ Ainsi qu'en dispose la nouvelle version de l'art. L. 229-26 du Code de l'environnement, modifié par l'article 188 de la loi de transition énergétique. Cet article rend obligatoire ce document d'ici au 31 décembre 2016 pour les EPCI à fiscalité propre de plus de 50 000 habitants et d'ici au 31 décembre 2018 pour ceux de plus de 20 000.

¹¹⁶⁸ *CGCT*, art. L. 1111-9 – IV, 1°.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

d'ailleurs renforcée par l'article 42 de la loi de transition énergétique permettant au PLU de réduire de 15% les places de stationnement en échange de la mise à disposition d'infrastructures de recharge de véhicules électriques ou hybrides¹¹⁶⁹.

La commune semble donc n'avoir rien perdu de son rôle de premier plan dans la planification territoriale et même avoir gagné des compétences clés de mise en place de la transition énergétique, sans même qu'il soit nécessaire d'évoquer la clause générale de compétence. Cependant, cette réalité n'apparaît complète que si l'intercommunalité est prise en compte, pour adresser alors l'ensemble du bloc communal.

b) L'intercommunalité, la quatrième couche protéiforme du « *millefeuille* » territorial

*« L'intercommunalité forme une quatrième couche du "millefeuille" qui a de plus la particularité de ne pas être uniforme. A l'inverse des communes, des départements et des régions, les compétences et les modalités d'organisation sont très différentes d'une communauté à l'autre »*¹¹⁷⁰.

Ainsi que le décrit M. Nicolas Font, il est difficile de parler des EPCI comme d'un ensemble, tant ils sont constitués d'une gamme diverse d'établissements, chacun avec un périmètre différent de compétences héritées au gré des transferts. Alors que les communautés d'agglomération, communautés urbaines et métropoles représentent des ensembles urbains et parfois leurs franges péri-urbaines, les communautés de communes représentent des situations très variées, des périphéries de grandes villes aux bassins de vie à échelle modeste jusqu'aux territoires ruraux, très étendus et peu peuplés.

Dans cette analyse, le cas des communautés urbaines et métropoles sera laissé de côté et traité quelques pages plus loin, tant leur statut et leur périmètre de compétence est particulier. En revanche, dans les autres cas, les communes sont appelées à agir de concert avec leurs voisines au sein de l'intercommunalité, sortant ainsi « *de la logique de concurrence (sur la fiscalité, l'attractivité, la culture) vers celle d'interdépendance* »¹¹⁷¹. Cette « *politique locale à double visage, communal et communautaire* »¹¹⁷² concerne pleinement la transition énergétique. Preuve en est, sur les éléments évoqués précédemment à propos des communes, une grande partie est obligatoirement transférée à l'échelon intercommunal quand d'autres seront transférés en option. Plus encore, la logique d'interdépendance est un marqueur fort de la transition énergétique et de sa traduction juridique, amenant à repenser la notion de territoire¹¹⁷³.

S'agissant des transferts obligatoires au niveau intercommunal, l'élaboration du PCAET a été mentionnée. Celle-ci, une fois réalisée, permet aux EPCI concernés d'être reconnus

¹¹⁶⁹ Codifié à l'art. L. 123-1-12 al. 3 du Code de l'urbanisme.

¹¹⁷⁰ Nicolas FONT, « Réforme territoriale - Retour sur cinq ans de réforme de l'intercommunalité », *AJCT*, 15 fév. 2016, p. 70.

¹¹⁷¹ *Id.*, p. 69.

¹¹⁷² *Ibid.*

¹¹⁷³ Cf. Partie 2, chap. 2, section 1, II) B).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

coordinateurs de la transition énergétique¹¹⁷⁴; leur sont alors octroyés l'animation et la coordination des actions concernant l'énergie en cohérence notamment avec le PCAET sur leur territoire. Cependant, le document afférent peut également être élaboré par l'institution en charge du schéma de cohérence territoriale (SCoT), qui peut être un syndicat mixte constitué de communes et/ou d'EPCI compétents¹¹⁷⁵ ayant souhaité se regrouper pour réaliser ce document de planification issu de la loi SRU. Outre ce cas précis, les communautés de communes et les communautés d'agglomération sont de plein droit compétentes pour élaborer ce document¹¹⁷⁶.

Evoquer le SCoT mène alors naturellement à parler du plan local d'urbanisme intercommunal (PLUi), qui est devenu la norme depuis le 25 mars 2017. En effet, depuis l'article 136 de la loi dite ALUR¹¹⁷⁷, à l'expiration d'un délai de trois ans après l'adoption de la loi, les communautés de communes et d'agglomération n'ayant pas encore la compétence PLU l'acquièrent sauf opposition de 25% des communes représentant 20% de la population. Ce document emblématique de l'urbanisme local devient donc par défaut intercommunal, renommé pour l'occasion PLUi. Or, comme écrit auparavant, le PLU est l'expression de l'architecture du territoire ; il a un impact sur les transports et la construction, dont le suivi est désormais assuré en priorité à l'échelon intercommunal.

En outre, les communautés de communes et d'agglomération disposent de compétences optionnelles à choisir parmi une liste préétablie. Au sein de cette liste, l'une d'entre elles concerne directement la transition, celle dite du « *soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie* »¹¹⁷⁸, pilier prioritaire de la transition énergétique¹¹⁷⁹. Mais le choix de cette option dépendra de chaque EPCI et aboutit à des profils d'intercommunalité variés.

Ce qui renforce encore le kaléidoscope des intercommunalités dans le secteur de l'énergie, c'est que des compétences facultatives peuvent leur être transférées par leurs communes membres¹¹⁸⁰. Dès lors, elles peuvent devenir AOD pour ce qui concerne les réseaux de gaz et électricité, mais aussi gérer les réseaux de chaleur et de froid ou encore se voir transféré le chef de filat dit « *mobilité durable* », comme évoqué précédemment.

Il apparaît donc que l'échelon intercommunal sort renforcé par un « continuum législatif »¹¹⁸¹ en sa faveur, de la loi ALUR à la loi de transition énergétique, en passant par la loi MAPAM, liant par la même occasion différentes branches du droit dans la même finalité. Cependant,

¹¹⁷⁴ CGCT, art. L. 2224-34 al. 1.

¹¹⁷⁵ C. Urb., art. L. 122-4.

¹¹⁷⁶ CGCT, art. L. 5214-16 – I. 1° concernant les communautés de communes et L. 5216-5 – I. 1° concernant les communautés d'agglomération.

¹¹⁷⁷ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

¹¹⁷⁸ CGCT, art. L. 5214-16 – II. 1° concernant les communautés de communes et L. 5216-5 – II. 4° concernant les communautés d'agglomération.

¹¹⁷⁹ La sobriété énergétique constitue d'ailleurs le premier élément du scénario négaWatt [<http://www.negawatt.org/scenario-negawatt-2011-p46.html>].

¹¹⁸⁰ CGCT, art. L. 5211-17.

¹¹⁸¹ Pierre VILLENEUVE, « La planification territoriale de la transition énergétique », *cit.*, 20 jan. 2016, p. 29.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

cette fonction d'organisateur local de la transition énergétique va dépendre fortement des accords locaux débouchant sur des transferts de compétences à la carte.

De manière différente, les intercommunalités de taille supérieure, communauté urbaine et métropole, ont été dotées d'office d'un éventail de compétences plus important sur les questions énergétiques.

2) Le fait urbain ou les grandes villes acteurs primordiaux de la transition énergétique

En 2010, l'Institut national de la statistique et des études économiques (Insee) estimait déjà que « 95 % de la population [vivait] sous l'influence des villes »¹¹⁸². En 2013, les 10 premières aires urbaines¹¹⁸³ regroupaient 23 410 822 personnes, soit 35,7% de la population, l'aire urbaine de Paris comptant à elle seule pour 18,9% du total¹¹⁸⁴. Le fait urbain est donc fortement ancré en France et la capitale pèse encore de manière disproportionnée dans la répartition de la population nationale. Fort de ce constat, la mission échue aux grandes villes est d'autant plus importante dans la transition énergétique, du fait de leur poids démographique.

a) Les communautés urbaines et métropoles, acteurs naturels de la transition énergétique

S'agissant des principaux pôles d'activités du territoire français, ils sont gérés depuis les dernières lois de réforme territoriale (de la loi dite RCT¹¹⁸⁵ de 2010 à la loi NOTR(e) de 2015) au sein de communautés urbaines ou de métropoles. Les communautés urbaines sont accessibles à partir d'un ensemble de 250 000 habitants¹¹⁸⁶ à l'exception des « communautés urbaines historiques de Dunkerque, d'Arras, du Mans et d'Alençon »¹¹⁸⁷. Les métropoles, créées par la loi dite RCT, mais rendues opérantes par les lois MAPAM et NOTR(e)¹¹⁸⁸, sont accessibles à partir de 400 000 habitants dans une aire urbaine de plus de 650 000 habitants¹¹⁸⁹. Au 1^{er} juillet 2016, la France comptait ainsi 15 métropoles, la dernière-née étant celle de Nancy¹¹⁹⁰. Les métropoles de Paris, Lyon et d'Aix-Marseille bénéficient par ailleurs d'un régime particulier au sein du CGCT¹¹⁹¹.

A la différence des intercommunalités de moindre taille, les communautés urbaines et métropoles sont de par leurs compétences obligatoires des acteurs naturels de la transition énergétique et ce de manière explicite. En effet, elles héritent automatiquement des

¹¹⁸² Chantal BRUTEL, David LEVY, « Le nouveau zonage en aires urbaines de 2010 », *Insee*, consulté le 3 mai 2016 [http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1374].

¹¹⁸³ *Id.*, encadré « Le zonage en aires urbaines de 2010 : la méthode », consulté le 3 mai 2016.

¹¹⁸⁴ Calculs réalisés à partir des données de l'Insee disponibles ici : « Les 60 premières aires urbaines en 2013 » [http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=nattef01203] et « Évolution de la population jusqu'en 2016 » [http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?ref_id=NATnon02145] consultés le 3 mai 2016.

¹¹⁸⁵ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.

¹¹⁸⁶ CGCT, art. L. 5215-1 al. 1.

¹¹⁸⁷ Nicolas FONT, « Réforme territoriale - Retour sur cinq ans ... », *cit.*, 15 fév. 2016, p. 70.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*

¹¹⁸⁹ CGCT, art. L. 5217-1 al. 2.

¹¹⁹⁰ « Réformer l'organisation territoriale - Les métropoles », *Gouvernement.fr*, mise à jour du 25 avr. 2016, consulté le 3 mai 2016 [<http://www.gouvernement.fr/action/les-metropoles>].

¹¹⁹¹ La métropole du Grand Paris est traitée aux articles L. 5219-1 à -12 du CGCT, celle de Lyon des articles L. 3611-1 à L. 3665-2 et celle d'Aix-Marseille-Provence des articles L. 5218-1 à -11 du même code.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

compétences ci-avant détaillées de soutien aux actions de maîtrise de la demande d'énergie, de concession de la distribution publique d'électricité et de gaz, des réseaux de chaleur et de froid et de la création et de l'entretien des infrastructures de charge des véhicules électriques¹¹⁹². Mais elles obtiennent surtout la compétence explicite dénommée « *contribution à la transition énergétique* »¹¹⁹³. Néanmoins, cette compétence n'étant pas précisée, elle reste plutôt une porte ouverte à l'imagination des collectivités concernées qu'un objet juridique bien défini¹¹⁹⁴. Encore une fois, le droit de la transition énergétique met des outils à disposition des acteurs, à eux d'en faire usage pour remplir les objectifs.

En sus de ces compétences obligatoires ouvrant de belles perspectives à ces collectivités, elles pourront également ajouter d'autres compétences à leur portefeuille. Ce sont les compétences facultatives ou celles reprises des EPCI fusionnés¹¹⁹⁵. De quoi apporter un peu d'hétérogénéité selon l'histoire des territoires et leurs spécificités.

En termes d'hétérogénéité, les métropoles spécifiques de Paris et de Lyon sont soumises à un régime particulier qui, paradoxalement, semble réduire leur pouvoir en ce qui concerne la question de l'énergie. Ainsi, le Grand Paris ne détient pas les compétences liées aux réseaux d'électricité, de gaz, de chaleur et de froid, ni celle de contribution à la transition énergétique. « *Les syndicats intercommunaux et les EPCI membres continuent donc de jouer un rôle prépondérant dans ces domaines* »¹¹⁹⁶. En guise de compensation, le Grand Paris est chargé d'élaborer et de mettre en œuvre « *des programmes d'action en vue de lutter contre la pollution de l'air et de favoriser la transition énergétique, notamment en améliorant l'efficacité énergétique des bâtiments et en favorisant le développement des énergies renouvelables et celui de l'action publique pour la mobilité durable* »¹¹⁹⁷. Quant à la métropole de Lyon, elle ne dispose pas non plus de la compétence dite « *contribution à la transition énergétique* » mais, en venant aux droits du département du Rhône dans son périmètre¹¹⁹⁸ elle récupère par la même occasion le chef de filat sur la précarité énergétique¹¹⁹⁹.

Au total, les communautés urbaines et métropoles regroupent entre leurs mains les outils faisant d'elles de potentielles forces propulsives de la transition énergétique. Cette situation peut donc se révéler être un accélérateur de ladite transition par une concentration des moyens dans les ensembles regroupant une part importante de la population française. Nonobstant, le cas particulier des métropoles soulève la question d'une possible recentralisation de la gestion de l'énergie.

¹¹⁹² CGCT, art. L. 5217-2 pour les métropoles et L. 5215-20 pour les communautés urbaines.

¹¹⁹³ Au I. 6°, d) pour les métropoles et I. 5°, e) pour les communautés urbaines.

¹¹⁹⁴ L'association AMORCE, dans son très intéressant document de juillet 2014 « Les compétences énergies des collectivités et leurs groupements (EPCI et syndicats) » évoque « *un vide juridique* », p. 9 [http://www.amorce.asso.fr/media/filer_public/85/98/85982807-b63f-47b5-a91e-2c64f0bf739c/enj_03_etude_competences_energies_nouveau.pdf].

¹¹⁹⁵ CGCT, art. L. 5217-1 al. 7.

¹¹⁹⁶ AMORCE, « Les compétences énergies des collectivités et leurs groupements ... », *cit.*, 2014, p. 20.

¹¹⁹⁷ CGCT, art. L. 5219-1 – V. al. 1.

¹¹⁹⁸ CGCT, art. L. 3641-2.

¹¹⁹⁹ CGCT, art. L. 1111-9 – III. 1°.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

b) Les métropoles de demain, vers une recentralisation multipolaire de la gestion de l'énergie ?

Ainsi qu'il a été exposé, les grandes villes par l'outil communauté urbaine mais surtout métropole concentrent de nombreuses compétences. Dans le cas des métropoles, celles-ci rognent sur les compétences des échelons supérieurs que sont les départements et régions. En effet, par convention, la métropole peut obtenir la délégation ou le transfert de compétences de la part du département, de la région et de même de l'Etat¹²⁰⁰. Cet échelon a ainsi tendance à devenir un nouveau pôle centralisateur de pouvoirs, et la métropole de Lyon en est un bon exemple avec son absorption du département à son échelle.

Or, ce nouvel état de fait soulève plusieurs questions.

Tout d'abord, il suffit d'assister à un congrès d'élus des petites villes de France¹²⁰¹ pour comprendre la crainte bien réelle de ces premiers magistrats lorsqu'ils sont aux commandes d'une ville périphérique dans le giron d'une métropole. En effet, rien ne garantit la prise en compte de leurs intérêts, de ceux d'une commune menacée de devenir une ville-dortoir, avec peu de services publics et d'activité économique.

Concernant plus directement le sujet de la transition énergétique, quels vont être les marges de manœuvre de ces métropoles sur la production d'énergie, elles qui sont constituées de territoires majoritairement urbains et au potentiel donc limité ? En effet, les installations hydroélectriques, les parcs éoliens et photovoltaïques sont nécessairement relégués aux zones pouvant les accueillir, dans leur grande majorité en territoire rural par besoin d'espace. Quelles seront alors les relations entre centres et périphéries ?

Si le droit de la transition énergétique s'avancait vers une organisation pleinement transférée de la production et distribution d'énergie de l'Etat vers les métropoles, et instaurait ainsi un système davantage horizontal et décentralisé que pyramidal comme le choix le lui appartient, alors il permettrait peut-être de créer de nouvelles coopérations étendues autour de bassins de consommation offrant des compensations aux territoires ruraux pourvoyeurs d'énergie. Cette nouvelle dynamique permettrait de sortir du clivage ville-campagne qu'a rencontré chaque développeur éolien et plus largement de nombreux aménageurs ayant pour tâche d'installer au loin des villes des infrastructures indésirables (centre de tri des déchets, etc.). Ce sera cette perspective de décentralisation, de rupture du modèle énergétique pyramidal français qui irriguera la réflexion des lignes à venir.

II. Le besoin de décentralisation inhérent à la transition énergétique

¹²⁰⁰ Respectivement, art. L. 5217-2 – IV, V et III du CGCT.

¹²⁰¹ Constitués dans l'Association des Petites Villes de France (APVF), regroupant des villes de 2500 à 25 000 habitants [<http://www.apvf.asso.fr/a-propos-apvf-2>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Une fois brossé le portrait de collectivités territoriales interdépendantes dans la mise en œuvre de la transition énergétique, la question de la décentralisation de la gestion de l'énergie est apparue à nouveau, portée par une vigueur renouvelée. Elle s'inscrit dans la terminologie de la doctrine intéressée à la loi de transition énergétique et à sa mise en œuvre possible ou désirée dans les territoires. La loi de transition énergétique marquerait alors « *un changement d'échelle de l'appréhension de l'énergie* » marquée par des « *projets diffus, concernant l'ensemble du territoire* » et impliquant de nombreux acteurs¹²⁰². Ce droit entrerait ainsi « *en résonance avec l'idée de "relocalisation" de l'énergie* »¹²⁰³ notamment permise par les réseaux de distribution d'énergie locaux. Plus encore, il est reconnu « *une portée territoriale, si ce n'est décentralisatrice de la transition énergétique* »¹²⁰⁴ et de son droit. Enfin, c'est peut-être le rapport sénatorial du 28 janvier 2015 qui décrit le mieux l'articulation Etat/collectivités territoriales instaurée par la loi et fondée sur l'implication des collectivités « *dans la politique énergétique dès le XIX^e siècle* »¹²⁰⁵ :

« [I]l appartient à l'État stratège de fixer la politique nationale de transition énergétique et de mettre celle-ci en œuvre dans les territoires par l'incitation, par la convention, par la programmation ; il appartient en revanche aux collectivités, non pas d'exécuter mais de donner effet, à leur rythme, en fonction de leurs moyens et de leurs besoins, qui sont divers »¹²⁰⁶.

Dans les faits, cette action venue des territoires se traduit principalement par deux types d'initiatives aisément complémentaires, celles des territoires à énergie positive d'un côté, celle de la gestion locale des réseaux d'énergie de l'autre.

Il apparaît nécessaire de préciser dès à présent que la question, primordiale, du rôle des collectivités territoriales dans la production d'énergies renouvelables en particulier *via* leur financement sera traitée dans la deuxième partie de cette thèse¹²⁰⁷.

A) Les territoires à énergie positive, catalyseurs des collectivités territoriales mobilisées

Les territoires à énergie positive sont un des outils du droit de la transition énergétique au service de la réalisation de ce processus. Ils ont été reconnus récemment par la loi de transition énergétique en son article premier, et sont à la fois un concept, un label et maintenant un programme de financement d'actions locales. Pour expliciter cette notion,

¹²⁰² Philippe BILLET, « Transition énergétique et croissance verte : itinéraire et ambitions d'une loi », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, oct. 2015, dossier 6, p. 1.

¹²⁰³ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « La distribution d'énergie au lendemain ... », *cit.*, 20 jan. 2016, p. 16.

¹²⁰⁴ Pierre VILLENEUVE, « La planification territoriale de la transition énergétique », *cit.*, 20 jan. 2016, p. 29.

¹²⁰⁵ Sénat, Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation, Rapport n° 265 sur les dispositions applicables aux collectivités territoriales du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Rémy POINTEREAU, Philippe MOUILLER, 28 jan. 2015, I. A. 1. Une implication dans la politique énergétique dès le XIX^e siècle.

¹²⁰⁶ *Id.*, Synthèse.

¹²⁰⁷ *Cf.* Partie 2, titre 2, chap. 2, section 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

nous allons donc en premier lieu suivre sa définition juridique censée donner corps à une initiative venant des territoires, et dans un deuxième temps nous pencher sur l'initiative étatique des territoires à énergie positive pour la croissance verte (TEPCV).

1) Entre définition officielle et initiative venue des territoires

Ainsi qu'il a été dit, la définition aujourd'hui officielle des territoires à énergie positive a été posée par la loi de transition énergétique et codifiée à l'article L. 100-2 du Code l'énergie. Cette définition, critiquée pour son flou juridique, permet cependant d'ouvrir une réflexion sur les rapports entre territoires et changement climatique. Mais les territoires à énergie positive ont été avant la loi un label reconnu par un réseau associatif de communes et intercommunalités engagées pour leur autonomie énergétique.

- a) La définition officielle des territoires à énergie positive et le changement climatique, une digression apparue nécessaire

Voici la définition donnée par le Code de l'énergie du territoire à énergie positive :

« Pour concourir à la réalisation de ces objectifs, l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements, les entreprises, les associations et les citoyens associent leurs efforts pour développer des territoires à énergie positive. Est dénommé "territoire à énergie positive" un territoire qui s'engage dans une démarche permettant d'atteindre l'équilibre entre la consommation et la production d'énergie à l'échelle locale en réduisant autant que possible les besoins énergétiques et dans le respect des équilibres des systèmes énergétiques nationaux. Un territoire à énergie positive doit favoriser l'efficacité énergétique, la réduction des émissions de gaz à effet de serre et la diminution de la consommation des énergies fossiles et viser le déploiement d'énergies renouvelables dans son approvisionnement »¹²⁰⁸.

La formulation en est vertement critiquée par le professeur Jean-Marie Pontier¹²⁰⁹ ; elle lui semble composée d'« affirmations peu précises » risquant de donner lieu à une « croissance du contentieux et des incompréhensions chez les citoyens »¹²¹⁰. Il poursuit en dénonçant la mise sur le même plan des collectivités territoriales et des autres acteurs (entreprises, associations, citoyens). Et effectivement, la première phrase de la définition est largement proclamatoire étant donnée la diversité des acteurs évoqués, de leurs devoirs et de leurs outils. Dans un deuxième temps, le professeur Pontier critique, à raison, l'usage de la notion de territoire, « alors que, juridiquement, les territoires n'existent pas, ils n'existent qu'en tant que composantes d'une personne morale »¹²¹¹. En effet, cette définition se veut large et inclusive mais se révèle floue et donc peu normative.

Cependant, cette définition aura tout de même le bénéfice de fonder une digression qui mériterait par ailleurs une thèse entière, sur les territoires à énergie positive et le changement climatique. Elle se trouve inspirée par l'analyse de ladite définition par le professeur Philippe

¹²⁰⁸ C. Ener., art. L. 100-2, dernier al.

¹²⁰⁹ Jean-Marie PONTIER, « Les collectivités territoriales et la transition énergétique », *cit.*, 8 juin 2015, p. 2.

¹²¹⁰ *Ibid.*

¹²¹¹ *Id.*, p. 3. Nous reviendrons cependant sur la notion de territoire plus tard, cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 1, II).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Billet¹²¹². Outre le point d'interrogation soulevé quant à l'articulation « *entre ces nouveaux territoires d'action et les plans et schémas existants par ailleurs* » (qui feront l'objet du chapitre suivant), la définition évoque la réduction « *autant que possible [des] besoins énergétiques* ». Selon le professeur, « *[l]'élocution adverbiale "autant que possible" qui a été maintenue doit se comprendre au regard des meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable* ». Or, l'évocation des meilleurs techniques disponibles à un coût économiquement acceptable renvoie à 20 ans de réflexion doctrinale en droit de l'environnement.

Inspirée de principes internationaux et communautaires, cette notion fait son entrée dans le droit français via la loi dite Barnier de 1995¹²¹³ et est adjointe au principe de prévention, par ailleurs de rang constitutionnel depuis l'adossement de la Charte de l'environnement de 2004 à la Constitution¹²¹⁴. Elle a pour objectif de lier l'ambition d'une meilleure protection de la nature à la réalité des moyens techniques disponibles et de leur coût.

Ici invoquée par le professeur Philippe Billet, elle lie réduction des besoins en énergie (par la sobriété et l'efficacité énergétique) et action préventive. Sachant qu'a été acquise la quasi-certitude scientifique de la responsabilité humaine dans le changement climatique¹²¹⁵, et le rôle primordial joué par la combustion d'énergie fossile dans les émissions de gaz à effet de serre de l'autre¹²¹⁶, le principe de prévention impose d'agir. Le lien est alors fait entre les territoires à énergie positive et la lutte contre le changement climatique.

Au surplus, le professeur Yves Jégouzo définit le principe de prévention en ces mots :

*« Il signifie qu'en présence de certitudes scientifiques quant aux effets nocifs d'un projet ou d'une activité sur l'environnement, la mise en œuvre de mesures préventives doit être privilégiée par rapport aux mesures réparatrices ou compensatoires »*¹²¹⁷.

Cette définition fait référence à ce qui est aujourd'hui la doctrine éviter – réduire – compenser (ERC), imposée à tout projet soumis à étude d'impact¹²¹⁸. Celle-ci impose de prendre en premier lieu les mesures adéquates pour éviter tout impact sur l'environnement, puis les réduire si elles sont inévitables et enfin, en dernier recours, les compenser.

¹²¹² Philippe BILLET, « Transition énergétique et croissance verte : itinéraire et ambitions d'une loi », *cit.*, oct. 2015, p. 3. (L'ensemble des citations suivantes se réfèrent à cette source)

¹²¹³ Art. 1^{er} de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement. Cf. pour plus de détails Jacqueline MORAND-DEVILLER, « Commentaire de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *AJDA*, 2 fév. 1995, p. 439.

¹²¹⁴ Charte de l'environnement de 2004, art. 3. Codifié, en des termes différents, à l'art. L. 110-1 – II. 2° C. Env.

¹²¹⁵ La probabilité d'un changement climatique provoqué par l'Homme est en effet estimée « extrêmement probable », soit une probabilité de plus de 95%. Cf. Giec, 5^e rapport, « Changements climatiques 2013 - Les éléments scientifiques - Résumé à l'intention des décideurs » p. 36, [https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SummaryVolume_FINAL_FRENCH.pdf].

¹²¹⁶ Selon l'Agence internationale de l'énergie, 68% des émissions anthropogéniques de gaz à effet de serre en 2010 provenaient de la combustion d'énergie. IEA Statistics, *Key trends in CO2 emissions*, 2015, p. 3, fig. 1 [<http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/co2-emissions-from-fuel-combustion---2015-edition---excerpt.html>].

¹²¹⁷ Yves JEGOUZO, « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA*, 8 mars 1996, p. 211.

¹²¹⁸ C. Env., art. L. 122-3 – II. 2°.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Dès lors, si en application du Code de l'environnement la protection de la nature et donc la lutte contre le changement climatique et par extension, la sobriété et l'efficacité énergétique sont reconnues d'intérêt général¹²¹⁹, c'est *in fine* tout le droit de la transition énergétique qui l'est. Or, à l'échelle internationale, les Etats sont passés de la recherche de l'évitement du changement climatique (handicapée par la permanence des émissions CO₂¹²²⁰) à la recherche de sa réduction et compensation (par le fonds de 100 milliards de dollars US par an à partir de 2020 qui doit financer de telles actions¹²²¹).

Le droit de la transition énergétique se retrouve donc ainsi lié par un de ses outils mis à disposition des collectivités territoriales à un pan conséquent des principes fondamentaux du droit de l'environnement, rapprochant non seulement leurs finalités mais aussi leurs instruments. Par extension, face à l'enjeu climatique, réaliser la transition énergétique par l'entremise d'un droit adapté répond de l'application du principe de prévention.

Face à ce double constat – reconnaissance de la transition énergétique, échec de l'action au niveau étatique – l'espoir réside peut-être alors dans l'action locale et c'est ici qu'entrent en jeu les TEPos.

b) Les TEPos, l'initiative venue des territoires

« *TEPos Territoire à Energie Positive* », c'est tout d'abord une marque déposée depuis le 23 septembre 2011¹²²². Le Comité de liaison énergies renouvelables (CLER) l'utilise depuis la même année pour reconnaître les collectivités (communes et EPCI) membres de son réseau. A la date d'écriture de ces lignes, il existait 16 TEPos reconnus par le CLER dans toute la France¹²²³. Plusieurs régions françaises soutiennent également l'initiative notamment par des appuis financiers, à l'exemple de la région Aquitaine qui assiste la réalisation des études nécessaires afin de donner corps aux initiatives locales¹²²⁴.

Concrètement, un TEPos « *vise l'objectif de réduire ses besoins d'énergie au maximum, par la sobriété et l'efficacité énergétiques, et de les couvrir par les énergies renouvelables locales* ».

¹²¹⁹ En application de l'art. L. 110-1 – II du Code de l'environnement.

¹²²⁰ Ainsi, entre 2012 et 2013, les émissions mondiales de CO₂ ont encore augmenté de plus de 2%. Cf. IEA Statistics, *Key trends in CO2 emissions*, 2015, p. 6, fig. 6 [<http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/co2-emissions-from-fuel-combustion---2015-edition---excerpt.html>].

¹²²¹ Portail des Nations Unies sur le changement climatique, « Le financement », *UN.org*, consulté le 5 mai 2016 [<http://www.un.org/fr/climatechange/financing.shtml>] : « A la Conférence des Nations Unies sur les changements climatiques de Copenhague en 2009, les pays industrialisés se sont fixé l'objectif de mobiliser 100 milliards de dollars par an d'ici à 2020 pour soutenir les activités d'atténuation et d'adaptation dans les pays en développement ».

¹²²² Cf. la page web de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI), marque déposée n° 3861389 [https://bases-marques.inpi.fr/Typo3_INPI_Marques/marques_fiche_resultats.html?index=1&refId=3861389_201236_fmark].

¹²²³ Au 7 mai 2016, cf. la page web des TEPos [<http://www.territoires-energie-positive.fr/territoires2>].

¹²²⁴ Solène MERIC, « Territoires à Energie Positive en Aquitaine : la démarche est lancée », 18 sept. 2012, consulté le 7 mai 2016 [<http://www.territoires-energie-positive.fr/actualites/territoires-a-energie-positive-en-aquitaine-la-demarche-est-lancee>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

("100% renouvelables et plus") »¹²²⁵. Néanmoins, si cette définition est cohérente avec la définition de la loi de transition énergétique, le réseau du CLER va plus loin.

Premièrement, les TEPos concernent des territoires ruraux et leur but est « *la réappropriation des questions d'énergie par l'ensemble des citoyens, élus et acteurs socio-économiques* »¹²²⁶, soit un objectif de politique publique, d'éducation, d'émancipation. Bien évidemment, ce réseau de TEPos vise aussi la réalisation d'actions concrètes tout comme « *l'interpellation des pouvoirs centraux (européen, national) et locaux pour la mise en œuvre de conditions favorables à la nécessaire transition énergétique* »¹²²⁷. Il ressort alors de ces éléments que loin d'être une simple démarche technique, le mouvement TEPos est constitutif d'un objectif de politique publique et d'émancipation citoyenne vis-à-vis des questions énergétiques.

C'est d'ailleurs ainsi qu'est reconnu le réseau TEPos dans une étude réalisée de 2011 à 2015 sur « *les expériences locales innovantes dans le domaine climat-énergie en France* »¹²²⁸. Elle évoque une « *approche territorialisée, sociale et solidaire des enjeux énergétiques* ». La particularité de ces territoires provient notamment de « *dynamiques assez anciennes, remontant souvent à plusieurs décennies* », touchant à des questions plus globales de développement local ou de reconversion territoriale. L'énergie apparaît alors comme « *un levier d'action* ». En retour, celle-ci acquiert « *une dimension politique, économique et territoriale* », la défaisant de son unique aspect technique quantitatif (quelle production, etc.) pour l'intégrer à une idée d'économie circulaire au sens où les ressources locales sont privilégiées et les retombées locales sont priorisées. Au bout du compte, ces revenus doivent permettre aux collectivités locales de « *s'affranchir progressivement des programmes de politique publique* », ce qui veut dire des aides publiques dans un contexte de baisse soutenue de la dotation globale de fonctionnement (DGF)¹²²⁹.

Dès lors, vu l'ADN proche du militantisme des territoires engagés dans cette démarche, il n'est pas étonnant de constater leur faible nombre. Nonobstant, force est de constater qu'ils ont directement influencé la définition des territoires à énergie positive incluse au sein de la loi de transition énergétique. Nous noterons que ce mouvement de mobilisation des territoires s'est joué en dehors du droit. C'est une initiative qui émerge de la base de la pyramide et non de son sommet. Et, dans une logique propre à la transition énergétique, c'est cette initiative qui vient féconder le droit de la transition, avec pour résultat les TEPCV, qui ne sont certainement pas aussi réfléchi que les TEPos mais marquent une approche d'action locale concrète et rapide.

¹²²⁵ Yannick REGNIER, « Qu'est-ce qu'un territoire à énergie positive? », paragraphe « Objectif », 20 mai 2013, consulté le 7 mai 2016 [<http://www.territoires-energie-positive.fr/presentation/qu-est-ce-qu-un-territoire-a-energie-positive>].

¹²²⁶ *Id.*, paragraphe « Vision ».

¹²²⁷ *Ibid.*

¹²²⁸ Alain NADAI *et al.*, « Les territoires face à la transition énergétique, les politiques face à la transition par les territoires ? », *Quelles solutions face au changement climatique ?*, Bettina LAVILLE, Stéphanie THIEBAULT, Agathe EUZEN (dirs.), CNRS Editions, 2015, pp. 196 – 204. L'ensemble des citations jusqu'à la prochaine note de bas de page provient de cet article.

¹²²⁹ Pour plus d'informations sur la DGF, voir « La dotation globale de fonctionnement (DGF) », 9 sept. 2015, consulté le 7 mai 2016 [<http://www.collectivites-locales.gouv.fr/dotation-globale-fonctionnement-dgf>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2) Les TEPCV, l'accompagnement de l'Etat ?

Lancés le 4 septembre 2014 par la ministre de l'Ecologie Ségolène Royal, les territoires à énergie positive pour la croissance verte (TEPCV) constituent un appui financier certain de l'Etat à la réalisation d'une gamme d'actions concrètes en faveur de la transition énergétique. Apport financier apprécié en ces temps de baisse des dotations publiques, la mise en place de ce dispositif révèle toutefois une logique fort différente de celle des TEPos et fait craindre un affichage politique sans lendemain, une action sans réflexion.

a) L'accompagnement de l'Etat à la transition énergétique locale

A l'origine, les collectivités territoriales infra régionales ont été invitées à soumettre des actions dans le cadre d'un appel à manifestation d'intérêt jusqu'au 15 novembre 2014 afin de sélectionner « 200 nouveaux territoires volontaires dans une démarche exemplaire pour construire le nouveau modèle énergétique et écologique français »¹²³⁰. L'accompagnement de l'Etat d'abord proposé est constitué d'un appui en termes d'amélioration des projets par les services de l'Etat, d'un conseil en ingénierie financière et d'un possible soutien financier par l'intermédiaire de l'échelon régional¹²³¹. A l'annonce des territoires désignés, il ressort qu'ils bénéficieront d'une enveloppe de pas moins de 500 000 € de subventions pour leurs projets désignés avec une possibilité de compléments jusqu'à un total de 2 millions d'euros. Une manne conséquente, « une oasis financière dans le grand désert de la rigueur budgétaire »¹²³². Au 6 avril 2016, la ministre de l'Environnement évoquait le chiffre de 400 territoires ayant reçu ou allant recevoir les subventions prévues, en vertu de leur reconnaissance en tant que TEPCV¹²³³.

D'après un retour d'expérience réalisé auprès des membres du réseau TEPos, souvent engagés dans l'aventure des TEPCV en parallèle, ce mécanisme est une bonne surprise inespérée sur plusieurs points. Outre l'ampleur du financement, ce sont la rapidité de sa mise en place et son apparente simplicité qui ont pris de cours leurs bénéficiaires. Son déroulement offre en creux une critique saillante de la méthode de fonctionnement classique de l'administration centrale française :

« Cette opération "coup de poing" a bousculé les codes de l'administration centrale, en innovant sur la forme : à défaut d'être mise aux manettes de la rédaction d'une circulaire de quelques

¹²³⁰ Direction Régionale de l'Environnement de l'Aménagement et du Logement (DREAL) Rhône Alpes « Appel à projets "200 territoires à énergie positive pour la croissance verte" », document « Appel à projets TEPCV », 20 oct. 2014, consulté le 9 mai 2016, p. 2 [<http://www.rhone-alpes.developpement-durable.gouv.fr/appel-a-projets-200-territoires-a-energie-positive-a3728.html>].

¹²³¹ *Id.*, p. 4.

¹²³² Jacky AIGNEL *et al.*, au nom du réseau TEPos, « Autonomiser les territoires pour engager la transition énergétique dans la durée », *Le Monde*, 4 fév. 2016, consulté le 9 mai 2016 [http://www.lemonde.fr/energies/article/2016/02/04/autonomiser-les-territoires-pour-engager-la-transition-energetique-dans-la-duree_4859768_1653054.html#QIlgBfXfgr1h1uhS.99].

¹²³³ Laurent RADISSON, « Quatre cents territoires à énergie positive bénéficient d'un soutien de l'Etat », *Actu-environnement.com*, 6 avr. 2016, consulté le 7 avr. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/TEPCV-Tepos-territoires-energie-positive-soutien-Etat-26553.php4#xtor=EPR-52>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

*centaines de pages, celle-ci n'a pas eu loisir de convertir l'appel à projets en un dispositif complexe, peu appropriable par les territoires »*¹²³⁴.

Cependant, ce récent programme de soutien d'actions à l'appui de la transition énergétique suscite des critiques sur son organisation et plus encore sur sa pensée fondatrice.

b) Les TEPCV, paravent d'une politique de soutien insuffisante de l'Etat ?

Si la démarche TEPCV semble constituer « *un starter et un coup de pouce indéniable pour les territoires* »¹²³⁵, certaines voix s'élèvent pour en critiquer la pensée sous-jacente.

En premier lieu, le programme TEPCV est beaucoup plus ponctuel que le TEPos et ne résulte pas d'une réflexion de long terme. « [P]ositionné autour d'enjeux de promotion d'actions exemplaires et de soutien à la commande publique "verte" »¹²³⁶, l'outil TEPCV permet d'« *aller plus loin sur certaines actions du territoire déjà engagées [mais] n'aide en rien des territoires non-initiés à définir une stratégie TEPOS qui demande avant tout une animation territoriale afin de définir un programme d'actions cohérent et efficace* »¹²³⁷. Cette animation territoriale peine à être retenue par le programme TEPCV, qui lui préfère des actions rapides et visibles, plus en adéquation avec une démarche de communication¹²³⁸. Démarche qui peut avoir un aspect très positif de sensibilisation du public et ainsi initier de nouvelles réflexions et de futurs projets mais fait pâle figure à côté de l'œuvre globale et de longue haleine des TEPos, notamment.

En second lieu, il s'inscrit dans un modèle qui se révèle encore une fois pyramidal et investi par les grands énergéticiens français. En l'occurrence, le ministère de l'Ecologie a travaillé avec les deux principaux énergéticiens français afin de proposer des actions dans le secteur de l'efficacité énergétique qui soient rapidement applicables, symboliques et réservées aux lauréats TEPCV. En résulte la mise à disposition d'ampoules LED gratuites et l'expérimentation d'un « *passerport rénovation énergétique* » tous deux éligibles aux certificats d'économie d'énergie¹²³⁹. Si la mesure paraît généreuse et aux effets directs, elle apparaît aux territoires engagés dans la démarche TEPCV comme un possible « *cheval de Troie* »¹²⁴⁰. Ils insistent en effet sur la nécessité d'une action qui vienne des territoires, ceux-ci faisant remonter leurs besoins spécifiques, plutôt que d'orienter vers (pour ne pas dire imposer) des solutions « *standardisées, plus ou moins pertinentes, conçues à Paris par les*

¹²³⁴ CLER, « Rapport d'enquête au sein du réseau TEPos sur l'appel à projets TEPCV », fév. 2016, p. 6.

¹²³⁵ *Id.*, p. 15.

¹²³⁶ Alain NADAI *et al.*, « Les territoires face à la transition énergétique... », *cit.*, 2015, pp. 196 – 204.

¹²³⁷ CLER, « Rapport d'enquête au sein du réseau TEPos sur l'appel à projets TEPCV », fév. 2016, p. 15.

¹²³⁸ *Id.*, p. 7.

¹²³⁹ L'arrêté du 9 février 2016 portant validation du programme « LED dans les TEPCV » dans le cadre du dispositif des certificats d'économies d'énergie s'adresse nommément à EDF quand l'arrêté du 10 décembre 2015 portant validation du programme « Expérimentation d'un passerport de rénovation énergétique dans les TEPCV » dans le cadre du dispositif des certificats d'économies d'énergie en fait de même avec Engie.

¹²⁴⁰ CLER, « Rapport d'enquête au sein du réseau TEPos sur l'appel à projets TEPCV », fév. 2016, p. 7.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

opérateurs historiques »¹²⁴¹. Une démarche à rebours, donc, de celle qui devrait irriguer la construction de la transition énergétique, à savoir de bas en haut et non de haut en bas.

En troisième lieu, le programme TEPCV figure comme une initiative heureuse mais au sein d'un contexte qui ne se révèle pas à la hauteur des enjeux financiers continus exigés par la transition énergétique dans les territoires. En effet, toutes choses égales par ailleurs, le montant total de l'aide apportée dans le cadre des TEPCV, de l'ordre de 500 millions d'euros pour 2015 et 2016¹²⁴² « *reste faible au regard des besoins de financement dans la transition énergétique territoriale* » et ne permet qu'un « *saupoudrage* »¹²⁴³. Plus pernicieusement, « *l'invocation de l'échelle locale s'inscrit bien souvent aujourd'hui dans une doctrine politique néolibérale (réduction des soutiens à la structuration de capacités d'action [...])* »¹²⁴⁴ et laisse craindre que la manne ne se révèle « *bientôt plus qu'un lointain mirage* »¹²⁴⁵. C'est pourquoi, afin d'améliorer le cadre du soutien étatique à la transition énergétique territoriale et de permettre que les TEPos et TEPCV ne soient plus seulement l'arbre qui cache la forêt, il est davantage conseillé une « *irrigation au goutte à goutte, mieux maîtrisée et surtout pérennisée* » des deniers publics sur ce sujet. Cette évolution supposerait cependant un changement de cap complet de l'action publique:

*« Une telle mesure permettrait à la fois à l'Etat de maîtriser ses dépenses et d'assurer son rôle légitime de régulateur et de stratège, et aux territoires de renforcer leurs capacités d'investissement dans des projets verts en toute autonomie décisionnelle. Il en résultera rapidement des projets aboutis, structurés, qui généreront alors des retombées financières et économiques pour les territoires (revenus, recettes fiscales, emplois etc.) aptes à enclencher un cercle vertueux »*¹²⁴⁶.

Avant que de passer à la suite des développements concernant également la place de l'Etat et des collectivités dans le système énergétique, mais par le biais de la gestion locale de l'énergie, force est de constater à la suite des lignes ci-dessous que l'un des dispositifs-phares mis sur pieds par le droit de la transition énergétique pour sensibiliser et agir ne puisse s'enorgueillir d'avoir placé la réflexion avant l'action, alors même que nous avons déjà eu l'occasion de rappeler en traitant de légistique que cette étape est essentielle tant dans l'écriture du droit de la transition énergétique que dans son application¹²⁴⁷.

B) La question récurrente de la gestion locale des réseaux d'énergie

« Jusqu'au vote de la loi de nationalisation de l'électricité et du gaz du 8 avril 1946, les collectivités territoriales ont développé des moyens de production, de transport et de distribution d'électricité et de gaz, créant des régies et signant des partenariats avec des opérateurs privés. Le pouvoir des collectivités territoriales en matière d'énergie était fort et rien ne semblait pouvoir les en priver. La guerre et le pouvoir exécutif en place en 1946 en décidèrent autrement, ce dernier

¹²⁴¹ *Ibid.*

¹²⁴² Laurent RADISSON, « Quatre cents territoires à énergie positive... », *cit.*, 6 avr. 2016.

¹²⁴³ CLER, « Rapport d'enquête au sein du réseau TEPos sur l'appel à projets TEPCV », fév. 2016, p. 15.

¹²⁴⁴ Alain NADAI *et al.*, « Les territoires face à la transition énergétique... », *cit.*, 2015, pp. 196 – 204.

¹²⁴⁵ Jacky AIGNEL *et al.*, au nom du réseau TEPos, « Autonomiser les territoires... », *cit.*, 4 fév. 2016.

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, II).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

*faisant le choix de confier à de nouveaux opérateurs nationaux, EDF et GDF, les moyens de production et d'acheminement détenus par des opérateurs locaux, publics et privés »*¹²⁴⁸.

Ce constat est bien connu et aujourd'hui il va toujours de soi pour de nombreuses personnes qu'EDF et GDF (devenu GDF-Suez puis Engie) sont les deux acteurs historiques incontournables de la production, du transport et de la distribution d'énergie. Or, du temps a passé depuis la fameuse loi de 1946¹²⁴⁹ et les quelques entreprises locales de distribution (ELD) ayant survécu à son passage font dorénavant figure de leviers modèles pour les collectivités engagées dans la transition énergétique.

Force est cependant d'admettre dès à présent que bien que la loi de transition énergétique ait profondément modifié le CGCT *« de sorte que la compétence des collectivités locales en matière de réseaux entendus largement [...] soit traitée dans le cadre d'une section unique [...] relative à l' "Energie" »*, celle-ci *« ne transforme pas en profondeur le modèle établi de la distribution publique d'énergie »*¹²⁵⁰. La jurisprudence récente confirme par ailleurs *« en trompe-l'œil [le] monopole de la société ERDF pour la distribution publique d'électricité »*¹²⁵¹.

1) Les entreprises locales de distribution, exceptions locales à succès ?

Les ELD constituent une exception *« au périmètre très étroit »*¹²⁵² à la règle voulant qu'ERDF et GRDF soient les gestionnaires des réseaux de distribution (GRD) sur le territoire français. Passant auparavant inaperçues à l'époque du nucléaire tout puissant et son réseau centralisé consubstantiel, elles sont de plus en plus mises en lumière pour le rôle moteur qu'elles peuvent avoir dans la transition énergétique.

a) Une brève histoire des entreprises locales de distribution

A l'après-guerre, la loi de 1946 nationalise donc la production d'électricité et de gaz et impose une gestion des réseaux par RTE et ERDF d'un côté et GRDF de l'autre. A une exception près, celle des *« sociétés de distribution à majorité de capitaux publics (sociétés d'économie mixte, coopérative, régie,...) qui existaient à l'époque »*¹²⁵³. Ce sont ces différentes formes de sociétés publiques ou partiellement publiques qui sont appelées ELD. Etant pour certaines des plus importantes issues *« d'anciennes régies municipales (Bordeaux, Strasbourg, Metz ou Grenoble par exemple) »*¹²⁵⁴, elles ne sont pourtant pas sans liens avec les grands acteurs du marché énergétique français. Ainsi, si l'ELD Gaz Electricité de

¹²⁴⁸ Jérôme LEPEE, Gaëlle EZAN, « Les collectivités territoriales et l'amélioration de l'efficacité énergétique - Au lendemain de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte », *AJCT*, 20 janv. 2016, p. 21.

¹²⁴⁹ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

¹²⁵⁰ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « La distribution d'énergie au lendemain ... », *cit.*, 20 janv. 2016, p. 16.

¹²⁵¹ Jean-Sébastien BODA, « La confirmation en trompe-l'œil du monopole de la société ERDF pour la distribution publique d'électricité », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 3, mars 2016, comm. 22.

¹²⁵² Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « La distribution d'énergie ... », *cit.*, 20 janv. 2016, p. 16.

¹²⁵³ La Fabrique Ecologique, « Les territoires au cœur de la transition énergétique – Pour un modèle français de décentralisation énergétique », mai 2014, p. 14.

¹²⁵⁴ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Grenoble (GEG) est une propriété à 50% + 1 part de la Mairie de Grenoble, 42,53% de ses parts appartiennent à une filiale d'Engie et 4,31% à une filiale d'EDF¹²⁵⁵.

Du fait d'un système énergétique taillé sur mesure par l'Etat pour les deux opérateurs aujourd'hui qualifiés d'historiques, « *plus de la moitié d'entre elles ont disparu pendant la période monopolistique (1946-2000)* »¹²⁵⁶. En effet, l'outil de financement des réseaux de distribution d'électricité, le TURPE¹²⁵⁷, est « *exclusivement corrélé aux coûts supportés par [ERDF], et ce, quand bien même les ELD supportent pourtant aussi le coût de la gestion du réseau, lequel est en pratique souvent supérieur à celui assumé par [ce GRD]* »¹²⁵⁸. En conséquence, les ELD culminent à présent à un total de 158, dans les secteurs de l'électricité en majorité, mais aussi du gaz et de la chaleur¹²⁵⁹.

Depuis les années 2000 et la politique de libéralisation de l'énergie impulsée par la Commission européenne¹²⁶⁰, occasionnant une casse-tête juridique en France et surtout une révolution lente de la concession locale de distribution et de fourniture d'électricité¹²⁶¹, les ELD sont soumises à de nouvelles contraintes et se retrouvent forcées d'évoluer, faisant ainsi « *preuve d'une importante plasticité dans leurs stratégies* »¹²⁶². Plus concrètement, elles peuvent utiliser leur connaissance éprouvée de leur territoire pour en tirer le meilleur parti, notamment au travers de l'action dans le développement des énergies renouvelables locales ou encore *via* des expérimentations de réseaux intelligents, dotées de financement¹²⁶³. Elles deviennent petit à petit des acteurs de la transition énergétique en pleine mutation.

b) Les entreprises locales de distribution, acteurs de la transition énergétique en mutation

Traditionnellement, les ELD « *sont des participations rentables et les élus et services municipaux en charge des finances ont pour habitude de les piloter sur la base de critères économiques et industriels* »¹²⁶⁴. Cependant, capitalisant sur la dynamique des PCAET et les expériences de plus en plus répandues et financées de démarches de transition énergétique territoriale (à l'image des TEPCV), les ELD apparaissent de manière croissante comme de précieux outils locaux de cette transition.

¹²⁵⁵ Cf. GEG, « Le groupe GEG », « Nos actionnaires et dirigeants », consulté le 11 mai 2016 [<http://groupe.geg.fr/66-actionnariat-gouvernance.htm>].

¹²⁵⁶ Pauline GABILLET, « Les entreprises locales de distribution : bras armés des collectivités pour leurs politiques énergétiques? », *Cler-infos*, n° 110, 2016, p. 11. Pour plus de détails, cf. Pauline GABILLET, *Les entreprises locales de distribution à Grenoble et Metz. Des outils de gouvernement énergétique urbain partiellement appropriés*. Architecture, aménagement de l'espace. Université Paris Est, 2015, p. 126.

¹²⁵⁷ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1, I) B) 1) b).

¹²⁵⁸ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « La distribution d'énergie ... », *cit.*, 20 janv. 2016, p. 18.

¹²⁵⁹ Pauline GABILLET, « Les entreprises locales de distribution... », *cit.*, 2016, p. 11.

¹²⁶⁰ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, chapeau ; également, Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, I).

¹²⁶¹ Philippe TERNEYRE, « Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension », *AJDA*, 2009, pp. 1640s.

¹²⁶² Pauline GABILLET, « Les entreprises locales de distribution... », *cit.*, 2016, p. 11.

¹²⁶³ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, I).

¹²⁶⁴ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

En effet, le passage des énergies renouvelables au gré de leur maturité à des mécanismes de marché en lieu et place d'un tarif d'achat fixe¹²⁶⁵, va avoir un impact tout particulier sur les acteurs non coutumiers de ces marchés que sont les collectivités territoriales investissant dans ces installations. Face à ce défi, les ELD, par leur connaissance du territoire et leur diversification croissante dans les énergies renouvelables locales disposent d'une « *opportunité supplémentaire* »¹²⁶⁶ comme le souligne le président de Sergies, une société d'économie mixte (SEM) détenue par le syndicat Groupe Energies Vienne, également à la tête de la régie d'électricité et de gaz de la Vienne, Sorégies¹²⁶⁷. En effet, dans ce cadre de forte évolution réglementaire et économique pour les collectivités territoriales investies dans la transition énergétique, l'intérêt les pousse à se regrouper afin de mutualiser les compétences et d'avoir une seule salle de marché pour la vente et l'achat d'électricité¹²⁶⁸. Les ELD semblent alors idéalement positionnées pour tirer leur épingle du jeu.

Face à ce constat encourageant, le législateur est cependant resté timoré quant à la proposition, notamment, « *d'offrir aux collectivités locales des possibilités de créer de nouvelles ELD* »¹²⁶⁹. Cela constituerait une première depuis 1946 et permettrait à de nombreuses collectivités de prendre pleinement en main des aspects essentiels de la transition énergétique concernant notamment la maîtrise de la demande d'énergie ou le développement des énergies renouvelables. Cependant, une étude du think-tank La Fabrique Ecologique de 2014 sur la question estime que cela constituerait une fausse bonne idée¹²⁷⁰. Selon les auteurs, elle favoriserait d'abord les agglomérations au détriment des territoires péri-urbains et ruraux, du fait des coûts de réseau fort différents causés par le maillage et la densité d'habitants de ces territoires. Cette nouvelle situation remettrait en cause la solidarité territoriale, incarnée par la péréquation tarifaire. L'étude conclut, et nous y souscrivons, que la recherche d'un modèle français en vue « *de concilier la liberté et la solidarité* » s'impose. Il faudra très probablement revoir le principe de péréquation tarifaire afin de le rendre plus incitatif mais surtout donner les clés des réseaux et de la production d'énergies renouvelables décentralisées aux collectivités afin d'adapter le territoire à la nouvelle donne énergétique.

Ces éléments constituent à n'en pas douter une voie dans laquelle le droit de la transition énergétique pourrait s'engager à profit et qui constituerait certainement une bonne occasion d'effacer les ratés du DNTE puis de la discussion parlementaire du projet de loi de transition énergétique. Le sujet pourrait bouleverser profondément le système énergétique en le rendant

¹²⁶⁵ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) A).

¹²⁶⁶ Propos d'Emmanuel JULIEN, président de Sergies. Cf. Victor ROUX-GOEKEN, « Énergies renouvelables : face au marché, les collectivités devront s'organiser », *Contexte*, 21 sept. 2015, consulté le 12 mars 2016 [https://www.contexte.com/article/energie-renouvelable/energies-renouvelables-face-au-marche-les-collectivites-devront-sorganiser_30316.html].

¹²⁶⁷ Afin de mieux percevoir les relations entre ces différents acteurs, cf. le schéma de la page internet de Groupe Energies Vienne, « Le syndicat », « Organisation », consulté le 11 mai 2016 [<http://www.energies-vienne.fr/le-syndicat/organisation>].

¹²⁶⁸ Victor ROUX-GOEKEN, « Énergies renouvelables... », *cit.*, 21 sept. 2015.

¹²⁶⁹ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « La distribution d'énergie ... », *cit.*, 20 janv. 2016, p. 16.

¹²⁷⁰ La Fabrique Ecologique, « Les territoires au cœur de la transition énergétique – Pour un modèle français de décentralisation énergétique », mai 2014, pp. 26 – 27.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

beaucoup moins vertical, et mérite donc une discussion saine et étayée par des opinions contradictoires afin de décider, rédiger et mettre en place un cadre juridique adapté.

2) L'appropriation des réseaux par les collectivités territoriales, dans quel but ?

Ainsi que le souligne Bernadette Le Baut-Ferrarese, la loi de transition énergétique ne s'est pas attachée à réformer l'architecture des réseaux de distribution énergétique. Elle se demande alors si ce « *thème serait [par conséquent] l'ultime "tabou de la transition énergétique" »*¹²⁷¹ alors même qu'il est publiquement admis qu'ils peuvent être source d'amélioration de l'efficacité énergétique¹²⁷². L'un des moyens les plus évidents étant d'en contrôler l'expansion.

Néanmoins, pour l'Etat, remettre en question le quasi-monopole de gestion du réseau d'ERDF revient à ouvrir la boîte de Pandore. En effet, cette approche fragiliserait encore la société mère, EDF, qui en tire d'importantes subsides et une mine d'informations, alors que ledit groupe, détenu à 85% par l'Etat représente lui-même une source de revenus par ses dividendes. L'Etat actionnaire entre alors en collision avec l'Etat stratège de la transition énergétique.

a) Les raisons d'une volonté de réappropriation locale des réseaux de distribution

Les fondements d'une réappropriation de la gestion locale des réseaux de distribution sont multiples. Ils partent tout d'abord du constat que le système actuel n'est pas le plus efficace dans le cadre d'une transition énergétique s'appuyant sur une production d'électricité décentralisée mais qu'il est également vicié. Un exemple est celui des relations incestueuses impliquant ERDF, EDF et l'Etat.

Effectivement, « [a]lors que le Turpe représente 4,2 milliards d'euros, il est estimé que 1,3 milliard d'euros "sortent de l'entreprise" vers l'Etat et la maison mère EDF, et ne sont donc pas utilisés pour les réseaux »¹²⁷³. Des fonds qui seraient les bienvenus afin de maintenir le réseau de distribution et le moderniser, mais également afin de financer le raccordement des énergies renouvelables, qui se révèle tellement coûteux dans certaines régions françaises qu'il hypothèque des projets de production d'énergie renouvelable¹²⁷⁴. Dans le même temps, il est fait mention avec insistance de « *surestimations de devis d'ERDF* »¹²⁷⁵ pour le raccordement au réseau, qui accroissent le coût pour l'ensemble de la société du déploiement des énergies renouvelables (le surcoût sera d'une manière ou d'une autre répercuté sur le consommateur). Qui plus est, les relations entre EDF et ERDF, déjà mises en cause par l'autorité de la concurrence pour des traitements de faveur de la filiale envers sa maison mère¹²⁷⁶ ne peuvent

¹²⁷¹ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « La distribution d'énergie ... », *cit.*, 20 janv. 2016, p. 19, note 6.

¹²⁷² Comme en témoigne le décret n°2015-1442 du 6 novembre 2015 relatif à l'évaluation du potentiel d'efficacité énergétique des réseaux d'électricité et des infrastructures de gaz.

¹²⁷³ Joël VORMUS, « ERDF : le service public au secours de capitaux privés », *Cler-infos*, n° 110, 2016, p. 7.

¹²⁷⁴ L'exemple de la quote-part de raccordement à la charge des développeurs d'énergies renouvelables dans l'ex-région Midi-Pyrénées fixée par le schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables (S3RENR) est éloquent. Il en est question dans la Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, I) A) 2).

¹²⁷⁵ Joël VORMUS, « ERDF : le service public au secours de capitaux privés », *cit.*, 2016, p. 7.

¹²⁷⁶ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1, II) B) 2) a).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

que se poursuivre sachant la proximité des deux. Le groupe EDF consolide d'ailleurs les activités d'ERDF dans ses comptes et cette dernière « *constitue la première source de dividendes du groupe EDF, avec près de 535 millions d'euros engrangés en 2012 selon ses comptes annuels* »¹²⁷⁷. Au final, le TURPE, payé par le consommateur sur sa facture d'électricité vient dans une partie non négligeable soutenir une société mal en point, empêtrée dans le développement de réacteurs nucléaires coûteux accumulant les retards¹²⁷⁸.

Plus encore, ce système freine la transition énergétique pour les collectivités prêtes à s'y investir. L'accès aux informations est à ce sujet emblématique et fait l'objet d'une jalouse restriction par ERDF et GRDF alors qu'il pourrait permettre aux collectivités, maîtresses d'ouvrages concernant une bonne partie des réseaux de distribution, d'adapter leurs travaux aux besoins locaux de leur population¹²⁷⁹. Sur ce sujet, la loi de transition énergétique semble renforcer l'exigence de transmission des données de transport et de consommation « *que les collectivités territoriales réclamaient de longue date pour répondre au défi de la transition énergétique* »¹²⁸⁰, perspective d'un droit de la transition énergétique décidé à agir également sur une gestion de ces informations précieuses qui ne soit restrictive, permettant potentiellement une meilleure action locale voire l'entrée de nouveaux acteurs dans le système énergétique. Il restera à voir si ces éléments, entrés en vigueur depuis un décret du 21 avril 2016¹²⁸¹ permettront aux collectivités d'agir afin de préférer parfois des actions de réduction de la consommation énergétique en lieu et place d'un renforcement du réseau.

En échange, un système nouveau de décentralisation de la gestion des réseaux pourrait permettre des actions en fonction des spécificités locales et des retombées économiques qui font actuellement cruellement défaut aux collectivités territoriales, surtout les plus rurales. Il serait alors judicieux d'aller jusqu'au bout de la nouvelle logique territoriale issue des réformes récentes, conduisant comme exposé auparavant les collectivités à rassembler des compétences importantes pour la réalisation de la transition énergétique.

b) Aller au bout de la nouvelle logique territoriale

Si la loi de transition énergétique a inclus dans les missions des GRD de gaz¹²⁸² et d'électricité¹²⁸³ l'obligation de « *mettre en œuvre des actions d'efficacité énergétique et de favoriser l'insertion des énergies renouvelables sur le réseau* », elle demeure, comme dit précédemment, décevante sur le plan de la réorganisation des réseaux de distribution. *De facto*, seules deux nouveautés restreintes apparaissent.

¹²⁷⁷ Joël VORMUS, « ERDF : le service public au secours de capitaux privés », *cit.*, 2016, p. 7.

¹²⁷⁸ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, II) A) 2).

¹²⁷⁹ Baptiste CLARKE, « Distribution d'énergie : les services publics en conflit d'intérêt pour la transition énergétique ? », *Actu-environnement.com*, 10 juil. 2013, consulté le 12 mai 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/distribution-electricite-transition-energetique-19008.php4>].

¹²⁸⁰ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « La distribution d'énergie ... », *cit.*, 20 janv. 2016, p. 17.

¹²⁸¹ Décret n° 2016-495 du 21 avril 2016 relatif au contenu du compte rendu annuel de concession transmis par les organismes de distribution de gaz naturel aux autorités concédantes, pris en application de l'art. 153 de la loi de transition énergétique, codifiée à l'art. L. 2224-31, al. 2 du CGCT. Cf. sur le sujet Florence ROUSSEL, « Mise à disposition des données énergétiques ... », *cit.*, 22 avr. 2016.

¹²⁸² C. Ener., art. L. 432-8, 8°.

¹²⁸³ C. Ener., art. L. 322-8, 8°.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Tout d'abord, des commissions consultatives de la distribution d'énergie sont créées afin de regrouper les syndicats ayant la compétence d'AOD dans le domaine de l'électricité et les EPCI de son périmètre. L'idée étant d'en coordonner les investissements des membres afin de « mener à l'échelle locale une politique de l'énergie plus intégrée »¹²⁸⁴. Au niveau national, un organisme similaire est créé, le comité du système de la distribution publique d'électricité afin d'assurer cette fois à cette échelle-ci une coordination des investissements sur les réseaux.

Ensuite, l'article 199 de la loi de transition énergétique ouvre la voie à « un droit à l'expérimentation (au sens de l'article 37-1 de la Constitution) offert, ici, aux EPCI de plus de 50 000 habitants et à la métropole de Lyon »¹²⁸⁵. Ces dispositions ont été précisées par décret¹²⁸⁶ et ouvrent une nouvelle voie qui permettra peut-être à terme de finalement donner toute sa valeur au droit à l'expérimentation des collectivités territoriales garanti par la Constitution mais vidé de sa substance jusqu'à présent¹²⁸⁷.

Ces collectivités pourront suite à ces apports du droit de la transition énergétique mettre en place un service de flexibilité de la distribution en accord avec le GRD. C'est déjà ce qui a été testé à Grenoble et Lyon durant quatre années avec des résultats très intéressants sur le comportement des énergies renouvelables variables dans le réseau, la modulation et l'écrêtement de la consommation d'électricité, etc.¹²⁸⁸

Or, ces éléments, bien que positifs, ne sont pas suffisants pour instaurer une véritable dynamique de prise en main et de responsabilité par les collectivités territoriales des réseaux de distribution d'énergie, en accord avec leur nouveau champ de compétence. Fort de ce constat, le think-tank La Fabrique Ecologique a ainsi proposé de mettre en accord le chef de filat de la région en matière de climat et d'énergie avec la réalité. Le nouveau schéma que les auteurs proposent pour la France repose sur des régions nommées autorités organisatrices des énergies décentralisées qui elles-mêmes pourraient déléguer leurs compétences à l'échelon approprié pour garantir une prise en compte la plus pertinente possible du cadre de vie des citoyens. Des sociétés régionales ou locales d'énergie auraient alors en charge la réduction de la consommation d'énergie, le développement des énergies renouvelables et le financement des réseaux de distribution. Ces échelons locaux ou régionaux, alors véritables acteurs de la transition énergétique territoriale avec des moyens adéquats pourraient également jouer le rôle d'agrégateurs des consommations d'organismes publics afin d'obtenir les meilleurs prix.¹²⁸⁹

¹²⁸⁴ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « La distribution d'énergie ... », *cit.*, 20 janv. 2016, p. 17.

¹²⁸⁵ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « La distribution d'énergie ... », *cit.*, 20 janv. 2016, p. 19.

¹²⁸⁶ Décret n° 2016-704 du 30 mai 2016 relatif aux expérimentations de services de flexibilité locaux sur des portions du réseau public de distribution d'électricité.

¹²⁸⁷ Nicolas KADA, « Proximité », *Dictionnaire encyclopédique de la décentralisation*, Nicolas KADA et al. (dir.), Berger Levrault, 2017, pp. 865 – 866.

¹²⁸⁸ Dorothee LAPERCHÉ, « Greenlys : une boîte à outils pour un réseau intelligent », *Actu-environnement.com*, 2 mai 2016, consulté le 3 mai 2016 [http://www.actu-environnement.com/ae/news/greenlys-boite-outils-pour-reseau-intelligent-26727.php4].

¹²⁸⁹ La Fabrique Ecologique, « Les territoires au cœur de la transition ... », *cit.*, mai 2014, pp. 29 – 35.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Cette nouvelle décentralisation dans le secteur de l'énergie pourrait constituer une petite révolution pour un système encore fondé dans les faits sur la loi de 1946, taillée sur mesure pour des modes de production d'énergie centralisés qui appartiennent au passé. Cela nécessitera de lever d'autres tabous dans la foulée, telle la sacro-sainte péréquation tarifaire, qui peut pourtant être grandement améliorée afin d'être plus incitative¹²⁹⁰. Qui plus est, cette transition dans la transition pourrait permettre aux auteurs des schémas et plans régionaux tout comme nationaux, thème du chapitre suivant, d'avoir les moyens de leurs ambitions.

¹²⁹⁰ François-Mathieu POUPEAU, « Péréquation tarifaire de l'électricité : un mythe français à mettre en débat », *Cler-infos*, n° 110, 2016, p. 9. Cf. également le cas des territoires non continentaux et leur coûteuse électricité d'origine fossile, Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1, II) A) 2) b).

Conclusion du Chapitre 1^{er}

A l'issue de ce chapitre focalisé sur les institutions qui ont contribué par le passé et qui seraient amenées à contribuer dans le futur à l'élaboration et au contrôle de la mise en œuvre du droit de la transition énergétique, il ressort une impression de vaste toile d'araignée reliant comités et conseils nationaux à l'ensemble des collectivités territoriales situées à l'autre bout du prisme. L'ensemble est en construction et mérite bien évidemment que le temps lui soit laissé pour qu'il fasse la preuve de son efficacité et puisse mener à terme la dantesque tâche que représente la transition énergétique. Cependant, le droit de la transition énergétique, liant celles qu'il a créées et celles qu'il met à profit n'a rempli sa mission que partiellement et l'articulation de l'ensemble reste floue et potentiellement inefficace.

A l'occasion de l'étude du rôle des collectivités territoriales par l'usage de leurs compétences, il ressort que le droit de la transition énergétique est particulièrement lié aux branches concernant les collectivités territoriales et l'urbanisme, sans parler du droit de l'environnement, dont les liens ont déjà été évoqués¹²⁹¹ mais en sortent renforcés.

Enfin, nous avons pu constater que si le droit de la transition énergétique a encore l'opportunité d'impulser une évolution majeure du système énergétique et d'ainsi corriger les errements du DNTE et de la loi de transition énergétique, il peut s'imprégner de mouvements locaux déjà existants et portant son idée de transition vers un réseau énergétique beaucoup plus décentralisé.

¹²⁹¹ Cf. Introduction, II) A) 2).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Chapitre 2nd :

**Le droit de la transition énergétique,
droit de planification, droit souple par excellence ?**

La transition énergétique en France n'en n'est actuellement qu'à ses débuts. Elle consiste dès lors principalement à planifier le futur afin d'adapter le pays à une révolution technologique de grande ampleur. En effet, selon Jeremy Rifkin, la troisième révolution industrielle est fondée, sur cinq piliers : le basculement vers les énergies renouvelables, la transformation des immeubles (d'habitation, de bureaux ou industriels) en mini-centrales de production d'énergie renouvelable, le déploiement de l'hydrogène et d'autres technologies de stockage de l'énergie, le développement d'un internet de l'énergie afin de transformer le réseau de transport et de distribution d'énergie sur la base du fonctionnement horizontal de l'internet et enfin l'évolution de la flotte de véhicules vers l'électrique et la pile à combustible, reliée à un réseau électrique interactif¹²⁹². Et ces changements entraînent une foule de modifications non plus seulement technologiques mais bien comportementales, comme la gestion de la demande d'énergie afin d'en réduire la consommation et surtout le traitement de la pointe de consommation d'électricité, cause de surinvestissements importants¹²⁹³.

Partant, s'agissant d'un phénomène récent, édifié sur des technologies émergentes et entraînant de potentielles modifications comportementales profondes pour les citoyens français, le droit doit trouver les outils adéquats afin de relever le gant et appréhender la transition énergétique. Pour ce faire, il semble que son droit fasse usage de manière assez claire d'au moins une des quatre grandes fonctions du droit souple érigées par le Conseil d'Etat dans son rapport de 2013, s'agissant d'un phénomène émergent¹²⁹⁴. Nous soulignerons ici la contradiction apparente qu'il y a aujourd'hui à associer planification et droit souple. La planification est un concept ancien, le droit souple une notion jeune. Mais surtout, le plan était pour Pierre Massé « *l'anti-hasard* »¹²⁹⁵, ce qui tranche avec la logique du droit souple.

L'accumulation de schémas, le penchant pour les instruments de planification et d'organisation à la normativité variable afin d'étayer ce processus en sont autant de traits caractéristiques. Ainsi, que ce soit pour l'élaboration des règles de la transition¹²⁹⁶ ou pour le suivi de la mise en œuvre de celles-ci, les instruments de droit souple semblent tout indiqués pour appréhender les particularités de cette démarche tout à la fois récente et de long terme.

¹²⁹² Jeremy RIFKIN, *La troisième révolution industrielle : Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Les Liens qui Libèrent, 2012, pp. 58 – 60.

¹²⁹³ La pointe de consommation d'électricité a lieu en général en fin de journée, lorsque les ménages font un usage simultané important de l'électricité pour leurs activités. C'est un phénomène global mais décuplé en France du fait de la thermo sensibilité de son parc de chauffage électrique. Cela impose de prévoir un delta de près de 25 GW de capacité, soit près d'1/5^e du parc de production électrique français, pour produire (ou effacer) le montant nécessaire afin de passer cette pointe en hiver. Pour plus de détails, cf. RTE, « L'équilibre offre-demande d'électricité pour l'hiver 2015-2016 : Synthèse », nov. 2015, p. 4 – 5.

¹²⁹⁴ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, p. 10.

¹²⁹⁵ Pierre MASSE, *Le plan ou l'anti-hasard*, Gallimard, 1967.

¹²⁹⁶ Via par exemple les feuilles de route issues des conférences environnementales annuelles. Cf. Partie 1, Titre 1, chap.1, section 1, I).

Section 1 :

La reprise et l'amplification de la planification schématique du Grenelle

A l'instar de la large démarche de concertation ayant publiquement enclenché le processus législatif de la transition énergétique¹²⁹⁷, la démarche de planification en droit de la transition énergétique s'appuie fortement sur les outils instaurés à la suite du Grenelle de l'environnement. Cependant, là où la concertation depuis 2012 se situait dans une relation de ruptures et de continuités avec les outils du Grenelle, la planification de la transition énergétique se définit davantage dans une relation de reprise et même d'amplification de l'usage des schémas régionaux avec une accentuation parallèle de la planification nationale de l'énergie, identifiant clairement le droit de la transition énergétique comme un droit de la planification.

Ainsi, les schémas régionaux climat-air-énergie (SRCAE) et leur volet éolien (schéma régional éolien – SRE) de même que les schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables (S3RENR) sont des documents opératoires récupérés et intégrés au sein de la démarche de transition. Seuls le SRCAE et le SRE évoluent *via* leur intégration dans un super-schéma plus global.

En ce qui concerne les nouveaux documents de planification issus de la loi de transition énergétique, paradoxalement mais sans surprise, ce sont des documents centralisateurs élaborés au niveau national. La stratégie nationale bas-carbone et ses budgets carbone ainsi que la programmation pluriannuelle de l'énergie viennent ainsi renforcer le paradoxe du manque de décentralisation dans l'implémentation de la transition énergétique.

Dans les développements qui suivent, nous ne traiterons pas des documents infrarégionaux de mise en œuvre de la transition, à savoir les plans climat-air-énergie territoriaux (PCAET), schémas de cohérence territoriale (SCOT) et autres documents d'urbanisme locaux. Importants car outils de terrain de l'application des politiques nationales et régionales de la transition énergétique, ils ne bénéficient cependant que d'une autonomie limitée bien que de plus en plus lâche à mesure qu'ils s'éloignent des strates supérieures de décision. De fait, si les PCAET doivent être compatibles avec le SRCAE¹²⁹⁸, les documents locaux d'urbanisme ne doivent que prendre en compte lesdits PCAET¹²⁹⁹. Par leur grand nombre et leur diversité, il est également difficile d'en tirer des conclusions probantes à ce stade¹³⁰⁰.

La section présente se concentrera donc sur les documents nationaux et régionaux de planification de la transition énergétique, leur élaboration et leur suivi.

¹²⁹⁷ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1.

¹²⁹⁸ C. Ener., art. L. 229-26, VI.

¹²⁹⁹ C. Urb., art. L. 131-5.

¹³⁰⁰ Un lecteur intéressé par ces aspects pourra cependant se reporter notamment à la lecture des articles suivants : Pierre VILLENEUVE, « La planification territoriale de la transition énergétique », *AJCT*, 20 jan. 2016, p. 29 ; Philie MARCANGELO-LEOS, « Métamorphose des plans climat-air-énergie territoriaux », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} Juil. 2016, p. 251.

I. De l'accumulation de schémas sectoriels au super-schéma d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires

L'héritage du Grenelle de l'environnement en termes de documents de planification (avec quatre nouveaux schémas régionaux d'ampleur : SRCAE, SRE, S3RENR et schémas régionaux de cohérence écologique – SRCE – seulement pour la loi dite Grenelle II) a légué une accumulation de schémas sectoriels, notamment en matière de transports, d'habitat, de développement économique ou encore d'environnement. Face à ce constat d'éparpillement, et en plein choc(s) de simplification, la loi dite NOTR(e) du 7 août 2015 a procédé à un regroupement de plusieurs de ces schémas afin de traiter l'ensemble de ces problématiques liées directement ou indirectement à la transition énergétique au sein du schéma régional d'aménagement et de développement du territoire (SRADDET).

Si l'on adopte la logique du verre à moitié vide, l'on peut dire que cette évolution constitue une recentralisation à l'échelle régionale de plusieurs politiques¹³⁰¹, aujourd'hui obligées de se fondre avec d'autres problématiques et offrant potentiellement un traitement moins fin de certaines d'entre elles. Selon la logique optimiste du verre à moitié plein, cependant, ce schéma agrégé offre la possibilité d'accroître la prise en compte de sujets nécessairement croisés afin de faire progresser de manière coordonnée différentes politiques dans le sens de la transition énergétique. Nous sommes face à une rationalisation qui se fonde sur une logique d'interdépendance intéressante, sinon nécessaire, mais qui doit être travaillée en profondeur et ne pas être qu'une compilation de schémas sectoriels.

Après avoir caractérisé les forces et les faiblesses des schémas de planification en matière d'énergie issus du Grenelle, les développements qui suivent se pencheront donc sur l'œuvre à venir d'unification des schémas sectoriels dans un super-schéma, symbole d'un droit de la transition énergétique cherchant encore l'équilibre optimal pour ses instruments de planification entre schémas sectoriels mais risquant d'être isolés et schémas regroupés risquant d'ignorer les enjeux spécifiques.

A) Les schémas issus du Grenelle, entre objectifs ambitieux, coûts prohibitifs et contentieux abondant

Le 12 juillet 2010, la loi dite Grenelle II a donné naissance aux schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie afin de définir les objectifs régionaux de maîtrise de l'énergie, de prévenir ou réduire la pollution atmosphérique et de caractériser le potentiel régional d'énergies renouvelables¹³⁰². Dans le cadre de cette thèse, c'est son volet éolien, le SRE, qui est concerné au premier chef, en ce qu'il a trait à l'une des énergies renouvelables dotées de

¹³⁰¹ Cf. Bertrand FAURE, « Le leadership régional : nouvelle orientation du droit des collectivités territoriales ? », *AJDA*, 2015, p. 1898 : « Elle constitue tout à la fois un échelon décentralisé vis-à-vis de l'Etat et une force de centralisation à l'égard des collectivités inférieures ».

¹³⁰² A l'art. 68 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement. Aujourd'hui codifié à l'art. L. 222-1 du Code de l'environnement.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

l'un des plus importants potentiels de développement en France¹³⁰³ et qu'il « *a généré une large proportion des avis émis lors de la consultation* » des SRCAE¹³⁰⁴. Aussi, sa réalisation disparate permet de cerner à quel point des schémas régionaux suivant les mêmes règles générales peuvent arriver à des résultats différents, au-delà de la seule prise en compte des particularités géographiques locales. La rédaction d'un schéma, quel que soit l'encadrement prévu par la loi concernant ses objectifs et ses modalités de réalisation, est donc toujours le résultat d'un certain nombre de partis pris et d'arbitrages. Le S3REN suit cette même logique avec des arbitrages pris qui auraient pu changer grandement le montant de la quote-part à payer pour le raccordement des installations de production éoliennes ou solaires et *in fine* leurs coûts de production¹³⁰⁵.

1) Les schémas régionaux éoliens, objectifs ambitieux et contentieux nombreux

L'élaboration disparate des SRE mena de manière fort intéressante à des objectifs finalement bien ambitieux mais surtout très variables. Néanmoins, depuis l'adoption desdits schémas, ce sont les contentieux qu'ils suscitent bien plus que leur mise en œuvre qui font couler beaucoup d'encre.

a) L'élaboration disparate des schémas régionaux éoliens menant à des objectifs compilés ambitieux

Au sein de l'article 90 de la loi dite Grenelle II, il est requis que le SRE définisse « *les parties du territoire favorables au développement de l'énergie éolienne* », sans plus de précisions. Au moment du vote de la loi Grenelle II, les ZDE étaient toujours en vigueur¹³⁰⁶ et l'idée des SRE était de coordonner ces zonages locaux à la maille régionale. L'intérêt de ces documents de planification régionaux était aussi de mieux percevoir comment vont être remplis les objectifs nationaux d'éolien terrestre d'ici au 31 décembre 2020, date à laquelle la France devait compter 19 000 MW installés de cette source d'énergie¹³⁰⁷.

De manière relativement inattendue, il apparût que la somme des objectifs éoliens des SRE de toute la France s'élève à un total de 25 à 30 000 MW installés visés d'ici fin 2020¹³⁰⁸. Est-ce à dire que les objectifs nationaux sont trop timides ou que les objectifs régionaux, bien que plus proches des réalités et du potentiel de leur territoire, sont trop ambitieux ?

Quoi qu'il en soit, il est de toute façon improbable que la France remplisse son objectif pour 2020 et donc encore moins celui des SRE. En effet, avec une puissance installée totale de

¹³⁰³ Cf. Partie 2, Titre 1, chap. 1, section 1, I).

¹³⁰⁴ Alain FEMENIAS, Jean-Claude GAZEAU, Marc CAFFET, « Premier bilan de la mise en place des schémas régionaux Climat – Air – Énergie », Rapport au ministre du Redressement productif et à la ministre de l'Écologie, mars 2013, p. 56.

¹³⁰⁵ Concernant ces coûts de production, cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, I) A) 1) a).

¹³⁰⁶ Cf. Partie 1, Titre 1, Chap. 2, section 1, II) A) 1) a).

¹³⁰⁷ Selon l'arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité, art. 1, III. La PPE a apporté des modifications à ces objectifs.

¹³⁰⁸ Sophie FABREGAT, « Eolien : des schémas régionaux ambitieux mais irréalisables selon les industriels », *Actu-environnement.com*, 10 jan. 2013, consulté le 14 sept. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/schema-regional-eolien-sre-srcae-17489.php4>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

seulement 11 670 MW au 31 décembre 2016¹³⁰⁹, cela signifie que plus de 7 000 MW devraient être installés en quatre ans. Avec un rythme moyen annuel de seulement 1 000 MW/an dans les années passées favorables¹³¹⁰, cet objectif paraît hors de portée et celui des SRE proprement illusoire.

Il est à se demander quelle est la raison qui explique de telles différences entre les estimations régionales et nationales mais également entre les différentes régions. Cette dernière partie de la question est celle qui nous intéresse ici en ce qu'elle tient aux différences d'interprétation d'une même règle dans l'élaboration d'un schéma.

C'est dans le décret du 16 juin 2011 sur les SRCAE¹³¹¹ que les critères de définition des zones favorables des SRE (et donc par extension de leur potentiel cumulé) sont précisés. En l'occurrence, il dispose que le SRE doit tenir compte « *d'une part du potentiel éolien et d'autre part des servitudes, des règles de protection des espaces naturels ainsi que du patrimoine naturel et culturel, des ensembles paysagers, des contraintes techniques et des orientations régionales* ». À la vue des différents schémas éoliens, il semble que chaque région a entendu de manière différente les critères ci-dessus posés et quand plusieurs ont considéré certains critères comme excluant tout développement éolien, d'autres ont préféré inscrire les sensibilités locales dans le schéma mais sans exclure *a priori* tout développement éolien. Le cas des régions Centre et Bretagne est à cet égard frappant.

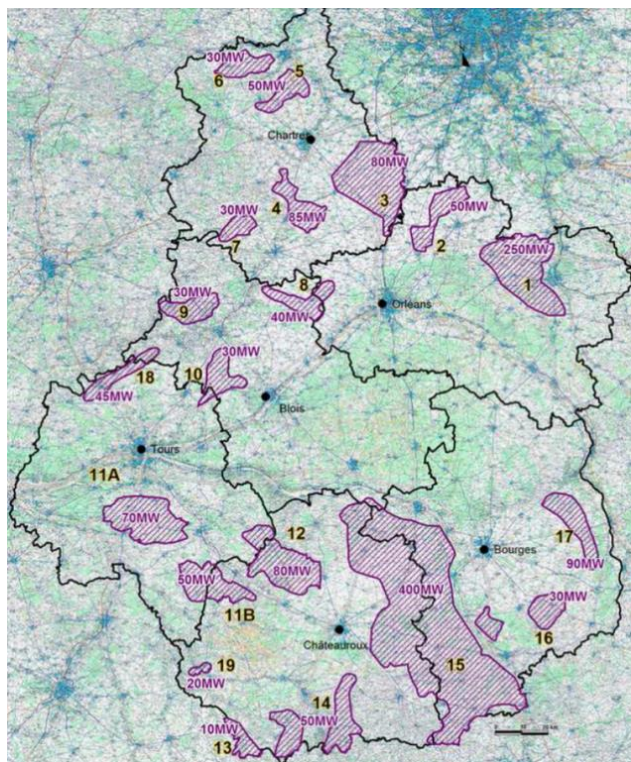


Figure 9 : Carte indicative des zones favorables au développement éolien. SRE Centre, p. 317.

Le SRE de la région Centre fixe un objectif éolien total de 2 600 MW d'ici fin 2020 dont 1 100 MW étaient déjà autorisés à fin 2011¹³¹². Au sein des critères retenus pour délimiter les zones favorables à l'éolien, les auteurs du schéma ont exclu celui du potentiel éolien au motif que « *les vitesses données par l'atlas éolien régional sont fortement sous-estimées* »¹³¹³. En revanche, les auteurs prennent le parti d'exclure des zones favorables le périmètre des parcs naturels régionaux sans justification, certains ensembles paysagers, patrimoniaux ou zones de protection de la biodiversité mais également des « *espaces de respiration* »

¹³⁰⁹ RTE, SER, Enedis, ADEeF, « Panorama de l'Electricité Renouvelable en 2016 », déc. 2016, p. 14.

¹³¹⁰ *Id.*, p. 14.

¹³¹¹ Décret n° 2011-678 du 16 juin 2011 relatif aux schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie.

¹³¹² SRCAE du Centre, Annexe – Schéma Régional Eolien, 28 juin 2012, p. 277 [<http://energies-centre.regioncentre.fr/home/prospective/srcae.html>].

¹³¹³ *Id.*, p. 277.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

entre les zones favorables¹³¹⁴. Ce dernier critère d'exclusion, ne reposant sur aucune réglementation, est la conséquence d'un arbitrage des auteurs du schéma. Sur la figure 9 peut s'observer le morcèlement des zones favorables en résultant.

Cependant, si le potentiel total attribué à ces zones favorables totalise 1520 MW et donc permet en théorie de remplir l'objectif régional, il est à signaler un risque important de double comptage des parcs éoliens déjà autorisés. En effet, les zones favorables incluent les ZDE déjà autorisées. Il est alors à craindre que le potentiel de certaines zones du SRE soit déjà entamé et par conséquent rende impossible l'atteinte des objectifs.

Le SRE de la région Bretagne, pour sa part, a choisi une approche diamétralement opposée. Il exclut uniquement des zones favorables le périmètre de protection de l'UNESCO autour du Mont Saint-Michel et les servitudes radars et aéronautiques¹³¹⁵ ainsi que le montre la figure 10. S'agissant de la prise en compte des enjeux environnementaux, patrimoniaux, paysagers ou sociaux, il renvoie aux acteurs locaux¹³¹⁶, ce qui lui vaudra annulation par le tribunal administratif¹³¹⁷. Or, sachant que l'autorisation des projets éoliens reste soumise à une étude d'impact portant sur tous ces aspects, cela ne retirait rien à la qualité de prise en compte de

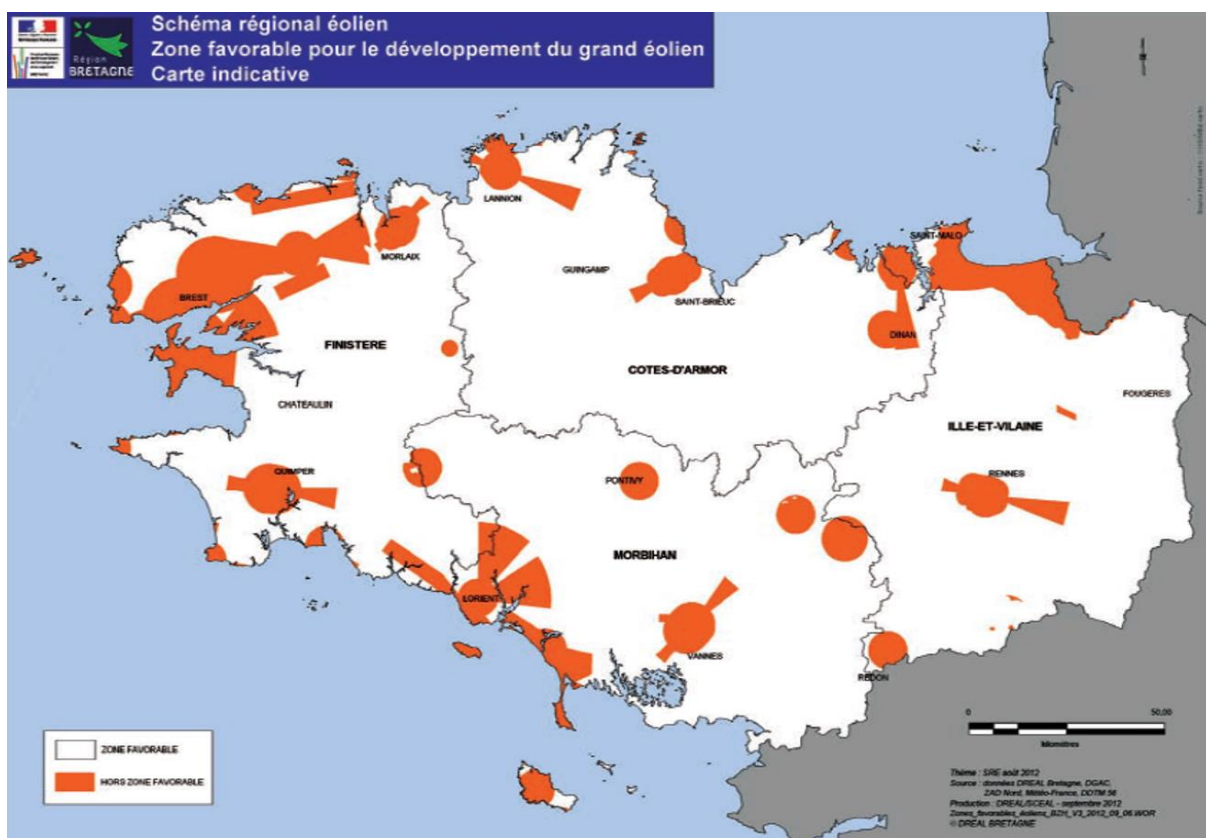


Figure 10 : Carte indicative des zones favorables au développement éolien. SRE Bretagne, p. 29.

¹³¹⁴ *Id.*, p. 280.

¹³¹⁵ SRCAE de Bretagne, Annexe – Schéma Régional Eolien, 4 nov. 2013, p. 28 [<http://www.bretagne.developpement-durable.gouv.fr/le-schema-regional-du-climat-de-l-air-et-de-l-a2086.html>].

¹³¹⁶ *Id.*, p. 31.

¹³¹⁷ TA Rennes, 23 oct. 2015, n^{os} 1301056-1301060-1301062, cons. 11, confirmé par CAA Nantes, 18 avr. 2017, n^o 15NT03810.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

ces critères par les projets tout en laissant un large territoire ouvert pour l'atteinte des objectifs du SRE¹³¹⁸. Ces cartes permettent d'obtenir une perception rapide du territoire laissé à disposition d'un développement éolien potentiel, mais il est impératif de rappeler que celles-ci ne sont qu'indicatives. La seule pièce opposable du SRE est au final la liste des communes favorables¹³¹⁹.

L'étude de ces deux schémas régionaux éoliens a permis de corroborer le fait que l'élaboration d'un document de planification n'est jamais neutre et est le fruit d'arbitrages. Par la suite, au plan national, bien que construits de différentes manières, les SRCAE sont quasiment tous attaqués sur le même fondement juridique.

b) Les schémas régionaux éoliens, de nombreux contentieux aux conséquences négligeables (pour le développement éolien)

Les SRE de France métropolitaine ont dans leur grande majorité été attaqués en justice par les associations d'opposition à l'énergie éolienne. Fin avril 2016, pas moins de 12 schémas régionaux¹³²⁰ sur les 22 régions métropolitaines d'avant la réforme territoriale¹³²¹ avaient été annulés par le juge administratif. Le cas des SRE est emblématique d'un contentieux massif, quasi mécanique et qui fait usage d'un moyen imparable d'annulation de ces documents une fois que la jurisprudence a reconnu un vice inhérent à tous les schémas.

Le point de départ se situe au 2, rue de Montpensier, lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) dans le cadre du contentieux à l'encontre du SRE de la région Ile-de-France. Dans sa décision n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014, il avance que le SRCAE et son annexe le SRE « *ont pour objet de fixer des objectifs et des orientations en matière de préservation de l'environnement* »¹³²² et qu'au surplus différents documents locaux de planification (le plan de protection de l'atmosphère – PPA –, le plan climat-énergie territorial – PCET – et le plan de déplacements urbains – PDU –) « *doivent être compatibles avec le [SRCAE]* »¹³²³. En découle la qualification du SRCAE et de son annexe sur l'éolien comme étant des « *décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement* »¹³²⁴. Cette décision induit que les modalités de participation du public alors fixées par l'article L. 222-2 du Code de l'environnement concernant l'élaboration des SRCAE sont insuffisantes. Cela conduit le Conseil constitutionnel à déclarer inconstitutionnelle la première phrase du premier alinéa

¹³¹⁸ Le SRE de la région Bretagne fixe un objectif de 1 800 MW installés en 2020 pour 1 134 MW déjà autorisés au 1^{er} août 2012. Cf. SRE Bretagne, *cit.*, 4 nov. 2013, pp. 20 et 25.

¹³¹⁹ Décret n° 2011-678 du 16 juin 2011 relatif aux schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie, art. 1.

¹³²⁰ Cf. Marine CALMET, « Eolien : annulation des schémas régionaux des Pays-de-la-Loire et de l'Auvergne », *Actu-environnement.com*, 13 mai 2016, consulté le 17 sept. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/schemas-regional-pays-loire-auvergne-eolien-annulation-26798.php4>]. Cet article oublie cependant l'annulation du SRE Nord-Pas-de-Calais, prononcée le 19 avril 2016 par la 1^{ère} Chambre du TA de Lille dans son jugement n° 1300436.

¹³²¹ Redécoupées par la loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral

¹³²² CC, 7 mai 2014, déc. n° 2014-395 QPC, *Fédération environnement durable et autres*, cons. 7.

¹³²³ *Id.*, cons. 8.

¹³²⁴ *Id.*, cons. 9.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

dudit article, avec effet différé au 1^{er} janvier 2015, afin de laisser au législateur sanctionné pour incompétence négative le temps de prendre les mesures adéquates. Plus directement, cette décision prétorienne permet de fournir une base solide à la recevabilité des recours contre ces schémas.

Pourtant, le premier jugement postérieur à cette décision, rendu par le Tribunal administratif (TA) d'Amiens le 12 novembre 2014 concernant le SRE de la région Picardie, bien que citant la QPC du 7 mai 2014 au sein de ses visas¹³²⁵, avance que les SRCAE et SRE « *ne fixent que des orientations* »¹³²⁶ et ne nécessitent pas la réalisation d'une évaluation environnementale. Le TA ajoute (à juste titre) que le SRE, « *qui fixe des orientations générales, ne préjuge pas de l'instruction au cas par cas d'éventuels permis de construire qui seront examinés au regard de la législation de l'urbanisme* »¹³²⁷. Pour ces raisons, il rejette la requête.

Mais, dès le lendemain, le TA de Paris prend le contre-pied de cette décision en reconnaissant que le SRE d'Ile-de-France est un document faisant grief « *et est, dès lors, susceptible de recours en excès de pouvoir* »¹³²⁸. Il appuie cette position sur deux considérations. Premièrement, il avance qu'à la date de prise de l'arrêté contesté, le SRE conditionnait la validation des zones de développement éolien (ZDE – elles-mêmes conditionnant l'obtention de l'obligation d'achat de l'électricité pour les projets de parcs éoliens) à leur définition au sein des « *parties du territoire régional favorables au développement de l'énergie éolienne* »¹³²⁹ et que suite à la loi Brottes, postérieure à l'arrêt attaqué, la « *délivrance de l'autorisation d'exploiter une installation éolienne tient compte* » du zonage établi par le SRE¹³³⁰. Deuxièmement, il s'appuie sur la décision du Conseil constitutionnel, qu'il cite dans son troisième considérant, afin de qualifier de « *décision publique ayant des incidences sur l'environnement* » le SRE. Ce qui est troublant dans ce considérant, c'est que le juge cite une décision dont les effets ont été reportés au 1^{er} janvier 2015, donc un mois et demi après le jugement. Nous pourrions penser qu'il cite cette décision au titre de la « *prime au requérant* »¹³³¹, afin de renforcer « *l'effet utile* »¹³³² de la décision d'inconstitutionnalité dans le cadre de ce recours qui a mené à la QPC évoquée plus avant. Cependant, le rapporteur public lui-même dans ses conclusions estime que « *[l]es requérantes ne peuvent donc se prévaloir de la censure prononcée par le juge constitutionnel dans la présente instance* »¹³³³.

¹³²⁵ TA Amiens, 12 nov. 2014, n^{os} 1203348 et 1203349, p. 8.

¹³²⁶ *Id.*, cons. 14.

¹³²⁷ *Id.*, cons. 15.

¹³²⁸ TA Paris, 13 nov. 2014, n^o 1304309, cons. 6.

¹³²⁹ *Id.*, cons. 5, en application de l'article L. 314-1 (et non L. 314-10 comme indiqué dans le jugement) du Code de l'énergie avant sa modification par la loi dite Brottes.

¹³³⁰ *Id.*, cons. 5, en application des dispositions de l'article L. 553-1, al. 5 du Code de l'environnement.

¹³³¹ Sur la notion de prime au requérant et plus généralement sur les effets temporels des décisions QPC, cf. Mathieu DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n^o 40, juin 2013, p. 63.

¹³³² Sur la notion d'effet utile, cf. au sien de la rubrique « À la une » du site internet du Conseil constitutionnel, l'article « Septembre 2014 : Les effets dans le temps des décisions QPC » [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/septembre-2014-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc.142100.html>].

¹³³³ Mathieu LE COQ, « Le schéma régional éolien d'Ile-de-France devant le juge administratif : premières réponses », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n^o 1, jan. 2015, comm. 1, p. 7.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Au bout du compte, la décision des Sages de la rue de Montpensier est citée dans le corps ou aux visas de tous les jugements du contentieux des SRE. Voilà qui interroge sur le respect par le juge du fond des décisions de modulation des effets temporels du Conseil constitutionnel.

L'annulation du SRE d'Ile-de-France est alors déclarée au motif que celui-ci n'a pas fait l'objet d'une évaluation environnementale¹³³⁴, en violation de la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 à laquelle il est ici reconnu un effet direct¹³³⁵. Par la suite, quasiment toutes les annulations de SRE prononcées seront fondées sur ce même raisonnement, à l'exception de l'annulation du SRE de la région Bretagne, sanctionné pour faute de « *critères suffisants pour identifier les parties du territoire régional favorables au développement de l'énergie éolienne* »¹³³⁶. La CAA de Nantes, en confirmant l'annulation du SRE, estime que les auteurs du schéma devaient faire la preuve du potentiel éolien suffisant et non se limiter à « *des considérations brèves et générales relatives à la vitesse des vents sur l'ensemble de la région Bretagne* »¹³³⁷.

Cependant, il est important de s'intéresser aux effets de cette cascade d'annulations des SRE sur le développement de l'énergie éolienne. En réalité, ils sont quasi nuls. En effet, l'unique force aujourd'hui du SRE est que l'autorisation d'exploiter doit tenir compte de ses zones favorables à l'éolien¹³³⁸. Or, il est précisé au même article que cette condition peut être vérifiée « *si ce schéma existe* ». Dès lors, dans plus de la moitié des anciennes régions françaises, les projets éoliens ne sont juridiquement plus soumis à la liste des communes favorables de schémas régionaux annulés. Paradoxalement, les requérants, véritables « *arroseurs arrosés* », ont par leurs actions rendu disponibles de plus grands pans de territoire à l'implantation potentielle de parcs éoliens¹³³⁹. Du moins selon des critères juridiques. Car d'expérience, il est fort probable que l'administration en charge de l'instruction des demandes d'autorisations applique de manière voilée les SRE annulés¹³⁴⁰.

Au final, une fois de plus, par l'ampleur des recours contentieux qu'il suscite, l'éolien fait progresser le droit. Dans le cas des SRE, l'effet sur le développement éolien en est cependant fort réduit. En revanche, un autre document de planification, le S3REN, détient lui un

¹³³⁴ TA Paris, 13 nov. 2014, n° 1304309, cons. 9.

¹³³⁵ Stéphanie GANDET, « Schéma régional éolien : annulation du SRE de Basse Normandie pour défaut d'évaluation environnementale (TA Caen, 9 juillet 2015) », *Green-law-avocat*, 10 déc. 2015, consulté le 17 sept. 2016 [<http://www.green-law-avocat.fr/schema-regional-eolien-annulation-du-sre-de-basse-normandie-pour-defaut-devaluation-environnementale-ta-caen-9-juillet-2015/>]. Alors que le Ministère de l'Ecologie, du Développement durable, des Transports et du Logement avait jugé inutiles de telles études dans son « Instruction du Gouvernement du 29 juillet 2011 relative aux schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie », p. 3.

¹³³⁶ TA Rennes, 23 oct. 2015, n°s 1301056-1301060-1301062, cons. 11.

¹³³⁷ CAA Nantes, 18 avr. 2017, n° 15NT03810, cons. 4.

¹³³⁸ *C. Env.*, art. L. 553-1, al. 5.

¹³³⁹ Cf. Marie-Coline GIORNO, « Nouvelle annulation d'un S.R.E. ou le brassage d'air en vide juridique... (TA Bordeaux, 12 fév. 2015) », *Green-law-avocat*, 26 fév. 2015, consulté le 17 sept. 2016 [<http://www.green-law-avocat.fr/nouvelle-annulation-dun-s-r-e-ou-le-brassage-dair-en-vide-juridique/>].

¹³⁴⁰ Ainsi que le souligne également M^e Arnaud Gossement. Cf. Arnaud GOSSEMENT, « Eolien et loi Brottes : une réforme bienvenue mais au souffle un peu court », *Gossement Avocats*, 19 jan. 2013, consulté le 17 sept. 2016 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2013/01/19/eolien-et-loi-brottes-une-reforme-bienvenue-mais-au-souffle.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

potentiel impact fort – qu'il soit positif ou négatif – sur le développement des énergies renouvelables.

- 2) Le schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables, la recherche de la sécurisation de l'accès au réseau à des coûts parfois prohibitifs

« Le schéma régional de raccordement apparaît comme l'aboutissement du régime juridique de planification énergétique »¹³⁴¹.

M. Louis Fériel exprime par ces mots tout le potentiel du schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables. Si par la suite l'élaboration (difficile) de la programmation pluriannuelle de l'énergie viendra concurrencer le titre d'aboutissement de la planification énergétique, force est de constater qu'au moment de l'élaboration des différents S3RENR en France, ces derniers ont représenté un aboutissement technique de la politique de développement des énergies renouvelables mise en place par le droit pré-transition énergétique. En tant que « *volet opérationnel* »¹³⁴² des SRCAE, ce schéma focalise tout l'enjeu de la concrétisation même du développement des énergies renouvelables, le raccordement étant la dernière phase d'installation d'un site de production d'énergie avant la délivrance des premiers électrons sur le réseau de distribution et de transport.

Si la volonté qui a présidé à l'inclusion du S3RENR en droit français est positive et salvatrice, le mécanisme de mutualisation qui en fait toute l'originalité s'avère imparfait et contesté.

- a) Un schéma visant à garantir un développement des réseaux électriques en faveur des énergies renouvelables

C'est l'article 71 de la loi dite Grenelle II qui donne naissance au S3RENR. Il dispose que c'est le gestionnaire du réseau public de transport (GRT) – RTE – qui élabore en accord avec les gestionnaires des réseaux publics de distribution (GRD) – Enedis et les entreprises locales de distribution – ce schéma avant soumission pour approbation au préfet de région. Si en principe il doit être soumis au préfet dans un délai de six mois après l'adoption du SRCAE, il a pu en aller autrement, comme dans l'ex-région Poitou-Charentes où le S3RENR n'a été soumis que le 31 décembre 2014 alors que le SRCAE avait été validé le 17 juin 2013¹³⁴³. Ce schéma, toujours selon la même disposition, permet de réserver pour une durée de 10 ans les capacités de raccordement nécessaires à l'atteinte des objectifs de développement des énergies renouvelables déterminés dans le SRCAE et de prévoir les ouvrages à créer ou renforcer dans ce même but. L'estimation du développement régional des énergies renouvelables dans les SRCAE (et leur ventilation par zones géographiques au sein de ces schémas quand ce fut le cas) est donc de première importance. Une estimation trop faible ou

¹³⁴¹ Louis FÉRIEL, « Les paradoxes du raccordement des producteurs d'énergie renouvelable au réseau électrique », *AJDA*, 2014, pp. 1506 – 1508.

¹³⁴² *Id.*, p. 1507.

¹³⁴³ Cf. les visas de l'arrêté préfectoral n° 126/DREAL/2015 portant approbation du schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables de Poitou-Charentes, pris le 5 août 2015.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

trop importante conduirait à sur ou sous-évaluer les besoins de travaux sur les lignes électriques et donc aurait une incidence sur le coût total de l'opération.

Cette mesure provient du constat partagé par les pouvoirs publics, les gestionnaires de réseau et les producteurs d'énergies renouvelables (surtout les développeurs de projets de parcs éoliens) de la congestion grandissante des ouvrages de raccordement¹³⁴⁴, de l'effet « *dissuasif* » qu'oppose le système actuel à un pétitionnaire qui souhaiterait raccorder son installation dans une zone dont la puissance disponible est épuisée¹³⁴⁵, le tout rendu encore plus complexe par un coût estimé à 5,5 milliards d'euros pour le raccordement des énergies éolienne et solaire afin d'atteindre leurs objectifs de développement pour 2020¹³⁴⁶. Dans le système pré-S3RENR, le pétitionnaire qui souhaitait raccorder son installation dans une zone dépourvue de la capacité suffisante devait en assumer la totalité du coût (moins une réfaction de 40 %)¹³⁴⁷ alors que les suivants bénéficiaient des travaux effectués sans en payer le prix. Ce système limitait fortement, par son coût initial prohibitif, tout développement dans des zones contraintes en termes de raccordement électrique.

En conséquence, la CRE a proposé en 2008 un mécanisme de mutualisation des coûts de raccordement au sein des Zones de Développement de l'Eolien (ZDE) afin de ne pas en contrarier le développement¹³⁴⁸. Cependant, la CRE fit le constat que son pouvoir réglementaire supplétif ne saurait « *instaurer des règles de traitement des demandes de raccordement et de facturation spécifiques aux ZDE* »¹³⁴⁹. L'adoption des S3RENR par la loi est donc salubre et répond à la demande de nombreux acteurs concernés.

Néanmoins, il a fallu plusieurs décrets afin de modifier les modalités du S3RENR et définir la mise en œuvre d'un document de planification co-construit plus apte à satisfaire les besoins de raccordement des énergies renouvelables. Ainsi, face aux lacunes du décret d'application¹³⁵⁰ de l'article 71 de la loi dite Grenelle II, un nouveau décret a été pris deux ans plus tard, le 2 juillet 2014¹³⁵¹, après plusieurs réunions regroupant notamment gestionnaires de réseaux, associations de producteurs d'électricité renouvelable et la CRE¹³⁵².

¹³⁴⁴ Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 21 février 2008 sur le raccordement aux réseaux publics d'électricité des installations de production utilisant l'énergie mécanique du vent implantées dans le périmètre d'une zone de développement de l'éolien, p. 2.

¹³⁴⁵ *Id.*, p. 1.

¹³⁴⁶ Cour des Comptes, « La politique de développement des énergies renouvelables », juil. 2013, p. 96.

¹³⁴⁷ *Id.*, p. 97.

¹³⁴⁸ Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 21 février 2008 sur le raccordement aux réseaux publics d'électricité ..., *cit.*, p. 1.

¹³⁴⁹ *Id.*, p. 3.

¹³⁵⁰ Décret n° 2012-533 du 20 avril 2012 relatif aux schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables, prévus par l'article L. 321-7 du code de l'énergie.

¹³⁵¹ Décret n° 2014-760 du 2 juillet 2014 modifiant le décret n° 2012-533 du 20 avril 2012 relatif aux schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables prévus par l'article L. 321-7 du code de l'énergie.

¹³⁵² Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 30 janvier 2014 portant avis sur le projet de décret modifiant le décret n° 2012-533 du 20 avril 2012 relatif aux schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables, prévus par l'article L. 321-7 du code de l'énergie, pp. 1 – 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Innovation majeure, ce décret « introduit la possibilité de "déplacer" les capacités réservées d'un ouvrage à un autre (par exemple, d'un poste source à un autre poste source), dans la mesure où cette modification n'a pas d'impact sur la capacité réservée totale du schéma concerné, ni sur le niveau de la quote-part correspondante »¹³⁵³. En effet, comme le montre la figure 11 avec l'exemple de l'ex-région Midi-Pyrénées, le S3RENr réservait une puissance minimum attribuée aux énergies renouvelables d'un total de 5 MW sur chacun de ses postes sources. Or, la répartition des besoins de raccordement des principaux contributeurs d'énergies renouvelables en croissance – le grand éolien et le solaire photovoltaïque au sol – ne suit pas un tel étalement géographique lisse. Les capacités réservées sur les postes sources situés notamment dans les zones pyrénéennes ou urbaines ne sont d'aucune utilité pour les développeurs des énergies susnommées, pourtant premiers voire uniques contributeurs au financement non-public de l'évolution des réseaux électriques¹³⁵⁴.

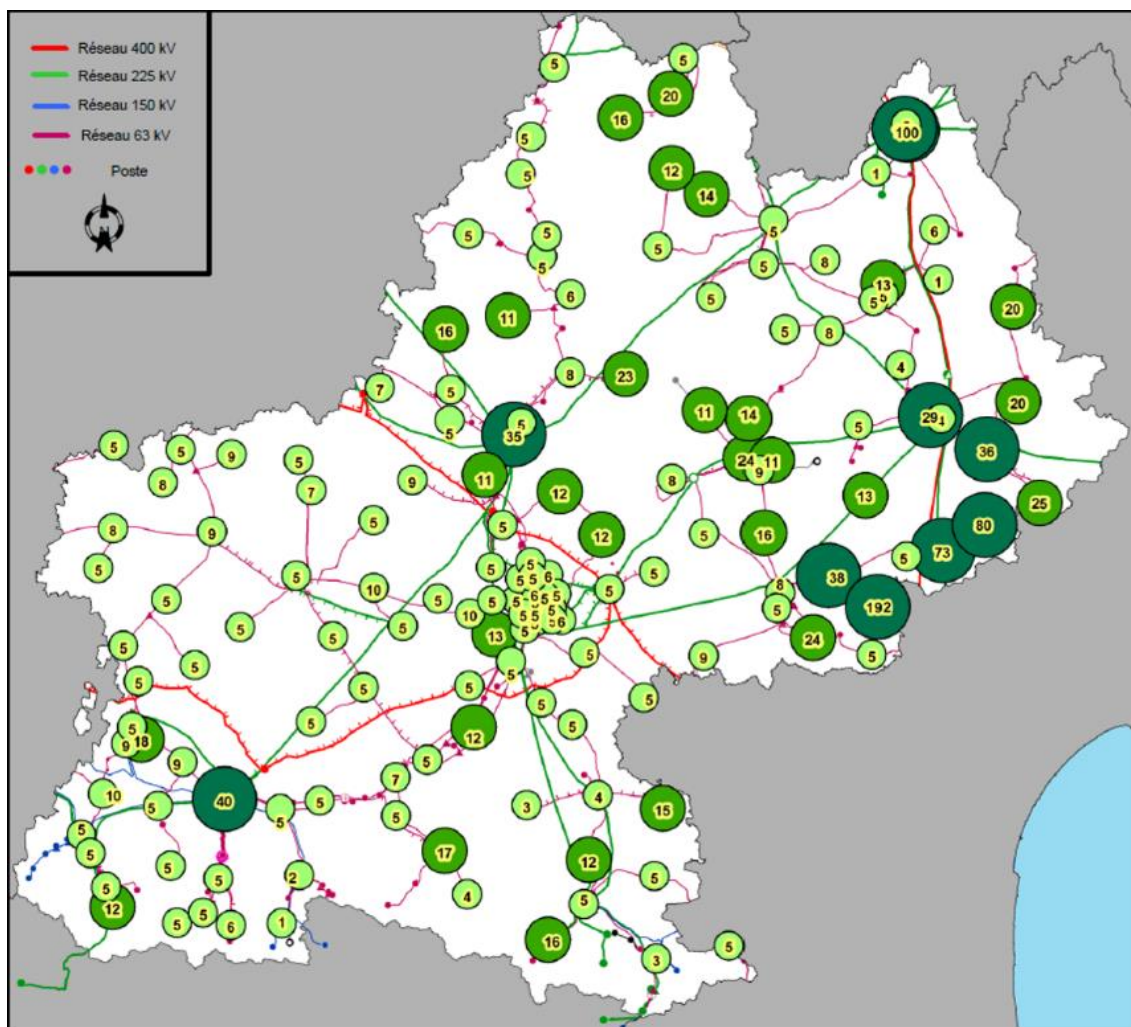


Figure 11 : Carte des capacités réservées par poste source. S3RENr
Midi-Pyrénées, p. 48.

¹³⁵³ *Id.*, p. 3.

¹³⁵⁴ Les petites installations domestiques n'étant pas concernées par la quote-part de création ou renforcement des réseaux s'agissant d'installations de moins de 36 kVA selon le décret du 20 avril 2012, art. 1, ou de moins de 100 kVA depuis le décret du 2 juillet 2014 en son article 2. S'agissant de la quote-part, cf. b) ci-après.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Deux nouvelles années plus tard, un décret en date du 11 avril 2016¹³⁵⁵, co-construit comme le précédent, crée une procédure d'adaptation des S3RENR afin de réaliser des modifications de portée limitée¹³⁵⁶. Egalement, le décret prévoit un nouveau seuil de déclenchement de la révision du S3RENR en fonction de l'atteinte d'un seuil d'attribution de la capacité réservée¹³⁵⁷. Il apparaît alors que le droit de la transition énergétique, qui hérite (ou s'approprie) des outils mis en place avant qu'il n'existe officiellement s'efforce de les améliorer, de les faire évoluer vers des dispositifs flexibles et efficaces.

Le S3RENR ainsi retravaillé maintient alors un rapport ténu avec l'évolution de son territoire, lui permettant de remplir pleinement son rôle de volet technique du SRCAE. Nonobstant, ces évolutions ne viennent que solutionner à la marge le point le plus difficile des S3RENR, la quote-part des producteurs d'électricité dans l'adaptation des réseaux électriques.

b) Un mécanisme de mutualisation imparfait et contesté

Afin de faire face aux importants coûts de renforcement et de déploiement du réseau électrique français liés au développement des énergies renouvelables, nécessaires à l'atteinte des objectifs de la politique énergétique française¹³⁵⁸, le législateur a prévu de recourir à la mutualisation¹³⁵⁹. Le pouvoir réglementaire a alors défini le principe d'une quote-part redevable par les producteurs d'électricité renouvelable souhaitant se raccorder au réseau¹³⁶⁰. Si le paiement des ouvrages de raccordement entre le parc éolien et le poste source ne change pas en comparaison de l'ancien régime, à ces charges s'ajoute désormais une partie des charges régionales définies dans le S3RENR. Si l'idée est issue des travaux de la CRE évoqués ci-avant et permet de trouver une solution potentielle au problème des coûts dissuasifs dans certaines zones saturées, ce mécanisme en pose deux nouveaux : les coûts peuvent devenir dissuasifs sur l'ensemble de certaines régions, et la logique même d'une mutualisation forcée des acteurs privés pour l'atteinte d'un objectif de politique publique est sujette à discussion.

Premièrement, le montant de la quote-part pour se raccorder au réseau dans le cadre des S3RENR varie de 0¹³⁶¹ à 69,9 k€/MW installé¹³⁶². Pour le second cas, dans l'hypothèse d'un parc éolien type de 10 MW de puissance installée, représentant un investissement de 13 millions d'euros (le chiffre de 1,3 million d'euro du MW installé ayant été dans la moyenne entre 2010 et 2015, à raison d'environ 1 million pour l'éolienne et 300 000 € pour les travaux de raccordement et de voirie), le montant de la quote-part s'élève à 700 000 €, soit 5 % du

¹³⁵⁵ Décret n° 2016-434 du 11 avril 2016 portant modification de la partie réglementaire du code de l'énergie relative aux schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables.

¹³⁵⁶ *Id.*, art. 5.

¹³⁵⁷ *Ibid.*

¹³⁵⁸ *C. Ener.*, art. L. 100-2, 3°.

¹³⁵⁹ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, art. 71.

¹³⁶⁰ Décret n° 2012-533 du 20 avril 2012 relatif aux schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables, prévus par l'article L. 321-7 du code de l'énergie, art. 13.

¹³⁶¹ Pour le S3RENR de l'ex-région Alsace.

¹³⁶² Pour le S3RENR de l'ex-région Midi-Pyrénées.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

total de l'investissement. Ce renchérissement, particulièrement marqué pour le cas de l'ex-région Midi-Pyrénées, a été reconnu par le Conseil d'Etat qui ne le considère cependant pas comme une charge excessive :

« Considérant, d'une part, que si la contribution due au titre de la quote-part du coût des ouvrages réalisés en application du schéma régional de raccordement renchérit les charges de raccordement supportées par les producteurs d'électricité provenant de sources d'énergie renouvelable, il ne ressort pas des pièces du dossier que cette augmentation du coût total du raccordement de leur installation ferait porter sur eux une charge excessive, au regard de l'objectif de mutualisation de la prise en charge financière de l'extension du réseau de raccordement [...] »¹³⁶³.

L'inconvénient réside en réalité dans les nouvelles inégalités en termes de coût de raccordement créées à la maille inter et infrarégionale. Au niveau interrégional, il devient plus intéressant pour les producteurs disposant d'un projet en limite territoriale et de raccordement possible dans la région voisine d'évaluer l'option la plus intéressante et potentiellement de se soustraire à la nouvelle solidarité régionale. De manière plus pernicieuse, au sein du même territoire, des projets au potentiel très différent sont amenés à payer la même quote-part. Ainsi, un projet éolien situé dans l'ex-région Midi-Pyrénées, dans un département moyennement voire peu venteux, tel le Lot ou la Haute-Garonne, se voit contraint de payer pour la création de capacités nouvelles dans les départements beaucoup plus aisés en termes de gisement éolien mais aux capacités de raccordement épuisées de l'Aveyron ou du Tarn. Au final, cette quote-part peut avoir un effet fortement dissuasif sur des projets à la rentabilité déjà faible mais valable. Dans ce cas, la solidarité se retourne contre les moins bien dotés. Ce mécanisme n'est donc pas exempt de nouveaux questionnements quant à sa mise en œuvre et son impact potentiel sur le développement national des énergies renouvelables. Cependant, force est de reconnaître que dans les régions fortement propices au développement éolien, même soumises à une quote-part importante, telle celle de l'ex-région Picardie (58,6 k€/MW), le succès du nouveau système peut prendre de vitesse les gestionnaires de réseau. Le S3RENR de ce territoire, validé en décembre 2012, a ainsi été déclaré dès novembre 2015 en état de saturation, l'ensemble de ses capacités réservées ayant été préemptées par des projets entrés en file d'attente¹³⁶⁴. Dans ce cas qui semble unique en France à date de juin 2017, il est à se demander si l'objectif d'énergies renouvelables du SRCAE pour 2020 n'était pas dès le départ sous-estimé. D'où l'importance évoquée précédemment d'établir des documents de planification aussi fins que possible.

Deuxièmement, ainsi que le souligne M. Fériel, là où « *le périmètre de mutualisation est paradoxalement, et avant tout, conçu comme un instrument incitatif [...] le mécanisme repose conceptuellement sur l'idée que les acteurs concernés ont une "dette sociale" »*¹³⁶⁵. Le même auteur relève d'ailleurs la contradiction entre l'apparente bonne volonté de l'Etat quant à « *[l]'adaptation des réseaux de transport et de distribution d'électricité [...] afin d'accueillir*

¹³⁶³ CE, 11 avr. 2014, *Association France énergie éolienne*, n° 363513, cons. 5.

¹³⁶⁴ RTE et al., « Schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables de la région Picardie – Bilan technique de la mise en œuvre du schéma en 2015 », 19 mai 2016, p. 4.

¹³⁶⁵ Louis FÉRIEL, « Les paradoxes du raccordement ... », *cit.*, 2014, p. 1507.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

les nouvelles capacités de production d'électricité à partir de sources renouvelables »¹³⁶⁶, dans la loi dite Grenelle I et la traduction finale par le S3RENR et son système de quote-part¹³⁶⁷. Enfin, il en conclut que « [l]a conciliation entre le droit de l'énergie et le droit de l'environnement n'a assurément pas été clairement effectuée par le législateur et la question de la cohérence des modes de financement des charges de raccordement des installations de production d'énergies "vertes" est restée en suspens »¹³⁶⁸. Et c'est bien là que resurgit l'un des questionnements de la transition énergétique, qui prend parfois des allures de double discours entre la volonté publique et la réalité de l'action publique, se traduisant par la conciliation difficile de deux droits auparavant aux antipodes dans la création du nouveau droit de la transition énergétique.

Ainsi donc, si le Grenelle de l'environnement a donné naissance à de multiples outils de planification encore déterminants pour l'atteinte des objectifs de la loi de transition énergétique, ce dernier texte de loi a été l'occasion pour le législateur d'y apporter quelques modifications, de manière paradoxale mais finalement logique, dans le sens d'un regroupement de plusieurs schémas de planification territoriale.

B) Le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires, nouveau super-schéma à l'image d'une transition globale à géométrie variable

Instauré par l'article 10 de la loi dite NOTR(e)¹³⁶⁹ et codifié aux articles L. 4251-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales, le schéma d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET) n'est autre que la rénovation – certes d'ampleur – du « *droit commun de la planification régionale en matière d'aménagement du territoire* »¹³⁷⁰ : à savoir l'ancien schéma régional d'aménagement et de développement du territoire (SRADT) issu de la loi dite Defferre¹³⁷¹. À l'image de sa qualification de « *schéma des schémas* »¹³⁷² concernant sa composition ou de « *liant* »¹³⁷³ entre les ingrédients de la transition énergétique concernant son rôle potentiel, il s'inscrit dans la logique de la maxime « *penser global, agir local* ». Cet outil de planification, tout comme le droit de la transition énergétique dans son ensemble, se doit ainsi de faire la passerelle entre la pensée globale de la transition énergétique, décidée au niveau étatique (et européen), et l'action locale des collectivités territoriales, tenues de prendre en compte ses objectifs et de se mettre en compatibilité avec ses volets sectoriels. Cependant, il apparaît à l'analyse que le

¹³⁶⁶ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, art. 19, III.

¹³⁶⁷ Louis FÉRIEL, « Les paradoxes du raccordement ... », *cit.*, 2014, pp. 1507 – 1508.

¹³⁶⁸ *Id.*, p. 1508.

¹³⁶⁹ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

¹³⁷⁰ Etude d'impact du projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, 17 juin 2014, p. 42.

¹³⁷¹ Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat.

¹³⁷² Pierre VILLENEUVE, « De quelques questions environnementales... dans le projet de loi NOTRe », *cit.*, juil. 2015, p. 2.

¹³⁷³ Charlotte IZARD, « Après l'Accord de Paris, une concrétisation de la transition énergétique dans les territoires est nécessaire... et possible ! », *AJCT*, 2016, p. 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

renforcement de la planification régionale n'est qu'imparfait, du fait de certaines limites mais également de sa prescriptibilité à géométrie variable.

1) Un schéma pour les gouverner tous

En quelques mots, le SRADDET a vocation, une fois adopté, à regrouper différents schémas d'aménagement du territoire existants afin de coordonner davantage leurs politiques jusqu'à présent traitées isolément. Cette volonté de transversalité est plus que bienvenue dans le domaine du droit de la transition énergétique. Mais avant même d'en évoquer les tenants et aboutissants, il faut relever la confusion quant à la date à laquelle ces schémas doivent être élaborés. En effet, si l'article L. 4251-7 du CGCT laisse un délai adapté¹³⁷⁴ de trois ans après le renouvellement des conseils régionaux pour qu'ils soient adoptés, l'ordonnance d'intégration des documents sectoriels dans le SRADDET¹³⁷⁵ a pris du retard et raté le rendez-vous des élections de décembre 2015. Dès lors, à la lecture des dispositions en vigueur, il semblerait que son adoption pourrait être repoussée jusqu'à 2024, soit trois ans après les élections régionales de mars 2021¹³⁷⁶. Or, si ce document a pour but d'aider à la réalisation des objectifs de la loi de transition énergétique d'ici à 2050, il serait fort dommageable de perdre ainsi six années d'application pratique.

a) Le schéma des schémas, outil intégrateur intrinsèquement efficace ?

« [L]'action de planification au niveau de la région en matière d'aménagement du territoire est protéiforme. Divers documents, répondant à une logique d'élaboration avant tout sectorielle, contribuent, à des degrés divers, à façonner l'aménagement du territoire, sans pour autant qu'un schéma de référence assure entre eux un lien de cohérence au regard d'objectifs partagés d'aménagement du territoire. Cet ensemble constitue un corpus juridique disparate, cloisonné et particulièrement complexe »¹³⁷⁷.

C'est à la lumière de ce constat que les assemblées parlementaires ont débattu en 2014 et 2015 des modalités selon lesquelles les actuels documents de planification en matière d'aménagement du territoire allaient être amenés à se regrouper au sein d'un seul schéma régional. La liste des documents de planification régionaux sectoriels régissant ce champ d'action semble effectivement sans fin : SRADT, schéma régional des infrastructures de transport (SRIT), schéma régional de l'intermodalité (SRI), schéma régional de cohérence écologique (SRCE), SRCAE et charte de parc naturel régional (PNR) pour ceux touchant directement à l'aménagement du territoire ; schéma interrégional de massif (SIM), schéma interrégional du littoral (SIL), PCAET, plan régional ou interrégional de prévention et de

¹³⁷⁴ Alain FEMENIAS, Jean-Claude GAZEAU, Marc CAFFET, « Premier bilan de la mise en place des schémas régionaux climat-air-énergie », Rapport au ministre du Redressement productif et à la ministre de l'Écologie, mars 2013, p. 18.

¹³⁷⁵ Ordonnance n° 2016-1028 du 27 juillet 2016 relative aux mesures de coordination rendues nécessaires par l'intégration dans le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires, des schémas régionaux sectoriels mentionnés à l'article 13 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

¹³⁷⁶ Pierre VILLENEUVE, « La planification territoriale de la transition énergétique », *cit.*, 2016 p. 31.

¹³⁷⁷ Etude d'impact du projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, 17 juin 2014, p. 41.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

gestion des déchets dangereux, schéma régional des carrières (SRC) ainsi que de nombreux autres ayant un lien connexe avec ce sujet¹³⁷⁸. La « *substitution* »¹³⁷⁹ de tous ces documents par le seul SRADDET sera-t-il cependant pour autant gage de plus grande efficacité de l'action publique d'aménagement du territoire ? À la différence de ce qu'affirme l'étude d'impact du projet de loi dite NOTR(e)¹³⁸⁰, rien n'est moins sûr.

De fait, l'un des principaux écueils ayant touché un précédent document de planification visant à regrouper différents aspects d'une même thématique dans l'idée de créer des synergies a été le manque d'interconnexion entre les piliers de celui-ci. Le SRCAE, car c'est de ce schéma qu'il s'agit, échoua ainsi à « [c]onstruire une approche réellement transversale qui ne soit pas un simple empilement d'orientations thématiques (Climat, Air, Énergie, transports, bâtiments, agriculture, ... etc.) »¹³⁸¹. La prudence commande donc de s'abstenir de toute relation supposée automatique entre le regroupement de plusieurs documents de planification, fût-ce dans la logique d'une transversalité bienvenue pour traiter de sujets tels que l'aménagement du territoire ou la transition énergétique, et en vue de la création d'utiles synergies entre leurs sujets.

Mme Moliner-Dubost ne dit pas autre chose lorsqu'elle met en garde les futurs rédacteurs des SRADDET de la manière suivante : « le SRADDET devra a minima établir de solides connexions entre les différents domaines qu'il traite, à peine de s'avérer contre-productif »¹³⁸². Et nous ne pouvons qu'abonder dans le sens de la probable contre-productivité d'un super-schéma qui manquerait à cette obligation de résultats. Son élaboration ferait alors perdre un temps précieux et le super-schéma risquerait de diluer la réflexion établie et les mesures prises dans le cadre de schémas sectoriels en principe proches de leurs territoires.

Néanmoins, si l'on garde l'espoir que ces documents soient dûment préparés, alors les SRADDET pourraient, par leur « *nouvelle vision transversale* »¹³⁸³ des territoires, jouer un rôle important dans la mise en œuvre du droit de la transition énergétique.

b) Un schéma à fort potentiel pour la mise en œuvre du droit de la transition énergétique

Bien que le SRADDET soit un schéma à visée d'aménagement territorial, il a le potentiel pour constituer un outil majeur dans la planification régionale de la transition énergétique et

¹³⁷⁸ *Id.*, pp. 39 – 41.

¹³⁷⁹ CGCT, art. L. 4251-7, al. 3.

¹³⁸⁰ Etude d'impact du projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, 17 juin 2014, p. 44 : « L'élaboration d'un document unique comportant des mesures et orientations jusqu'alors fixées dans différents schémas souvent en interaction et pourtant élaborés de manière disparate et sans véritable coordination, renforcera la synergie dans la détermination et la conduite des politiques publiques concernées ».

¹³⁸¹ Alain FEMENIAS, Jean-Claude GAZEAU, Marc CAFFET, « Premier bilan de la mise en place des schémas régionaux climat-air-énergie », Rapport au ministre du Redressement productif et à la ministre de l'Écologie, mars 2013, p. 28.

¹³⁸² Marianne MOLINER-DUBOST, « Loi NOTRe - La « nouvelle » planification environnementale (déchets et SRADDET) », *AJCT*, 2015, p. 564.

¹³⁸³ Charlotte IZARD, « Après l'Accord de Paris, une concrétisation ... », *cit.*, 2016, p. 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

sa mise en place locale. En cela, il est possible de trouver un lien avec chacun des thèmes du schéma énumérés à l'article L. 4251-1 du CGCT :

« Ce schéma fixe les objectifs de moyen et long termes sur le territoire de la région en matière d'équilibre et d'égalité des territoires, d'implantation des différentes infrastructures d'intérêt régional, de désenclavement des territoires ruraux, d'habitat, de gestion économe de l'espace, d'intermodalité et de développement des transports, de maîtrise et de valorisation de l'énergie, de lutte contre le changement climatique, de pollution de l'air, de protection et de restauration de la biodiversité, de prévention et de gestion des déchets »¹³⁸⁴.

Ces objectifs concernent bien évidemment l'énergie et le changement climatique, mais le développement d'énergies renouvelables naturellement prompts à être saupoudrés sur les territoires participe aussi de l'atteinte des objectifs d'égalité entre ces derniers, d'implantation d'infrastructures régionales, de désenclavement des territoires ruraux ou de la diminution de la pollution de l'air *via* notamment le développement du réseau électrique, la réhabilitation de chemins, l'installation de centres de maintenance, etc. L'intermodalité et les transports en général ne sont pas en reste et les préoccupations en termes de biodiversité, de déchets, d'habitat et de gestion économe de l'espace trouvent toutes un lien avec la transition *via* l'impératif de sobriété énergétique, le développement de l'énergie de récupération ou le contrôle croissant et à terme la marginalisation ou l'adaptation des activités polluantes.

Afin d'être plus spécifique, il convient d'ajouter que la relation entre la transition énergétique et le SRADDET ressort tout naturellement dans la partie règlementant les objectifs de ce dernier *« relatifs au climat, à l'air et à l'énergie »*¹³⁸⁵. Le schéma doit en effet fixer des objectifs portant sur l'atténuation et l'adaptation au changement climatique, la lutte contre la pollution atmosphérique, la maîtrise de la consommation d'énergie et le développement des énergies renouvelables, *« notamment celui de l'énergie éolienne et de l'énergie biomasse »*¹³⁸⁶. Sachant que ces objectifs sont mis en rapport avec les budgets carbone – traités ultérieurement – et ceux de la politique énergétique nationale d'ici à 2050¹³⁸⁷, ils devraient renforcer la corrélation nécessaire entre les politiques territoriales de transition énergétique et les grands objectifs nationaux de la loi de transition énergétique déclinés progressivement dans ses documents de planification propres¹³⁸⁸, apportant davantage de cohérence à l'ensemble. Enfin, les fascicules de règles générales des futurs SRADDET devront déterminer *« les mesures favorables au développement des énergies renouvelables et de récupération »*¹³⁸⁹.

Pourtant, si le lien entre la mise en œuvre du droit de la transition énergétique et le SRADDET est assumé et démontré, la question qui ressort est : dans quelle mesure le SRADDET peut-il agir sur la mise en place du droit de la transition énergétique ?

¹³⁸⁴ CGCT, art. L. 4251-1, al. 2.

¹³⁸⁵ CGCT, art. R. 4251-5.

¹³⁸⁶ *Ibid.*

¹³⁸⁷ *Id.*, al. 2.

¹³⁸⁸ Dont le principal n'est autre que la programmation pluriannuelle de l'énergie, traitée dans le II) B) suivant.

¹³⁸⁹ CGCT, art. R. 4251-10.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Car c'est bien au niveau étatique (ou européen) que sont décidées la composition des documents à soumettre et la procédure d'autorisation pour l'installation d'un parc éolien par exemple. C'est pourquoi, l'objectif de développement des énergies éolienne et à base de biomasse, précisé afin de faire une place aux actuels SRE et schémas régionaux biomasse¹³⁹⁰, pourrait ne rester qu'un vœu pieux vu la faiblesse des leviers régionaux en la matière¹³⁹¹.

Egalement, une autre question qui surgit concerne le risque ou plutôt les modalités du potentiel phagocytage par le SRADDET des PCAET. L'article L. 4251-1, alinéa 4 du CGCT laisse en effet la possibilité au SRADDET de « *fixer des objectifs dans tout autre domaine contribuant à l'aménagement du territoire* » que ceux déjà prévus. Concrètement, cela signifie qu'en plus d'absorber les SRCAE, le SRADDET a le pouvoir d'absorber notamment les PCAET¹³⁹². Or, cette mesure fait naître plus d'interrogation qu'elle n'apporte de réponses face aux enjeux de la transition. Comment s'organisera l'absorption d'un document légalement réservé à l'élaboration par les EPCI¹³⁹³ ? Si le SRADDET absorbe un PCAET, doit-il tous les absorber sur son territoire ? Ou pourra-t-il cohabiter avec des PCAET locaux ? Quelle logique d'application territoriale subsisterait d'une telle remontée à un niveau finalement éloigné des spécificités locales ?

Il ressort de ces éléments que si le SRADDET constitue un outil de grand intérêt pour la mise en place du droit de la transition énergétique, il va être nécessaire d'obtenir des précisions ou d'attendre des retours d'expérience afin de mesurer l'impact que celui-ci peut avoir sur la transition énergétique, en positif ou en négatif. Quoiqu'il en soit, il ressort dès à présent des éléments à disposition que le renforcement des capacités régionales de planification par ce même droit s'avère imparfait, laissant à penser que ce droit de planification garde encore de nombreuses lacunes dans l'efficacité de ses mesures.

2) L'imparfait renforcement des responsabilités régionales de planification par le droit de la transition énergétique

Si le SRADDET, à la différence de son prédécesseur le SRADT, est amené à être généralisé sur l'ensemble du territoire¹³⁹⁴ et à offrir ainsi un maillage territorial propre à relier politiques nationale et locale de la transition énergétique, son émergence ne donne pas pour autant les coudées franches aux régions. En effet, la loi dite NOTR(e) a pris soin de poser certaines limites à cet outil de planification régional. Si une partie de celles-ci viennent d'une nécessaire harmonisation avec notamment le principe de libre administration des collectivités territoriales, d'autres proviennent plus prosaïquement de la prescriptibilité à géométrie variable du SRADDET.

¹³⁹⁰ Art. 197 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

¹³⁹¹ Pour une analyse plus complète du régime d'autorisation des parcs éoliens, cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A).

¹³⁹² Cf. Etude d'impact du projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, 17 juin 2014, p. 47.

¹³⁹³ C. Env., art. L. 229-26, I.

¹³⁹⁴ Concernant l'absence de caractère prescriptif du SRADT, cf. Etude d'impact du projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, 17 juin 2014, pp. 42 – 43. Concernant le caractère prescriptif du SRADDET, cf. CGCT, art. L. 4251-1, al. 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

a) Les multiples limites à la planification régionale

Ainsi que l'énonce Pierre Villeneuve : « *Le renforcement des responsabilités régionales est imparfait dès lors que l'opposabilité du SRADDET est conditionnée à l'approbation du représentant de l'État* »¹³⁹⁵. Et la sentence est renforcée par le professeur Bertrand Faure concernant l'ensemble de l'œuvre de la loi dite NOTR(e) en matière de pouvoir régional : « *[l]'idée d'un réel leadership régional était logiquement inconstructible en droit* »¹³⁹⁶. Cette remise en cause par la doctrine de la portée de la dernière réforme territoriale et en pratique des compétences de planification des régions sur la question (notamment) énergétique tient principalement à la nécessité d'approbation par le préfet de région du projet de SRADDET. Ainsi qu'il est justifié par l'étude d'impact du projet de loi dite NOTR(e), « *[l]'approbation par l'Etat permet de garantir le respect des principes de libre administration des collectivités territoriales et non tutelle d'une collectivité sur une autre* »¹³⁹⁷. Cette tutelle de fait de l'Etat sur la région vise à contourner les limites posées par l'article 72 al. 5 de la Constitution du 4 octobre 1958, au prix de « *virtualités insoupçonnées* »¹³⁹⁸, afin de couvrir « *les atteintes possibles des schémas régionaux à la libre administration des collectivités inférieures* »¹³⁹⁹. Le SRADDET, approuvé par l'Etat, s'attribue alors une partie du pouvoir central et donne davantage de force à ses objectifs et règles générales.

En échange de cette délégation partielle de son pouvoir, l'Etat s'assure du respect par le projet de SRADDET des « *lois et règlements en vigueur et [des] intérêts nationaux* »¹⁴⁰⁰. Si cette disposition permet de garder une cohérence nationale par exemple en termes de respect des objectifs de la loi de transition énergétique, alors elle ne peut qu'être bénéfique. Mais l'exigence de respect des intérêts nationaux ouvre la porte à des contradictions possibles entre Etat et région dont la mise en œuvre des dispositions du droit de la transition énergétique pourrait payer le prix, connaissant la politique, notamment énergétique, parfois ambivalente de l'Etat français¹⁴⁰¹. De fait, l'Etat n'a déjà pas hésité par le passé à recadrer les débats d'élaboration des SRCAE en précisant que « *des motions générales en faveur de la sortie ou du maintien du nucléaire, ou d'appui général aux énergies renouvelables, ne sont pas appropriées dans le cadre de cet exercice* »¹⁴⁰². Nul doute que le préfet de région saura s'appuyer sur les lois et règlements en vigueur pour rappeler la compétence de l'Etat en ce domaine ou user de la notion très générale d'intérêt national, parfois en opposition avec l'intérêt local¹⁴⁰³. Le législateur avait d'ailleurs insisté sur cette délimitation de compétences dès l'article L. 4251-1 alinéa 7, en précisant que les règles générales décrites par le

¹³⁹⁵ Pierre VILLENEUVE, « De quelques questions environnementales... », *cit.*, juil. 2015, p. 2.

¹³⁹⁶ Bertrand FAURE, « Le leadership régional ... », *cit.*, 2015, p. 1899.

¹³⁹⁷ Etude d'impact du projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, 17 juin 2014, p. 51.

¹³⁹⁸ Bertrand FAURE, « Le leadership régional ... », *cit.*, 2015, p. 1899.

¹³⁹⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰⁰ CGCT, art. L. 4251-7, al. 2.

¹⁴⁰¹ Cf. le II) B) suivant mais également la Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) et chap. 2, section 1, I) B) 1)

b).

¹⁴⁰² Ministère de l'Ecologie, du Développement durable, des Transports et du Logement, « Instruction du Gouvernement du 29 juillet 2011 relative aux schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie », p. 3.

¹⁴⁰³ Cf. Dominique BORDIER, « Les chassés-croisés de l'intérêt local et de l'intérêt national », *AJDA*, 2007, pp. 2188 – 2193.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

SRADDET sont énoncées « *sans méconnaître les compétences de l'Etat et des autres collectivités territoriales* ». L'ADN décentralisateur du droit de la transition énergétique n'est donc pas si pur que nous pourrions l'espérer.

Enfin, une mesure de limitation supplémentaire du pouvoir régional de planification qui nous intéresse est insérée à l'alinéa 8 du même article. Il dispose que, sauf dans le cadre d'une convention spécifique entre la région et une collectivité inférieure, les règles générales des chapitres thématiques du SRADDET « *ne peuvent avoir pour conséquence directe, pour les autres collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, la création ou l'aggravation d'une charge d'investissement ou d'une charge de fonctionnement récurrente* ». Cette limitation pratique, qui n'est pas sans rappeler le principe de la recevabilité financière fixée par l'article 40 de la Constitution¹⁴⁰⁴, interroge notamment sur l'interprétation qui sera donnée au caractère récurrent d'une charge de fonctionnement. Ainsi, l'embauche d'un fonctionnaire contractuel par un EPCI afin d'engager les actions nécessaires à l'application locale du SRADDET ou à la mise en conformité des documents d'urbanisme locaux sera-telle considérée comme une charge ponctuelle ?

S'il apparaît que le leadership régional en matière de planification territoriale n'est finalement pas si étendu qu'il semblait à première vue, l'évocation des relations entre le SRADDET et les documents d'urbanisme locaux amène à se pencher sur l'un des aspects les plus discutés de ce schéma, sa prescriptibilité à géométrie variable.

b) La prescriptibilité à géométrie variable du SRADDET, écueil de la « *schématologie* ».

Avant l'émergence du SRADDET, l'ensemble des documents de planification auxquels il est appelé à se substituer avait une force normative différente sur les documents inférieurs, en particulier ceux régissant l'urbanisme local¹⁴⁰⁵. Par exemple, le SRADT, sa matrice issue de la loi dite Defferre, n'a aucune valeur prescriptive, ce qui en constituait « *l'une des insuffisances majeures* »¹⁴⁰⁶. L'étude d'impact du projet de loi dite NOTR(e) a passé en revue plusieurs options pour le futur SRADDET, d'une absence de force normative à un effet contraignant uniforme, pour finalement arguer qu'une opposabilité à géométrie variable serait la plus à même de répondre aux « *spécificités et aux enjeux de chaque territoire, de distinguer nettement, dans une exigence de clarté et d'intelligibilité de la règle de droit, les dispositions destinées à avoir une valeur prescriptive et celles ayant une opposabilité* ».

¹⁴⁰⁴ Pour plus d'informations sur la mise en œuvre de la recevabilité financière des initiatives parlementaires, cf. Assemblée nationale, « Fiche de synthèse n° 38 : La recevabilité financière des initiatives parlementaires au regard de l'article 40 de la Constitution et des dispositions organiques relatives... », 16 mai 2014, consultée le 23 sept. 2016 [<http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-legislatives/la-recevabilite-financiere-des-initiatives-parlementaires-au-regard-de-l-article-40-de-la-constitution-et-des-dispositions-organiques-relatives-aux-lois-de-finances-et-aux-lois-de-financement-de-la-securite-sociale>].

¹⁴⁰⁵ Etude d'impact du projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, 17 juin 2014, pp. 39 – 41.

¹⁴⁰⁶ *Id.*, p. 42.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

assouplie »¹⁴⁰⁷. Si le choix effectué, inséré et détaillé aux articles L. 4251-2 et -3 du CGCT, est plutôt heureux en termes d'adaptabilité aux particularités locales, la clarté du dispositif risque d'en payer le prix, n'étant pas même le seul schéma de planification à la charge des collectivités territoriales dont la « *compatibilité ascendante ou descendante est variable, contradictoire selon les schémas* »¹⁴⁰⁸. Afin de mieux percevoir le jeu de la prescriptibilité ascendante et descendante du SRADDET, la figure 12 ci-dessous, présente l'ensemble sous forme de tableau, plus clair que la liste à la Prévert que constituerait autrement une présentation linéaire de ces éléments.

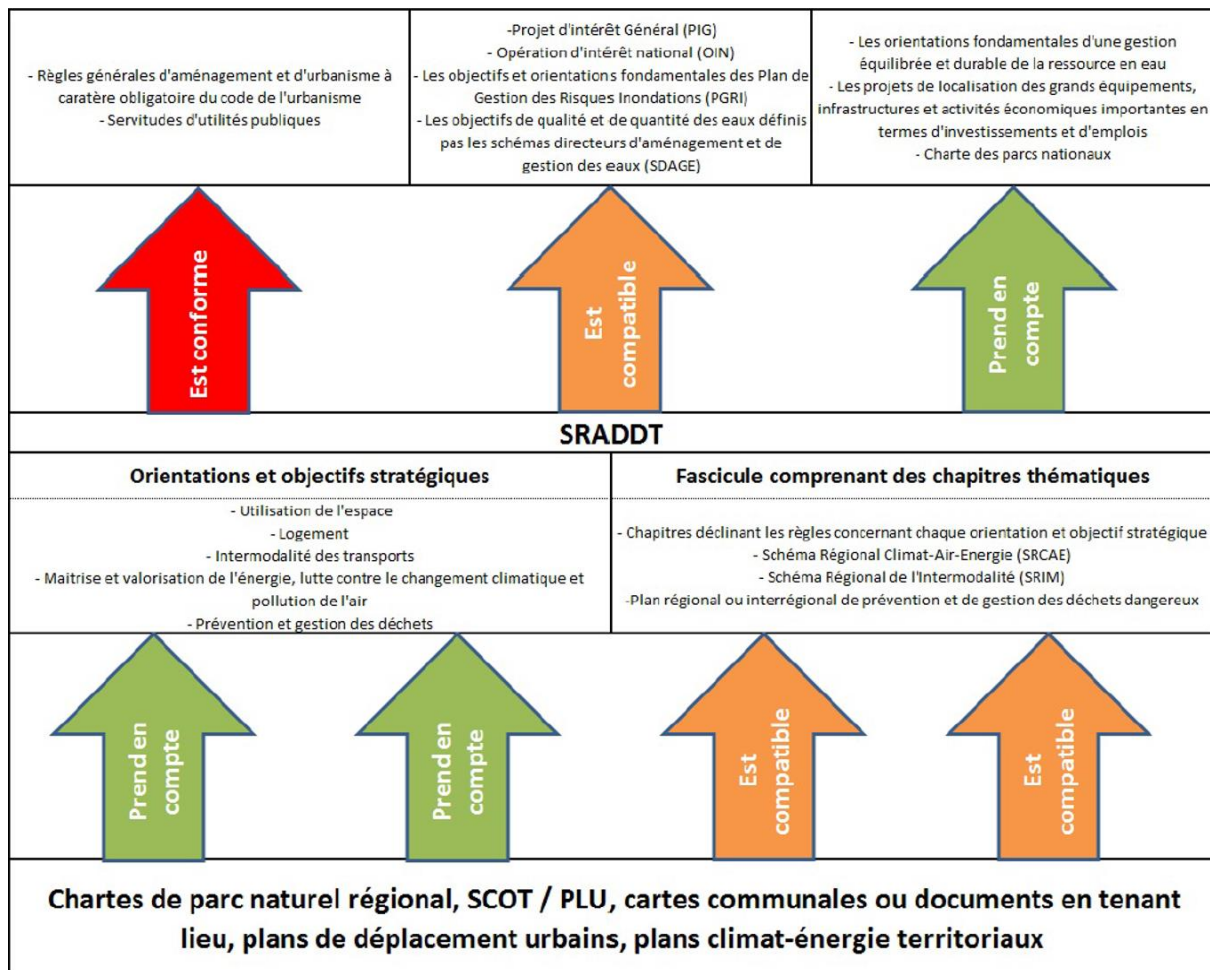


Figure 12 : Effets juridiques du SRADDET. Etude d'impact du projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, 17 juin 2014, annexe n° 3, p. 136.

Un aparté s'impose ici pour apporter quelques spécifications utiles concernant les notions de conformité, compatibilité et prise en compte. En théorie l'opposabilité décroissante de ces trois notions est relativement simple à délimiter (un document conforme doit appliquer précisément la norme supérieure, un document compatible ne doit pas en remettre en cause les choix fondamentaux et enfin un document prenant en compte la norme supérieure peut y déroger à condition de se justifier). En pratique, la définition précise de l'articulation,

¹⁴⁰⁷ *Id.*, p. 49.

¹⁴⁰⁸ Pierre VILLENEUVE, « La planification territoriale de la transition énergétique », *cit.*, 20 jan. 2016, p. 31.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

notamment, entre schémas directeurs et documents d'urbanisme a donné lieu à un important corpus jurisprudentiel et doctrinal¹⁴⁰⁹. Ces questions ne sont pas innocentes en ce qu'elles conduiront à une compétence plus ou moins liée, d'une part des régions pour l'élaboration de leurs SRADDET et d'autre part des collectivités territoriales de rang inférieur pour l'élaboration ou la modification de leurs propres documents de planification. L'ensemble de ces marges de manœuvre aura alors un impact, positif ou négatif, sur la mise en œuvre de la transition énergétique par le biais d'un droit dont la normativité est en jeu.

Maintenant qu'a été étudié le régime de planification régional existant issu du – ou approprié par le – droit de la transition énergétique, il est possible d'entrer dans le détail des nouveaux instruments nationaux de planification et de pilotage de ladite transition.

II. Les imparfaits nouveaux outils de planification et de pilotage de la réduction des émissions de gaz à effet de serre

La tradition de planification étatique est ancienne en France, sans surprise pour un Etat jacobin. Au commencement de la V^e République, elle est célébrée lors de l'allocution du 8 mai 1961 du général de Gaulle. Le plan de modernisation et d'équipement, produit quinquennal du Commissariat général au plan (CGP) établit à l'après-guerre¹⁴¹⁰, est alors qualifié d'« *ardente obligation [...] pour tous les Français* »¹⁴¹¹. À la différence des pays du bloc socialiste, « *le Plan* » n'était qu'une orientation, et non pas un document prescriptif. Au sein du droit de la transition énergétique, la planification tient une place prépondérante. Au niveau décentralisé, comme vu précédemment, mais également et surtout au niveau national. Si elle est sectorielle, la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) n'en n'est pas moins un regroupement élargi de plusieurs anciens documents de planification de l'énergie, les programmations pluriannuelles des investissements (PPI) pour la production électrique, pour la chaleur et dans le secteur du gaz. Cette PPE doit en outre respecter les documents de planification des émissions de gaz à effet de serre que constituent les nouveaux budget carbone et stratégie nationale bas-carbone (SNBC). Or, cette coordination des planifications énergétique et climatique n'est pas anecdotique en ce qu'elle renforce le lien croissant entre les problématiques de l'énergie et de l'environnement. Ce virage à partir d'une vision autrefois centrée sur l'énergie comme enjeu uniquement économique est primordiale dans le contexte de la transition. Les paragraphes qui suivent évoqueront alors ces différents

¹⁴⁰⁹ Cf. par exemple pour une étude de la notion de compatibilité : Jean-Pierre LEBRETON, « La compatibilité en droit de l'urbanisme », *AJDA*, 1991, pp. 491 – 496 ; Tristan POUTHIER, « La réception des chartes des parcs naturels régionaux par le juge de l'urbanisme : sitôt consacrées, sitôt neutralisées », *AJDA*, 2014, pp. 1338 – 1341.

¹⁴¹⁰ Par le décret n° 46-2 du 3 janvier 1946 portant création à la présidence du Gouvernement d'un conseil du plan de modernisation et d'équipement et fixant les attributions du commissaire général du plan.

¹⁴¹¹ « Allocution du 8 mai 1961 », *Ina*, consulté le 27 sept. 2016 [<http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaule00072/allocution-du-8-mai-1961.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

documents, les péripéties de leur élaboration mais surtout leur potentiel rôle dans la transition énergétique.

A) Budgets carbone et stratégie nationale bas-carbone, entre vision de long terme et suivi à court terme

« Plus qu'un changement sémantique, le passage du Plan Climat National à une SNBC et aux budgets carbone révèle également une volonté forte de conduire la politique climatique de la France de manière plus comptable et quantifiable, à l'instar du Royaume-Uni »¹⁴¹².

Ce constat dressé par l'association La Fabrique Ecologique rassure en ce que l'arrivée de ces documents de planification de la réduction des émissions de gaz à effet de serre dans l'ordre normatif ne saurait donc constituer qu'un changement cosmétique. Ainsi qu'il est souligné, la politique climatique de la France nécessite d'être suivie de manière comptable et quantifiable, dit autrement, scientifique et non à coup de slogans. Cependant, et avant que nous présentions le budget carbone ainsi que la SNBC et leurs particularités ou insuffisances, il est à noter que leur premier point commun est d'avoir été publiés en retard de plus d'un mois par rapport à la date fixée dans la loi de transition énergétique¹⁴¹³.

1) Des instruments cherchant à apporter une vision de long terme pour une transition marathon

Si la SNBC « définit la marche à suivre pour réduire nos émissions de gaz à effet de serre [et] fixe le cap pour la mise en œuvre de la transition vers une économie bas-carbone et durable »¹⁴¹⁴, les budgets carbone doivent en permettre le pilotage sur la base de ses résultats quantifiés avec une visibilité suffisante pour pouvoir anticiper les actions à venir. Cette démarche de planification de long terme accompagnée d'un suivi régulier était une nécessité pour une transition qui s'annonce de longue haleine, 2050 n'en constituant qu'un point d'étape¹⁴¹⁵.

a) Le budget carbone, indicateur de suivi des émissions de gaz à effet de serre

Si les arcanes des budgets carbone sont exposés au sein de l'article 173 de la loi de transition énergétique, leur place de choix dans ladite transition est affirmée dès son article 1^{er}. En effet, la nouvelle mouture de l'article L. 100-4, I, 1^o du Code de l'énergie, qui définit les objectifs de la politique énergétique nationale¹⁴¹⁶, dispose que la trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre d'ici à 2050 est précisée dans ces documents. Ils acquièrent donc la

¹⁴¹² Géraud GUIBERT *et al.*, « La transition énergétique au milieu du gué : Analyse de l'avant-projet de loi relatif à la transition énergétique et propositions d'amendements », La Fabrique Ecologique, nov. 2014, p. 14.

¹⁴¹³ Bien que l'article 173 de la loi de transition énergétique requérait une publication « au plus tard le 15 octobre 2015 », le décret n° 2015-1491 relatif aux budgets carbone nationaux et à la stratégie nationale bas-carbone n'a été publié que le 18 novembre 2015.

¹⁴¹⁴ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, Stratégie nationale bas-carbone, 18 nov. 2015, p. 4.

¹⁴¹⁵ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, chapeau.

¹⁴¹⁶ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, I) A) 1) a).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

fonction « *d'indicateurs de suivi* »¹⁴¹⁷ primordiaux de la transition et de sa raison d'être : passer à un système neutre sur le climat. Ils constituent les points de contrôle réguliers des progrès de la SNBC, stratégie globale d'atténuation de notre impact climatique, et par extension du caractère adéquate des dispositions du droit de la transition énergétique, le soumettant à une obligation de résultat.

Selon la définition des budgets carbone fournie par la SNBC 2015-2018 elle-même : « *Il s'agit de plafonds d'émissions de gaz à effet de serre définis de manière à assurer systématiquement une visibilité de plus de dix ans sur la trajectoire de réduction des émissions visée* »¹⁴¹⁸. D'une durée de cinq ans chacun (sauf pour la première version, d'un total de quatre ans), ils permettent de constater à échéances régulières les résultats des actions mises en place et de réorienter ces dernières si nécessaire. La trajectoire et sa répartition par secteurs, détaillée dans la table 3, semble réclamer un effort d'ampleur, surtout concernant les émissions des transports et du secteur résidentiel-tertiaire.

Émissions annuelles moyennes (en Mt CO ₂ eq)	1990	2013	1 ^{er} budget carbone 2015-2018	2 nd budget carbone 2019-2023	3 ^{ème} budget carbone 2024-2028
Transport	121	136	127	110	96
Résidentiel-tertiaire	90	99	76	61	46
Industrie manufacturière	148	88	80	75	68
Industrie de l'énergie	78	57	55	55	55
Agriculture	98	92	86	83	80
<i>Dont N₂O</i>	44	40	37	35	34
<i>Dont CH₄</i>	42	39	38	38	37
Traitement des déchets	17	20	18	15	13
<i>Dont CH₄</i>	14	17	16	12	11
Total d'émissions annuelles moyennes	552	492	442	399	358

*Table 3 : Déclinaison par grands secteurs d'activité des trois premiers budgets carbone.
Stratégie nationale bas-carbone, 18 nov. 2015, p. 115.*

¹⁴¹⁷ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, Stratégie nationale bas-carbone, 18 nov. 2015, p. 18.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Au total, l'effort de chaque budget carbone de seulement cinq ans est comparable à l'effort total réalisé entre 1990 et 2013. Or, si les émissions de l'industrie ou du secteur de l'énergie ont fortement baissé dans ce laps de temps, celles des autres secteurs ont en général augmenté, réduisant d'autant les gains environnementaux.

Néanmoins, il est primordial de relever que pour une partie non négligeable de l'effort de réduction des gaz à effet de serre, c'est le système européen d'échange de quotas d'émissions qui est le premier outil. Mais, connaissant le fiasco complet de ce système de marché sur l'incitation à réduire les émissions depuis 2011, les budgets carbone et surtout la SNBC devront quoi qu'il arrive prendre en compte et prévoir des actions pour ces secteurs (en premier lieu l'industrie fortement émettrice)¹⁴¹⁹.

b) La stratégie nationale bas-carbone, « instrument de cohérence entre la vision de long terme et l'action à mener aujourd'hui »

D'après la SNBC 2015-2018, ce document de planification est en charge de la politique d'atténuation du changement climatique, « *c'est-à-dire la réduction des émissions de gaz à effet de serre et l'augmentation de leur séquestration* »¹⁴²⁰. Il précise également que ce volet est en lien avec la politique d'adaptation « *à savoir l'ajustement des systèmes humains ou naturels au changement de leur environnement provoqué par l'évolution du climat* »¹⁴²¹. Le mal étant déjà en bonne partie irréversible du fait de l'augmentation exponentielle des émissions de gaz à effet de serre durant le XX^e siècle, il est en effet nécessaire de penser non plus à empêcher le changement climatique, mais à en réduire l'ampleur et les conséquences.

La SNBC s'inscrit, ainsi que le relève le professeur Philippe Billet, dans un contexte international et européen poussant à l'adoption de telles stratégies d'atténuation du changement climatique¹⁴²². Dans ce cadre, la SNBC constitue, comme le définit le comité d'experts pour la transition énergétique (CETE), un « *instrument de cohérence entre la vision de long terme et l'action à mener aujourd'hui* »¹⁴²³, qualification que nous pouvons également transposer au droit de la transition énergétique dans son essence et son ensemble.

¹⁴¹⁹ Cf. par exemple, Raphaël TROTIGNON, Boris SOLIER, Christian de PERTHUIS, « Un prix-plancher du carbone pour le secteur électrique : Quelles conséquences ? », Université Paris-Dauphine et CDC Climat, Policy Brief n° 2015-03, nov. 2015, p. 7 : « *à partir de la fin 2011, le prix du carbone en Europe est trop faible pour inciter les producteurs à produire à partir des centrales à gaz plutôt que des centrales au charbon. Il faudrait aujourd'hui un prix supérieur à 30 €/tCO₂ pour que les centrales à gaz commencent à être plus rentables* ».

¹⁴²⁰ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, Stratégie nationale bas-carbone, 18 nov. 2015, p. 24.

¹⁴²¹ Ibid.

¹⁴²² Philippe BILLET, « Transition énergétique et croissance verte : itinéraire et ambitions d'une loi », *cit.*, oct. 2015, pp. 10 – 11. En référence à la décision 1/COP16 de Cancun aux points 6 et 45, pp. 3 et 10 ; et, au Règlement (UE) n° 525/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif à un mécanisme pour la surveillance et la déclaration des émissions de gaz à effet de serre et pour la déclaration, au niveau national et au niveau de l'Union, d'autres informations ayant trait au changement climatique et abrogeant la décision n° 280/2004/CE.

¹⁴²³ CETE, « Avis du comité d'experts pour la transition énergétique sur la stratégie nationale bas-carbone (SNBC) », 16 oct. 2015, p. 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

C'est cette fonction de lien temporel qui permet de dispenser des orientations d'ici au milieu du siècle appuyées sur des actions contemporaines. Partant, si l'on se réfère aux recommandations sectorielles concernant la production d'énergie, la cible de réduction des émissions liées est de les réduire de 96% d'ici à 2050 par rapport à 1990, soit d'un facteur 20. Cela se traduirait par « *une décarbonation radicale du mix énergétique* »¹⁴²⁴. Afin d'atteindre cet objectif réellement ambitieux, la SNBC souhaite notamment s'appuyer sur la maîtrise des investissements dans les centrales thermiques fossiles et l'amélioration de la flexibilité du réseau afin d'intégrer les énergies renouvelables *via* le développement du stockage de l'énergie hydroélectrique, les réseaux intelligents, le stockage d'électricité, le transfert entre systèmes énergétiques (*power-to-gas* par exemple) et enfin de développer les interconnexions électriques avec les pays voisins¹⁴²⁵. Si certaines de ces mesures sont déjà mises en place actuellement (telles le stockage hydroélectrique par les stations de pompage-turbinage), certaines autres options constituent encore pour le moment un pari (la capture et le stockage de carbone nécessaire pour toute nouvelle autorisation de centrale thermique reste encore une technologie à l'état de projet).

À la lecture de ses dispositions fondatrices¹⁴²⁶, il ressort que la stratégie nationale de développement à faible intensité de carbone (selon son appellation dans l'article L. 222.1 B, I du Code l'énergie) lie fortement la réduction des émissions de gaz à effet de serre aux aspects économiques. Il en est ainsi des « *conditions soutenables sur le plan économique à moyen et long termes* »¹⁴²⁷ et de la définition d'un « *cadre économique de long terme* »¹⁴²⁸. Bien qu'il soit regrettable que ne soit pas mentionnée la prise en compte des impacts sociaux des mesures d'atténuation du changement climatique par exemple¹⁴²⁹, l'attention toute particulière portée au contenu carbone des importations et exportations est un point positif¹⁴³⁰. En effet, si elle part de la volonté d'éviter les « *fuites de carbone* » ou dit plus simplement, les décentralisations synonymes de pertes d'emplois, elle permet également de prendre en compte l'ensemble des émissions de gaz à effet de serre causées par la consommation de biens en France, et non seulement les émissions des seuls biens produits sur le territoire français.

Ces documents semblent donc être porteurs d'une vision de long terme plus que nécessaire à la transition énergétique et à la lutte contre le changement climatique, ce qui est assez rassurant et encourageant quant aux outils auxquels le droit de la transition énergétique peut donner jour. Toutefois, ces documents de planification souffrent d'une logique purement descendante « *contradictoire avec la logique décentralisée qui est une des conditions de la*

¹⁴²⁴ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, Stratégie nationale bas-carbone, 18 nov. 2015, p. 108.

¹⁴²⁵ *Id.*, pp. 109 – 110. Sur ces sujets, cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 2.

¹⁴²⁶ Détaillées au sein de l'article 173 de la loi de transition énergétique, à l'instar des budgets carbone.

¹⁴²⁷ C. Ener., L. 222-1 B. I.

¹⁴²⁸ C. Ener., L. 222-1 B. II, al. 3.

¹⁴²⁹ Cf. sur les notions de justice climatique et énergétique, Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, II).

¹⁴³⁰ C. Ener., L. 222-1 B. I et II, al. 3.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

réussite de la transition énergétique »¹⁴³¹. C'est l'une des critiques ou mises en perspectives dont feront l'objet ces documents dans les paragraphes qui suivent.

2) Des instruments modérément prescriptifs et nécessitant un contrôle périodique resserré

Afin de pouvoir mesurer le poids des budgets carbone et de la SNBC, il est nécessaire d'analyser leur valeur normative, à l'image de ce qui a été fait concernant le SRADDET. De plus, les modalités de contrôle, tant avant l'adoption que durant la vie de ces documents sont de la première importance sachant que la version proposée par le Gouvernement laisse parfois à désirer.

a) Des instruments modérément prescriptifs

À la lecture de l'article L. 222-1 B, III du Code de l'énergie : « *L'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics respectifs prennent en compte la stratégie bas-carbone dans leurs documents de planification et de programmation qui ont des incidences significatives sur les émissions de gaz à effet de serre* ». La SNBC constitue donc un document national de planification opposable aux documents de planification locaux concernés par les émissions de gaz à effet de serre (notamment SRCAE puis SRADDET). Elle s'impose également à un document de planification national sectoriel : la stratégie nationale de la recherche énergétique¹⁴³². Le choix de la prise en compte semble convenir à la logique d'un outil national orientant des documents locaux plus à même de traiter leurs problématiques particulières, soulignant par la même occasion la volonté de s'inspirer du principe de subsidiarité dans les relations entre les différents documents de planification nationaux et régionaux par le droit de la transition énergétique. Bien évidemment, il est à espérer que la capacité de dérogation possible des documents applicateurs envers le document supérieur soit utilisée pour aller plus loin dans la lutte contre le changement climatique et non pour en diluer les objectifs¹⁴³³.

Si par déduction, les acteurs privés ne sont pas concernés par le respect de la SNBC, la stratégie de 2015 prend soin de relever qu'« *indirectement elle concerne bien toutes les entreprises et tous les citoyens* »¹⁴³⁴. Et effectivement, par ricochet, l'ensemble de la société devra se conformer aux réglementations et décisions prises à l'appui de la SNBC et des documents de planification locaux sur le sujet. La loi de transition énergétique a également pris soin de prévoir que « *le niveau de soutien financier des projets publics intègre, systématiquement et parmi d'autres critères, le critère de contribution à la réduction des émissions de gaz à effet de serre* »¹⁴³⁵. Au vu du décret d'application de cette disposition, pris le 3 mai 2017, le nouvel article D. 222-1-G du Code de l'environnement prévoit la prise en compte large de ces émissions, du berceau à la tombe, et incluant les émissions cachées

¹⁴³¹ Géraud GUIBERT *et al.*, « La transition énergétique au milieu du gué ... », *cit.*, nov. 2014, pp. 39 – 40.

¹⁴³² C. Ener., L. 144-1, en application de l'article 183 de la loi de transition énergétique.

¹⁴³³ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, I) B) 2) b) concernant la force de la notion de prise en compte.

¹⁴³⁴ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, Stratégie nationale bas-carbone, 18 nov. 2015, p. 24.

¹⁴³⁵ C. Ener. L. 222-1 B, III, al. 2, issu de l'article 173 de la loi.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

causées par l'artificialisation des sols¹⁴³⁶. La sphère privée sera donc d'un côté entraînée dans le respect de la SNBC *via* les outils réglementaires classiques mais aussi incitée financièrement par les contrats publics.

En revanche, l'opposabilité modérée de la SNBC monte d'un cran lorsqu'il s'agit de la thématique énergétique. Ainsi, l'article L. 141-1 du Code l'énergie exige que la PPE soit compatible avec les budgets carbone et la SNBC. Cette mesure souligne le caractère primordial de l'énergie (de sa production à sa consommation, en passant par son transport et sa distribution) dans l'accomplissement des objectifs de réduction de gaz à effet de serre de la France¹⁴³⁷. Cet accroissement de la force normative des documents nationaux de planification de la réduction des émissions de gaz à effet de serre sur la PPE est le bienvenu, devant offrir une meilleure cohérence des outils de pilotage de la transition énergétique au niveau étatique.

Nonobstant, les lignes qui succèdent vont mettre en lumière que pour le moment, ce n'est pas l'opposabilité de la SNBC et des budgets carbone qui a produit des effets, mais plutôt le contrôle de l'élaboration et de la mise en œuvre de ces documents stratégiques.

b) Des instruments nécessitant un contrôle périodique resserré

Avant d'étudier le contrôle périodique du respect des budgets carbone et de la SNBC, il est essentiel d'étudier les modalités de contrôle de leur conception. Contrôler l'application de documents qui seraient en effet trop lâches ne serait pas d'une grande utilité.

Les instances chargées de rendre un avis à propos de ces outils de planification sont celles dont l'action a déjà été évoquée au chapitre précédent de cette thèse¹⁴³⁸. En effet, si l'article 173 de la loi de transition énergétique prévoit explicitement que le Conseil national de la transition écologique (CNTE) et le comité d'experts pour la transition énergétique (CETE) rendent un avis sur les projets de budget carbone et de SNBC¹⁴³⁹, les visas du décret relatif à ces documents précisent que le Conseil national d'évaluation des normes (CNEN) a aussi fait l'objet d'une saisine pour avis¹⁴⁴⁰.

En l'occurrence, le CNEN a rendu un avis positif¹⁴⁴¹ mais aucun détail de sa délibération n'a été publié, à la différence de celles du CNTE et du CETE. Pour sa part, l'avis du CNTE est symptomatique de son mode de fonctionnement, fondé sur des collèges souvent en désaccords entre secteurs économiques et associations de protection de l'environnement. Ainsi, la délibération use de son vocable caractéristique dans ces circonstances, à savoir que

¹⁴³⁶ Décret n° 2017-725 du 3 mai 2017 relatif aux principes et modalités de calcul des émissions de gaz à effet de serre des projets publics, art. 1.

¹⁴³⁷ En avril 2013, l'utilisation de l'énergie représentait 69,4% des émissions de gaz à effet de serre en France. Ministère de l'Environnement, de l'Énergie et de la Mer, « Émissions de gaz à effet de serre (Europe, France) », « Émissions de la France », « Répartition des émissions de la France par sources », 24 nov. 2015, consulté le 29 sept. 2016 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Emissions-de-la-France,33791.html>].

¹⁴³⁸ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1.

¹⁴³⁹ Codifié à l'article L. 222-1 D, III du Code de l'énergie.

¹⁴⁴⁰ Décret n° 2015-1491 du 18 novembre 2015 relatif aux budgets carbone nationaux et à la stratégie nationale bas-carbone.

¹⁴⁴¹ CNEN, séance du 10 sept. 2015, délibération n° 15-09-10-00448, p. 36.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

« *certaines membres* » sont en désaccord avec leurs collègues, notamment concernant la neutralité de la recherche¹⁴⁴², la capture et le stockage du carbone pour les centrales fossiles¹⁴⁴³ ou le coût du nucléaire¹⁴⁴⁴. Cependant, en ce qui concerne l'analyse des budgets carbone, l'ensemble du CNTE s'est mis d'accord pour « *noter le niveau retenu* »¹⁴⁴⁵, ce qui ne constitue pourtant ni une approbation explicite ni une désapprobation desdits budgets. S'agissant de l'un des nouveaux outils importants de la transition énergétique, cette neutralité sémantique déçoit. Le CNTE trouve en réalité son utilité lorsqu'il s'agit d'émettre des critiques concernant certaines politiques consensuelles d'ordre économique ou social. C'est le cas pour sa réflexion sur le rôle de l'Etat actionnaire dans les entreprises au sein desquelles il est présent¹⁴⁴⁶ ou lorsque le conseil estime que la SNBC doit « *inciter à la relocalisation des productions au plus près des lieux de consommation* »¹⁴⁴⁷. Ce dernier exemple regroupe ainsi un souci économique et social (celui des délocalisations) avec un souci environnemental (les émissions des transports dans une économie mondialisée). Nonobstant, si la réflexion est intéressante et traite d'une problématique réelle, le CNTE se garde bien d'expliquer de quelle manière la stratégie pourrait remplir ce but. Ce débat se conclurait certainement par une nouvelle ligne de fragmentation au sein du conseil.

L'avis du CETE, pour sa part, se révèle beaucoup plus critique et par là même, utile. Bien évidemment, le second avis rendu par le CETE depuis sa mise en place deux jours auparavant¹⁴⁴⁸ était attendu sur les aspects techniques afin d'éclairer la pertinence scientifique de la SNBC et de ses budgets carbone. Or, c'est davantage sur la méthode qu'il s'est exprimé, de manière fort constructive. Ainsi, sur le très important travail de scénarisation à l'origine des budgets carbone, le comité estime que cet exercice d'anticipation doit avoir pour objectif l'année 2050 et non 2030¹⁴⁴⁹ et que la SNBC doit expliciter et motiver les choix qui ont sous-tendu la scénarisation utilisée¹⁴⁵⁰. Le scénario utilisé repose sur celui de l'ADEME baptisé AMS2 et a été priorisé par les rédacteurs de la SNBC sans justification aucune alors que le DNTE avait été l'occasion de comparer plusieurs scénarios aux résultats fort différents et ainsi de faire ressortir différentes options¹⁴⁵¹. Or, dans la version finale de la SNBC, le scénario AMS2 est directement et sans prolégomènes qualifié de « *scénario de*

¹⁴⁴² CNTE, « délibération n°2015-02 : avis sur le projet de stratégie nationale bas-carbone (SNBC) et les projets de budgets carbone », 23 sept. 2015, p. 3, pt. 16.

¹⁴⁴³ *Id.*, p. 9, pt. 61.

¹⁴⁴⁴ *Id.*, p. 10, pt. 72.

¹⁴⁴⁵ *Id.*, p. 10, pt. 69.

¹⁴⁴⁶ *Id.*, p. 4, pt. 23.

¹⁴⁴⁷ *Id.*, p. 2, pt. 9.

¹⁴⁴⁸ Le CETE, instauré par le décret n° 2015-1222 du 2 octobre 2015 relatif au comité d'experts pour la transition énergétique, voit ses membres nommés par l'arrêté du 5 octobre 2015 portant nomination des membres du comité d'experts pour la transition énergétique et il est mis en place le 14 octobre 2015. Il rendra son avis sur la SNBC le 16 octobre 2015. Cf. Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, « Le Comité d'experts pour la transition énergétique », 19 sept. 2016, consulté le 29 sept. 2016 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Le-Comite-d-experts-pour-la.html>].

¹⁴⁴⁹ CETE, « Avis du comité d'experts pour la transition énergétique sur la stratégie nationale bas-carbone (SNBC) », 16 oct. 2016, p. 2, pt. 2.

¹⁴⁵⁰ *Id.*, pt. 3.

¹⁴⁵¹ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, II) B) 2) a).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

référence »¹⁴⁵², alors que ce scénario ne permet par exemple pas d'atteindre l'objectif de la part d'énergies renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie d'ici 2020¹⁴⁵³. Sur ce point, le CETE recommande de travailler sur « *plusieurs scénarios d'atteinte des objectifs de la loi, en réalisant des variantes et analyses de sensibilité, puis motiver les choix qui seront faits pour définir les orientations sectorielles et les budgets retenus* »¹⁴⁵⁴. En somme, il conseille de suivre une démarche logique et scientifique pour prouver que le scénario retenu est le plus approprié pour respecter la loi. Il fournit d'ailleurs dans sa délibération un plan de rédaction de la SNBC afin de traiter l'ensemble des sujets de manière claire et appropriée¹⁴⁵⁵. Et de manière *a priori* surprenante pour un comité d'experts, il recommande « *d'avoir moins d'indicateurs chiffrés, mais complétés par un petit nombre d'analyses qualitatives menées par des spécialistes de chaque domaine pour comprendre ce qui s'est vraiment passé depuis la SNBC précédente* »¹⁴⁵⁶. Une démarche qui devrait rendre accessible à tous ce type de document et éviter en partie le risque d'instrumentalisation des chiffres.

Enfin, le CETE ne se cantonne pas qu'aux critiques de méthode sur les données chiffrées et la rédaction du document, il relève également des problématiques de justice sociale¹⁴⁵⁷ et appelle au développement d'une « *culture énergétique* » massive, volontaire et transparente à destination du public¹⁴⁵⁸. Tout le contraire des décennies passées de la politique énergétique française.

Au final, le CETE rend une copie très développée et étayée avec des critiques tant techniques sur les indicateurs que sur des aspects sociétaux. Son utilité est ici de nouveau prouvée (à la différence du CNTE, à l'apport plus contestable) et c'est pour cette raison que le suivi de la SNBC et des budgets carbone doit faire appel à son analyse. Bien que son intervention soit d'ores et déjà prévue par l'article 173 de la loi de transition énergétique à l'appui du renouvellement de ces outils de planification¹⁴⁵⁹, seule la SNBC prévoit de l'associer « *à la revue annuelle de mise en œuvre* »¹⁴⁶⁰. La stratégie prévoit également de proposer au CNTE des « *points d'information à un rythme bisannuel* »¹⁴⁶¹. Or, vu l'intérêt démontré des avis du CETE et l'intérêt partiel mais positif de ceux du CNTE, il semblerait que ce dispositif doive être ancré dans l'ordre normatif afin qu'il ait plus de chances de perdurer.

¹⁴⁵² Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, Stratégie nationale bas-carbone, 18 nov. 2015, p. 116.

¹⁴⁵³ Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, « Scénarios prospectifs Energie – Climat – Air pour la France à l'horizon 2035 », sept. 2015, p. 18.

¹⁴⁵⁴ CETE, « Avis du comité d'experts pour la transition énergétique sur la stratégie nationale bas-carbone (SNBC) », 16 oct. 2016, p. 2, pt. 3.

¹⁴⁵⁵ *Id.*, pp. 4, 7 et 11.

¹⁴⁵⁶ *Id.*, p. 11, pt. 1.

¹⁴⁵⁷ *Id.*, p. 8, §1. Que nous pouvons raccrocher aux propos des dernières pages de la thèse, *cf.* Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, II) B).

¹⁴⁵⁸ *Id.*, p. 10, D/ pt 1.

¹⁴⁵⁹ Codifié à l'article L. 222-1 D du Code de l'énergie.

¹⁴⁶⁰ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, Stratégie nationale bas-carbone, 18 nov. 2015, p. 118.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Enfin, tant le CNTE que le CETE appellent à l'association des régions ou acteurs locaux dans la révision des documents stratégiques et l'élaboration des prochaines périodes quinquennales¹⁴⁶². Cette remarque vient confirmer le manque d'intégration des échelons territoriaux à l'élaboration de cette stratégie nationale, comme dénoncée notamment par La Fabrique Ecologique¹⁴⁶³.

Il ressort de ces développements que l'écosystème de mise en œuvre du droit de la transition énergétique créé par ses soins a d'ores et déjà fait ses preuves en n'hésitant pas, au moins pour le CETE, à rappeler à l'ordre les auteurs des documents de planification nationaux (concrètement les ministères compétents) lorsqu'ils ont tenté de diluer leur portée en utilisant un scénario inadapté.

Enfin, il apparaît que les budgets carbone et la SNBC constituent des outils prometteurs mais dont certains défauts, notamment de conception, doivent être réglés. Ils constituent néanmoins la base de la réflexion menée postérieurement pour l'élaboration de la programmation pluriannuelle de l'énergie, objet des lignes qui suivent.

B) La programmation pluriannuelle de l'énergie, bras armé du droit de la transition énergétique, nœud du problème

A l'instar de la SNBC et des budgets carbone dont la PPE est le bras armé en matière énergétique, cette dernière est marquée par son adoption retardée. Mais cette fois-ci, de manière beaucoup plus importante – et inquiétante. En effet, alors que la première réunion de travail a eu lieu le 9 mars 2015 avec l'objectif d'achever le document pour la fin de l'année¹⁴⁶⁴, ainsi que le prescrivait alors le projet de loi de transition énergétique, le projet de programmation a vécu de multiples reports. Ceux-ci ont été entérinés par la modification de l'article 49 du projet de loi de transition énergétique afin de permettre que seules soient entamées les consultations avant le 31 décembre 2015¹⁴⁶⁵. Au final, la PPE sera adoptée le 27 octobre 2016¹⁴⁶⁶, soit plus d'un an après l'adoption de la loi de transition énergétique et au prix de nombreuses critiques. Se pose alors la question de savoir comment cet outil qui devait engager un changement de paradigme de la politique énergétique française s'est retrouvé ainsi ballotté par des eaux furieuses pour ressortir amoindri du fait d'arbitrages contestables.

¹⁴⁶² CNTE, « délibération n° 2015-02 : avis sur le projet de stratégie nationale bas-carbone (SNBC) et les projets de budgets carbone », 23 sept. 2015, p. 1, pt. 3 ; CETE, « Avis du comité d'experts pour la transition énergétique sur la stratégie nationale bas-carbone (SNBC) », 16 oct. 2016, p. 2, §1.

¹⁴⁶³ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II) A) 1) b).

¹⁴⁶⁴ Julian SCHORPP, « Transition énergétique : boucler la PPE en quelques mois s'annonce difficile », *Contexte*, 11 mars 2015, consulté le 12 mars 2016 [https://www.contexte.com/article/energie/transition-energetique-le-baclage-de-la-ppe-en-quelques-mois-face-a-des-difficultes_27779.html].

¹⁴⁶⁵ L'amendement n° 295 est adopté au Sénat le 10 juillet 2015 [http://www.senat.fr/amendements/2014-2015/530/Amdt_295.html].

¹⁴⁶⁶ Cf. Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- 1) La programmation pluriannuelle de l'énergie, outil d'un changement de paradigme de la politique énergétique française ?

D'après le CETE, la PPE, en remplaçant les anciennes programmations pluriannuelles des investissements (PPI) sectorielles, constitue « *un document plus intégrateur de l'ensemble du champ de l'énergie, dans l'objectif d'impulser, d'orienter et d'accompagner la transition énergétique* »¹⁴⁶⁷. La synthèse de la PPE s'auto-qualifie quant à elle de « *schéma directeur établissant les priorités d'action, [et donnant] de la lisibilité à l'ensemble des citoyens et des acteurs économiques* »¹⁴⁶⁸. Il semble donc que la PPE traduise un changement de démarche dans les modalités de mise en œuvre de la politique énergétique française.

- a) La programmation pluriannuelle de l'énergie, outil de pilotage du mix énergétique au centre d'une galaxie de documents de planification

La PPE, ainsi que définie par l'article 176 de la loi de transition énergétique¹⁴⁶⁹, « *établit les priorités d'action des pouvoirs publics pour la gestion de l'ensemble des formes d'énergie sur le territoire métropolitain continental afin d'atteindre les objectifs* » de la politique énergétique française. Cette disposition exige qu'elle soit compatible avec les budgets carbone et la SNBC.

Afin de définir l'évolution du mix énergétique pour les périodes de cinq ans calquées sur le rythme de la SNBC, la PPE se fonde alors sur des scénarios de consommation énergétique qui tiennent compte de l'évolution démographique, de la balance commerciale et de l'efficacité énergétique¹⁴⁷⁰. Cet aspect est fondamental pour l'électricité, car le réseau électrique devant être constamment à l'équilibre, ce sont les besoins et leur estimation future qui pilotent la production¹⁴⁷¹. Sur ce fondement, la PPE traite des mesures à prendre en matière de sécurité d'approvisionnement, d'économies d'énergie, de développement des énergies renouvelables, des réseaux et du stockage, entre autres sujets¹⁴⁷². L'ensemble de ces actions doit entrer dans une « *enveloppe maximale indicative des ressources publiques de l'Etat et de ses établissements publics mobilisées pour les atteindre* »¹⁴⁷³. Ce point touche aux débats essentiels des moyens à disposition de la transition énergétique et de son coût¹⁴⁷⁴. C'est d'ailleurs pour cela que la PPE « *comporte une étude d'impact qui évalue notamment l'impact économique, social et environnemental de la programmation* »¹⁴⁷⁵.

La PPE doit donc en principe être assez large et bâtie sur des éléments vérifiables afin de donner une vision d'ensemble de la manière par laquelle la France compte réduire ses

¹⁴⁶⁷ CETE, « Avis du comité d'experts pour la transition énergétique sur la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) », 30 juil. 2016, p. 3, pt. 1.

¹⁴⁶⁸ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Synthèse, 27 oct. 2016, p. 3.

¹⁴⁶⁹ Codifié à l'article L. 141-1 du Code l'énergie.

¹⁴⁷⁰ C. Ener., art. L. 141-2.

¹⁴⁷¹ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, Section 1, II) B) 2) b).

¹⁴⁷² Ibid.

¹⁴⁷³ C. Ener., art. L. 141-3, al. 2.

¹⁴⁷⁴ Points qui seront abordés plus avant, cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, II) A) 2) et titre 2, chap. 1, section 1, I) A).

¹⁴⁷⁵ Id., al. 4.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

émissions de CO₂ *via* ses choix énergétiques. Une fois ces choix faits, la PPE peut s'insérer dans la galaxie des documents de planification régionaux et nationaux, ainsi que le montre la figure 13.

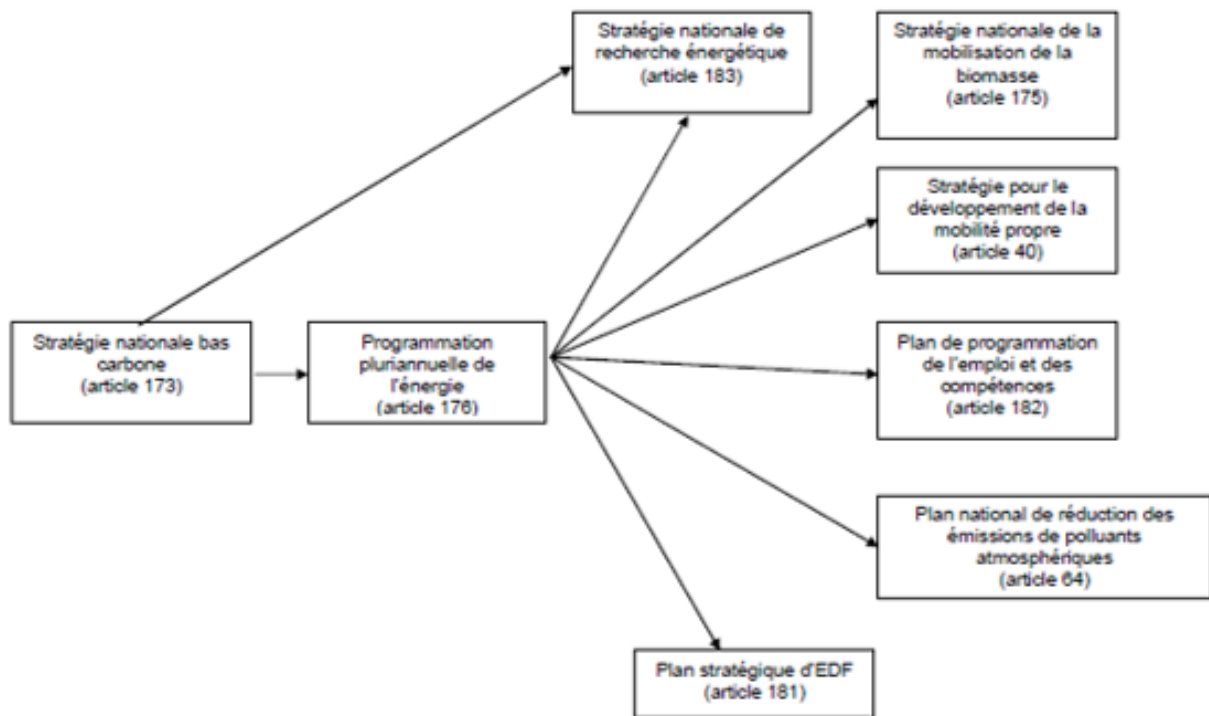


Figure 13 : Articulation de la PPE avec d'autres documents de planification.

Cadre de la mise en œuvre de la programmation pluriannuelle de l'énergie, 2016, p. 4.

Les différents documents subordonnés à l'adoption de la PPE s'inscrivent dans un rapport de prescriptibilité variable en lien avec la PPE, dont sont développés quelques exemples dans les lignes qui suivent. Premièrement, la stratégie nationale de la recherche énergétique doit prendre en compte la SNBC et la PPE¹⁴⁷⁶. Deuxièmement, rien n'est dit sur l'exact niveau de respect de la PPE par la stratégie pour le développement de la mobilité propre. Mais sachant qu'elle constitue un volet annexé de la PPE¹⁴⁷⁷, nous en déduisons que le lien est fort. Troisièmement, la stratégie nationale de mobilisation de la biomasse est liée par la lettre de son décret d'application à la PPE. Effectivement, afin d'élaborer l'estimation des ressources disponibles et utilisées de biomasse, elle « reprend » la programmation¹⁴⁷⁸, ce qui peut s'entendre par un lien de conformité. Elle est également calquée sur les échéances de la PPE et révisée dans l'année qui suit chaque nouvelle mouture de la programmation¹⁴⁷⁹. Quatrièmement, le plan stratégique de « [t]out exploitant produisant plus du tiers de la production nationale d'électricité » (concrètement, EDF) doit « respecter les objectifs de [...]

¹⁴⁷⁶ Art. 183 de la loi de transition énergétique, codifié à l'art. L. 144-1 du Code de l'énergie.

¹⁴⁷⁷ Art. 40 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

¹⁴⁷⁸ Art. 1^{er} du décret n° 2016-1134 du 19 août 2016 relatif à la stratégie nationale de mobilisation de la biomasse et aux schémas régionaux biomasse, codifié à l'art. D. 211-3, 3°, al. 2 du Code de l'énergie.

¹⁴⁷⁹ *Id.*, art. D. 211-1, al. 1 et D. 211-2, al. 2 du Code de l'énergie.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

diversification de la production d'électricité »¹⁴⁸⁰. Ce plan revêt une importance particulière quant à l'évolution du parc de production électrique nucléaire en France¹⁴⁸¹ et son rapport de soumission à la PPE peut être entendu comme étant celui de la compatibilité. Il doit en effet atteindre les objectifs de celle-ci mais il semble libre d'en trouver les moyens.

En ce qui concerne les relations entre la PPE et les documents régionaux, de manière intéressante, le volet développement des énergies renouvelables de la PPE tient compte du zonage territorial effectué au sein des SRCAE¹⁴⁸² et donc au fur et à mesure des SRADDET. Partant, les SRCAE et bientôt SRADDET se situent en parallèle de la PPE et non en dessous de celle-ci. Ils peuvent même être considérés comme de rang légèrement supérieur en ce qu'ils ne doivent que prendre en compte la SNBC quand la PPE doit être compatible avec elle¹⁴⁸³. Dans les faits, la PPE elle-même évoque des apports mutuels avec les SRCAE/SRADDET, sans toutefois admettre de lien juridique¹⁴⁸⁴. En tout état de cause, et à raison, le CNTE a d'ores et déjà demandé que la cohérence des objectifs entre ces documents de différents niveaux soit assurée.¹⁴⁸⁵

Il ressort dès lors de ces différents éléments que la PPE fait figure de nouveau document véritablement central dans le pilotage national de la transition énergétique, ainsi placé par le droit de la transition énergétique au milieu d'une variété d'autres documents de planification concernant différentes échelles de territoires et différents secteurs.

b) La programmation pluriannuelle de l'énergie, fruit d'une co-construction imparfaite ?

La PPE étant l'un des documents-phares de la loi de transition énergétique, il s'imposait qu'elle soit adoptée au terme d'un processus dit de co-construction tel que celui qui a tenté de marquer l'émergence de la transition énergétique depuis les conférences environnementales¹⁴⁸⁶.

Cependant, dès le commencement, la co-élaboration de la PPE souffre d'un vice de construction important. Elle est élaborée en parallèle mais indépendamment de la SNBC qu'elle est censée appliquer. Les ateliers thématiques de la direction générale de l'énergie et du climat (DGEC) regroupant les acteurs professionnels et les associations ont en effet lieu de mars à mai 2015, alors que « *les contours de la SBC ne seront pas connus avant le mois de mai* »¹⁴⁸⁷. Cette élaboration en silos ne permet pas de prendre en compte le texte supérieur à la PPE dès le début et en vicie la construction participative par manque d'information,

¹⁴⁸⁰ Art. 187 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, codifié à l'art. L. 311-5-7 du Code l'énergie.

¹⁴⁸¹ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, I) B) 1) a).

¹⁴⁸² Art. 176 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, codifié à l'art. L. 141-3, al. 3 du Code l'énergie.

¹⁴⁸³ CGCT, art. L.4251-2, 3° quant aux SRADDET et C. Ener., L. 141-1 quant à la PPE.

¹⁴⁸⁴ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Cadre de la mise en œuvre de la programmation pluriannuelle de l'énergie, 27 oct. 2016, p. 5.

¹⁴⁸⁵ CNTE, « délibération n° 2016-07 : avis sur le projet de programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) », 9 sept. 2016, p. 9, pt. 61.

¹⁴⁸⁶ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1.

¹⁴⁸⁷ Julian SCHORPP, « Transition énergétique : boucler la PPE ... », *cit.*, 11 mars 2015.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

d'autant que « *les acteurs qui suivent les travaux sur les deux textes ne sont pas exactement les mêmes* »¹⁴⁸⁸. De plus, il est reproché à la DGEC, supposément pilote des ateliers, de n'avoir point joué son rôle et de se contenter de laisser les parties prenantes exposer leurs vues sans pour autant définir clairement certains aspects clés comme le scénario de demande énergétique retenu ou préférentiel¹⁴⁸⁹. Egalement, bémol important à ce processus dit de co-construction, aucun atelier n'est réservé au sujet pourtant épineux du nucléaire¹⁴⁹⁰ et la réunion sur le thème du mix énergétique ne le mentionnera même pas¹⁴⁹¹.

Ensuite, concernant les avis requis sur le projet de PPE, cette ébauche de texte bénéficie des apports de nombreuses parties prenantes. En principe, l'élaboration de la PPE réclame la soumission à six comités, conseils et autorités ainsi qu'au public. Néanmoins, si le CNTE et le CETE¹⁴⁹², le CSE, l'autorité environnementale, le comité de gestion des charges de service public de l'électricité (CGCSPE) et le comité du système de distribution publique d'électricité (CSDPE) ont à rendre un avis, ce dernier n'y est pas tenu lors de l'élaboration de la première PPE¹⁴⁹³. Concernant les autres instances, leur avis est mentionné aux visas du décret 2016-1442, à l'exception de celui du CGCSPE. Pourtant, ce comité, créé par la loi de transition énergétique¹⁴⁹⁴ et instauré par un décret du 16 mars 2016¹⁴⁹⁵, doit rendre un avis sur le volet de l'étude d'impact économique et social du projet de PPE « *consacré aux charges couvertes par la contribution au service public de l'électricité* »¹⁴⁹⁶. Sachant que cet avis n'est pas mentionné aux visas du décret évoqué ci-dessus et que bien qu'il doive être rendu public¹⁴⁹⁷, il s'avère introuvable, il semble donc que la PPE risque l'annulation dans le cas où elle serait déférée devant le juge administratif¹⁴⁹⁸.

Une fois ces avis rendus, la préoccupation qui émerge logiquement est de savoir dans quelle mesure ils sont pris en compte. De l'ensemble des avis rendus, c'est celui de l'autorité environnementale qui permet le plus facilement de vérifier cette prise en compte, étant donné qu'il a fait l'objet d'une note d'information en réponse par le ministère de l'Environnement. Or, force est de constater que sur certains de ses éléments essentiels, le projet de PPE est insatisfaisant et surtout que sa version post-avis n'apporte que des changements cosmétiques. Il en va ainsi des scénarios de demande pour lesquels la prise en compte de l'avis de

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*

¹⁴⁸⁹ Julian SCHORPP, « La PPE, heure de vérité pour la transition énergétique ? », *Contexte*, 4 juin 2015, consulté le 12 mars 2016 [https://www.contexte.com/article/programmation-pluriannuelle-de-lenergie-ppe/la-ppe-heure-de-verite-pour-la-transition-energetique_28920.html].

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*

¹⁴⁹¹ Julian SCHORPP, « PPE : les parties prenantes toujours en attente des arbitrages du gouvernement », *Contexte*, 24 juin 2015, consulté le 12 mars 2016 [https://www.contexte.com/article/energie/ppe-les-parties-prenantes-toujours-en-attente-des-arbitrages-du-gouvernement_29320.html].

¹⁴⁹² En vertu de l'article L. 141-4, III, al. 1 du Code de l'énergie.

¹⁴⁹³ *C. Ener.*, L. 141-4, III, al. 2.

¹⁴⁹⁴ En son article 178, codifié à l'article L. 121-28-1 du Code de l'énergie.

¹⁴⁹⁵ Décret n° 2016-310 du 16 mars 2016 relatif au comité de gestion des charges de service public de l'électricité.

¹⁴⁹⁶ *C. Ener.*, art. L. 141-3, al. 4.

¹⁴⁹⁷ *C. Ener.*, art. D. 121-39, al. 2.

¹⁴⁹⁸ En application de la jurisprudence CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthy*, n° 335033.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

l'autorité environnementale a consisté à changer leurs noms¹⁴⁹⁹. Mais aussi du « *volet nucléaire [...] extrêmement et étonnamment court (deux pages) et [qui] traite très brièvement de questions et d'enjeux particulièrement complexes* »¹⁵⁰⁰. Dans la version post-avis, le volet nucléaire passe ainsi de deux à trois pages et apporte des précisions, ainsi que l'avance le ministère¹⁵⁰¹, mais en réalité bien peu et même aucune sur la fermeture des réacteurs de Fessenheim.

Enfin, des dispositions restent à prendre afin de garantir ce qui pourrait être nommé co-suivi de la PPE à échéances régulières et de manière respectueuse des interlocuteurs. S'agissant des échéances, il ressort tant de l'avis de l'autorité environnementale¹⁵⁰² que du CNTE¹⁵⁰³ la volonté d'établir un bilan annuel de l'évolution de la PPE vers ses objectifs. Or, si la PPE entérine la proposition d'un suivi annuel présenté au CNTE¹⁵⁰⁴ (et uniquement), le décret du 11 août 2016 a déjà tranché auparavant et précisé que la réalisation des objectifs de la PPE fait l'objet « *d'un rapport d'évaluation transmis tous les deux ans* »¹⁵⁰⁵ aux CSE, CNTE et CETE. Le doute persiste donc sur ce point. S'agissant de l'apport potentiel d'un tel suivi, s'il reproduit le *modus operandi* adopté en dernière minute pour l'avis du CNTE au projet de PPE, il risque fort de perdre de sa valeur. En effet, les membres du CNTE ont été forcés de renoncer à une réunion en plénière avec la ministre de l'Environnement afin d'y faire part de leurs remarques et obtenir des réponses, pour à la place devoir envoyer leurs remarques par mail sans débat¹⁵⁰⁶.

Il ressort de l'ensemble de ces points que sur la forme, le processus vanté de co-construction de la PPE a en réalité souffert de nombreux biais et décisions critiquables, montrant encore une fois s'il était besoin que les difficultés de changement de méthodes du droit de la transition énergétique ne concernent pas seulement l'élaboration de ses textes de loi mais aussi la rédaction de ses documents de planification. Quant au fond de la PPE, le bilan est lui aussi mitigé.

¹⁴⁹⁹ Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, « Note d'information en réponse à l'avis de l'autorité environnementale », 15 sept. 2016, p. 2, pt. 1.

¹⁵⁰⁰ Autorité environnementale du CGEDD, « Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur la programmation pluriannuelle de l'énergie pour la France métropolitaine », avis 2016-57, 24 août 2016, p. 27, pt. 3.3.4.

¹⁵⁰¹ Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, « Note d'information en réponse à l'avis de l'autorité environnementale », 15 sept. 2016, p. 9, pt. 36.

¹⁵⁰² Autorité environnementale du CGEDD, « Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur la programmation pluriannuelle de l'énergie pour la France métropolitaine », avis 2016-57, 24 août 2016, p. 15, pt. 2.4.

¹⁵⁰³ CNTE, « délibération n° 2016-07 : avis sur le projet de programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) », 9 sept. 2016, p. 9, pt. 63.

¹⁵⁰⁴ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Cadre de la mise en œuvre de la programmation pluriannuelle de l'énergie, 27 oct. 2016, p. 6.

¹⁵⁰⁵ Décret n° 2016-1098 du 11 août 2016 relatif aux modalités d'évaluation et de révision simplifiée de la programmation pluriannuelle de l'énergie, codifié à l'article D. 141-2 du Code de l'énergie.

¹⁵⁰⁶ Philippe COLLET, « Energie : le CNTE ne sera plus consulté en plénière sur la programmation pluriannuelle », *Actu-environnement.com*, 24 août 2015, consulté le 28 août 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/consultation-electronique-cnte-ppe-27373.php4>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- 2) La résurrection temporaire des programmations pluriannuelles des investissements en attendant une programmation pluriannuelle de l'énergie aux arbitrages contestables

Face au retard croissant de la PPE, le ministère de l'Environnement a décidé de prendre une mesure temporaire que nous pourrions qualifier de « *sparadrap* » mais qui doit au moins éviter d'ajouter de nouveaux retards à des filières d'énergies renouvelables déjà handicapées en France. Cette décision insatisfaisante mais nécessaire devait en principe laisser le temps d'élaborer une PPE mieux construite, aux arbitrages logiques et cohérents. Cependant, force est de constater que le résultat laisse à désirer sur ce dernier point.

- a) Le prolongement des programmations pluriannuelles des investissements en attendant la version finale de la programmation pluriannuelle de l'énergie

Dès l'été 2015 il apparut évident que la PPE ne serait pas adoptée comme il était prévu pour la fin de l'année et que dans le même temps, les objectifs de développement de l'énergie solaire photovoltaïque atteignaient le plafond de leurs objectifs fixés antérieurement à la loi de transition énergétique. Le législateur et le pouvoir exécutif prirent alors plusieurs mesures successives afin de palier à ces désagréments par l'adoption de ce que nous pourrions qualifier de droit transitoire de la transition énergétique.

Dans un premier temps, dès les travaux de la commission *ad hoc* de l'Assemblée nationale en vue de la seconde lecture du projet de loi de transition énergétique, l'amendement 382 adopté sans débats (car considéré comme rédactionnel) a permis de supprimer la date butoir du 31 décembre 2015 qui entérinait la péremption des documents existants de programmation concernant l'énergie¹⁵⁰⁷. Pourtant, cet amendement n'a rien de rédactionnel et constituera, dès avril 2015, la première pierre sur laquelle le report de l'adoption de la PPE et l'extension du régime contemporain seront fondés.

Dans un second temps, après avoir organisé la suppression lors de la seconde lecture au Sénat de toute date d'adoption de la PPE¹⁵⁰⁸, le ministère de l'Environnement modifia l'arrêté dit PPI (programmation pluriannuelle des investissements) du 15 décembre 2009 afin de relever le plafond d'installations photovoltaïques en France, déjà atteint en 2015 au lieu de 2020 du fait de son montant initial ridicule¹⁵⁰⁹. Ce nouvel arrêté permet ainsi d'organiser les appels d'offres nécessaires au regard de l'article L. 311-10 du Code de l'énergie pour poursuivre le développement de cette énergie¹⁵¹⁰.

Dans un troisième temps, devant admettre que la PPE ne sera pas non plus adoptée durant le premier semestre 2016 comme annoncé, le ministère, arguant de la nécessité de ne pas retarder le développement des énergies renouvelables à cause des négociations difficiles sur

¹⁵⁰⁷ Assemblée nationale, Commission spéciale pour l'examen du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Rapport n° 2736, Ericka BAREIGTS et al., 16 avr. 2015, p. 811.

¹⁵⁰⁸ Cf., Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II) B) chapeau.

¹⁵⁰⁹ L'arrêté du 28 août 2015 modifiant l'arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité permet ainsi de passer d'un objectif de 5400 MW pour 2020 à 8000 MW pour la même date.

¹⁵¹⁰ Sur les justifications de l'adoption de l'arrêté du 28 août 2015, cf. DGEC, « Modification de la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité », 2015.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

le nucléaire¹⁵¹¹, a adopté un nouvel arrêté modificatif plus large concernant cette fois-ci les PPI électricité et chaleur. Ce document fixe ainsi de nouveaux objectifs d'énergies renouvelables censément plus ambitieux que ceux auparavant fixés, mais également un calendrier indicatif des procédures d'appels d'offres concernant le solaire, la biomasse, la méthanisation, l'éolien en mer et la petite hydroélectricité qui va de 2016 à 2019¹⁵¹². Si cette mesure permet d'apporter la visibilité si nécessaire au développement des énergies renouvelables, elle constitue un aveu d'échec temporaire de la publication de la PPE et surtout se base sur un document issu des anciennes procédures de décision, beaucoup moins ouvertes à différents acteurs et moins favorables à l'intégration des aspects croisés de l'énergie.

Si le secteur professionnel s'avère plutôt satisfait d'une telle démarche¹⁵¹³, certains autres observateurs plus en retrait fustigent vertement le recours à une PPI injustement qualifiée de premier volet de la PPE. Selon eux l'adoption de ce document qui ne se fonde pas sur des scénarios de besoins énergétiques ni sur des études d'impacts économiques, sociaux et environnementaux¹⁵¹⁴ « *n'est sans doute pas conforme à l'intention du législateur* »¹⁵¹⁵ et clairement en décalage avec les ambitions de co-élaboration du droit de la transition énergétique.

b) Les arbitrages contestables de la programmation pluriannuelle de l'énergie ou la controverse fondamentale du scénario de demande énergétique retenu

Si le fait que la PPE soit construite sur des scénarios d'anticipation de la consommation d'énergie desquels découle l'ensemble des mesures de pilotage de la production d'énergie est ce qui la différencie des planifications précédentes dans le secteur, la première mouture de ce document pose plus de questions qu'elle n'apporte de réponses. Ces scénarios sont pourtant d'une importance primordiale afin d'anticiper la réduction du nucléaire et l'augmentation concomitante des énergies renouvelables telles qu'ancrées dans le marbre de la loi de transition énergétique¹⁵¹⁶. Néanmoins, des arbitrages contestables ont été inscrits dans la PPE à ce sujet.

¹⁵¹¹ Laurent RADISSON, « Ségolène Royal déleste la programmation pluriannuelle de l'énergie de sa partie nucléaire », *Actu-environnement.com*, 6 avr. 2016, consulté le 7 avr. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/PPE-programmation-pluriannuelle-energie-nucleaire-EnR-projet-decret-concertation-CSE-26552.php4#>].

¹⁵¹² Art. 1^{er}, XI de l'arrêté du 24 avril 2016 relatif aux objectifs de développement des énergies renouvelables.

¹⁵¹³ Thomas BLOSSEVILLE, « Le syndicat des énergies renouvelables « très satisfait » par la programmation pluriannuelle du gouvernement », *Environnement-magazine.fr*, 14 avr. 2016, consulté le 8 oct. 2016 [<http://www.environnement-magazine.fr/article/47260-syndicat-des-energies-renouvelables-tres-satisfait-par-programmation-pluriannuelle-du-gouvernement/>].

¹⁵¹⁴ Arnaud GOSSEMENT, « Transition énergétique : un projet d'arrêté pour modifier les objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements de 2009 », *Gossement Avocats*, 10 avr. 2016, consulté le 8 oct. 2016 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2016/04/10/transition-energetique-un-projet-d-arrete-pour-revenir-a-la-5786576.html>].

¹⁵¹⁵ Géraud GUIBERT *et al.*, « La loi de 2015 sur la transition énergétique : Des objectifs ambitieux, une mise en œuvre pour le moment décevante », *La Fabrique Ecologique*, juin 2016, p. 9.

¹⁵¹⁶ Art. 1^{er} de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

En premier lieu, l'exercice d'anticipation de la consommation d'énergie (et non seulement d'électricité) ne s'appuie que sur deux scénarios, nommés scénario de référence et variante. Mais la variante, qui prend en compte une croissance économique plus forte et une dynamique de développement des énergies renouvelables affaiblie ne respecte ni les objectifs de la loi ni ceux de la SNBC¹⁵¹⁷, et elle semble davantage faire office de scénario repoussoir pour que le scénario dit de référence s'impose comme la seule option, la seule voie de transition. Or, le DNTE avait notamment été marqué par la profusion des scénarios de consommation d'énergie étudiés¹⁵¹⁸, ce qui permettait d'ouvrir plusieurs chemins de transition. Le resserrement sur deux uniques scénarios, bien que respectant la lettre de la loi¹⁵¹⁹, constitue un appauvrissement de cet exercice et de la profondeur du droit de la transition énergétique, censé s'édifier sur le socle d'éléments scientifiques variés. Cette pauvreté de réflexion, outre qu'elle ne fournit pas de voies alternatives aptes à donner plus de flexibilité au processus transitionnel, est également problématique en ce que c'est donc l'unique scénario de référence qui constitue la base des objectifs d'augmentation des énergies renouvelables intégrés dans le décret d'application de la PPE, document opposable de la programmation¹⁵²⁰. Et ce sont les objectifs du décret qui fondent en partie l'attribution de l'autorisation d'exploiter des futures installations de production d'électricité¹⁵²¹ de grande capacité¹⁵²². Ce scénario atteint donc par ricochet l'évolution du mix de production énergétique.

En second lieu, comme à de nombreuses reprises dans les débats, la rédaction, puis la mise en œuvre du droit de la transition énergétique, le problème se cristallise autour du nucléaire et de sa réduction. En l'occurrence, la PPE avance un objectif de réduction de la production d'électricité nucléaire annuelle de 10 à 65 TWh d'ici à fin 2023¹⁵²³. En part de la production d'électricité hexagonale à cet horizon, cela donne une prépondérance de l'atome d'entre 74,3 et 60,7 % du total¹⁵²⁴. Et cela dans l'hypothèse où la consommation et le solde exportateur d'électricité restent stables d'ici-là, hypothèse faite par la PPE, et qui constitue « *la seule indication donnée pour les dynamiques de l'électricité* »¹⁵²⁵. Dans le même temps, à

¹⁵¹⁷ Autorité environnementale du CGEDD, « Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur la programmation pluriannuelle de l'énergie pour la France métropolitaine », avis 2016-57, 24 août 2016, pp. 9 – 10, pt. 1.2.4.

¹⁵¹⁸ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, II) B) 2) a).

¹⁵¹⁹ L'article L. 141-2 du Code l'énergie dispose que la PPE « *se fonde sur des scénarios de besoins énergétiques* ». Deux scénarios correspondent donc à l'usage du pluriel.

¹⁵²⁰ Cf. Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie.

¹⁵²¹ Pierre SABLIERE, « Le pilotage de la production d'électricité dans la loi de transition énergétique », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, oct. 2015, dossier 7, pp. 1 – 2.

¹⁵²² Art. 187 de la loi de transition énergétique, codifié aux art. L. 311-5 et R. 311-2 du Code de l'énergie.

¹⁵²³ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à l'offre d'énergie, 27 oct. 2016, p. 43.

¹⁵²⁴ Calculs fondés sur le « Bilan électrique 2015 » de RTE, publié en 2016, p. 13. La production nette d'électricité nucléaire en France en 2015 était de 416,8 TWh, soit 76,3% du total. Une réduction de 10 TWh du total résulte en une baisse de 2,4 points de pourcentage de la part du nucléaire dans la production totale d'électricité. Une réduction de 65 TWh donne quant à elle une baisse de 15,6 points de pourcentage de cette part.

¹⁵²⁵ CETE, « Avis du comité d'experts pour la transition énergétique sur la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) », 30 juil. 2016, p. 13, pt. 40. En référence à la page 5 du volet relatif à l'offre d'énergie de la PPE 2016 - 2018.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

hypothèses constantes, la Cour des comptes envisage la fermeture de 17 à 20 réacteurs d'ici à 2025 pour tenir les engagements de la LTECV¹⁵²⁶, alors que la PPE ne fournit aucune estimation claire à ce sujet. Plus encore, RTE prévoit une diminution historique de la consommation d'électricité d'ici à 2021, passant d'un total annuel de 479 à 471 TWh¹⁵²⁷. Si cette estimation se réalise, l'atteinte de l'objectif de réduction du nucléaire va s'avérer plus difficile encore. La position des auteurs de la PPE est donc paradoxale, pariant ouvertement sur une stabilité (voire une réduction) de la consommation d'énergie afin de remplir les objectifs législatifs en matière d'efficacité énergétique et d'énergies renouvelables, et dans le même temps, semblant parier sans l'avouer sur une augmentation de la consommation d'électricité afin de tenir l'engagement sur le nucléaire. L'ensemble implique que, quoi qu'il arrive, une partie des objectifs contraignants de la loi ne seront pas tenus.

Au final, sur cet aspect, les décisions cruciales devront être prises par le gouvernement en charge de l'élaboration de la PPE après 2023 et surtout par EDF, chargée d'établir « *un plan stratégique compatible avec les orientations de la programmation pluriannuelle de l'énergie* »¹⁵²⁸ dans un délai de six mois après l'adoption de ladite PPE, censé exposer les mesures à prendre pour atteindre l'objectif de réduction de la part du nucléaire à 50% de la production d'électricité d'ici 2025¹⁵²⁹. Enfin, dans un rapport parlementaire adopté la veille même de l'adoption du décret 2016-1442, les élus conviennent « *de revoir la place de la PPE en termes de hiérarchie des normes juridiques et en termes de périmètre* »¹⁵³⁰ afin de la transférer du domaine réglementaire à un contrôle du législateur. De nouveaux changements sur le principe même de ce document sont donc à prévoir.

Plus encore que de ne satisfaire personne, le manque de visibilité offert par la première PPE constitue un (non-) arbitrage contestable mettant en danger la réalisation de certains des objectifs emblématiques et fondamentaux fixés par le droit de la transition énergétique. Les méandres de son processus d'élaboration ont également fait remonter à la surface les échecs du DNTE et de l'élaboration de la loi de transition énergétique, laissant penser que d'un bout à l'autre du prisme, de la création à la mise en œuvre de ce droit, la logique décentralisée, scientifiquement fondée et participative qui devrait l'animer est bien plus présente dans les discours que dans la réalité.

Au fil des lignes de cette section, il a été constaté que les différents instruments de planification de la transition énergétique étaient marqués par une opposabilité juridique variable. Rapports indicatifs et schémas à prendre en compte fourmillent et mutent, de temps à autres appuyés sur des décrets d'application qui en déterminent les principaux objectifs sans entrer dans le détail. Si l'écosystème institutionnel de mise en œuvre du droit de la transition énergétique semble pouvoir être efficace et inciter l'exécutif à respecter les objectifs

¹⁵²⁶ Cour des comptes, « Rapport public annuel 2016 », fév. 2016, p. 130.

¹⁵²⁷ RTE, « Bilan prévisionnel de l'équilibre offre-demande d'électricité en France », Synthèse, 2016, pp. 3 – 4.

¹⁵²⁸ Art. 12 du décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie.

¹⁵²⁹ Cf. sur ce sujet, Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, I) B) 1) a).

¹⁵³⁰ Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016, p. 334.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

législatifs, ils n'ont pour autant de pouvoir coercitif. Ce constat appelle alors à l'étude du rôle du droit dit souple dans le droit de la transition énergétique.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Section 2 :

Le droit de la transition énergétique, droit souple par excellence ?

Au plan international, l'usage du terme de *soft law* remonte aux années 1930, se prêtant fort bien aux particularités du droit international, droit négocié car mettant en situation des acteurs souverains¹⁵³¹. En revanche, en France, sa reconnaissance comme élément de droit a d'abord progressé par la doctrine en particulier dans les années 2000¹⁵³², avant d'être consacrée par la jurisprudence récente et surtout l'étude annuelle du Conseil d'Etat de 2013¹⁵³³. D'abord traduit de l'anglais par les expressions péjoratives ou avilissantes de droit « mou », « flou », « doux »¹⁵³⁴ ou encore « droit proposé »¹⁵³⁵, c'est finalement l'expression de « droit souple » qui finit par s'imposer. Ce choix sémantique est lourd de sens au moment où son usage est reconnu et encouragé étant donné que lui sont prêtées des vertus de simplification du droit, tant recherchée. De l'étude annuelle de 1991 et son assimilation au « droit bavard »¹⁵³⁶ à celle de 2016 qui voit en lui l'outil de la réduction du volume des lois¹⁵³⁷, le Conseil d'Etat donne une représentation fidèle de 25 ans d'évolution juridique remettant en question la sacro-sainte pyramide des normes de Kelsen¹⁵³⁸.

D'après l'étude annuelle de 2013 rédigée par le Palais-Royal, les instruments de droit souple se caractérisent par la somme de trois conditions : « ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ; ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit »¹⁵³⁹. Une fois ces règles posées (sur lesquelles nous reviendrons plus loin), le Conseil d'Etat avance que le recours à ce type d'instruments est particulièrement indiqué s'il : « peut se substituer au droit dur lorsque le recours à celui-ci n'est pas envisageable » ; « permet d'appréhender les phénomènes émergents qui se multiplient dans le monde contemporain, soit en raison d'évolutions technologiques, soit de mutations sociétales » ; « peut accompagner la mise en

¹⁵³¹ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, p. 23.

¹⁵³² A noter le travail réalisé dans ce domaine par Catherine THIBIERGE, cf. Catherine THIBIERGE, « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.*, 2003, pp. 599 – 621 ; et Catherine THIBIERGE et al. (dirs.), *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ/Bruylant, 2009. Plus récemment et spécifiquement en droit public, cf. Benjamin LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, LGDJ/Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013.

¹⁵³³ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française.

¹⁵³⁴ Catherine THIBIERGE, « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.*, 2003, p. 599.

¹⁵³⁵ Anne-Sophie BARTEZ, « Les avis et recommandations des autorités indépendantes », *Le droit souple*, Association Henri Capitant, Journées nationales, tome XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, 2009, p. 61.

¹⁵³⁶ Etude annuelle 1991 du Conseil d'Etat, *De la sécurité juridique*, La Documentation française.

¹⁵³⁷ Etude annuelle 2016 du Conseil d'Etat, *Simplification et qualité du droit*, La Documentation française, p. 20 : « Des efforts doivent être faits pour maîtriser le contenu des normes. Le Gouvernement pourrait à cet égard définir et s'engager à respecter un code de bonne conduite en ce qui concerne le volume de ses projets de loi et l'exercice de son droit d'amendement (Proposition n°11). »

¹⁵³⁸ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, pp. 8 et 19.

¹⁵³⁹ *Id.*, p. 9.

LE DROIT DE LA TRANSITION ÉNERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

œuvre du droit dur » ; ou, « *peut enfin se présenter comme une alternative pérenne au droit dur* »¹⁵⁴⁰. En somme, une doctrine d'usage fondée sur la préparation du -, l'appui du - voire la substitution au - droit dit dur.

Par conséquent, étant le cadre en construction d'un phénomène de mutation sociétale et technologique à la fois, le droit de la transition énergétique a généré ou utilisé des outils spécifiques, lui permettant de traiter les problématiques qui lui sont propres. Or, il semblerait qu'une partie au moins de ces outils puisse être classée dans la nomenclature des actes de droit souple, dont la reconnaissance est en plein essor.

I. Les outils de la transition énergétique et leur logique de droit souple

Au sein même du texte emblématique de la transition énergétique, la loi éponyme, pas moins de la moitié des dispositions ne sont tout simplement pas normatives, selon le professeur Philippe Terneyre¹⁵⁴¹. En effet, ayant entamé son parcours législatif en tant que loi de programmation¹⁵⁴², elle contient des dispositions fixant les « *objectifs de l'action de l'État* »¹⁵⁴³, surtout en son article 1^{er}¹⁵⁴⁴. Or, lors de son adoption, elle ne portait plus la mention de loi de programmation dans son titre, comportait toujours des dispositions non normatives (ou déclaratoires) mais également des dispositions tout à fait normatives¹⁵⁴⁵. Le Conseil constitutionnel a alors validé des dispositions de normativité variable dans une loi à la normativité variable¹⁵⁴⁶. Cette prise de position semble cohérente avec la jurisprudence dudit Conseil, évoluant vers un « *ton apaisant, tranchant avec la fermeté affichée initialement* »¹⁵⁴⁷. Au final, si la loi de transition énergétique elle-même apparaît tenir d'une « *normativité graduée* »¹⁵⁴⁸, cela apparaît cohérent avec le processus dont elle est l'expression. En effet, d'une part les discussions à l'origine de la loi ont été menées dans un cadre de droit souple, et d'autre part les instruments de l'organisation et du suivi de la transition énergétique sont fortement teintés de cette même logique.

¹⁵⁴⁰ *Id.*, p. 10.

¹⁵⁴¹ Philippe TERNEYRE, « Gouvernance locale et réseaux d'énergie », allocution prononcée lors du colloque de l'Association Française de Droit de l'Energie (AFDEN) *Réseaux et territoires : Du local à l'international*, 1^{er} déc. 2016, Université Paris-Dauphine.

¹⁵⁴² D'où notamment le titre de l'avis du CESE. Laurence HEZARD, Jean JOUZEL, « Avis sur le projet de loi de programmation pour un nouveau modèle énergétique français », CESE, 18 juil. 2014.

¹⁵⁴³ Art. 30, antépénultième alinéa de la Constitution.

¹⁵⁴⁴ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, I) A) 1) b).

¹⁵⁴⁵ Cf. Philippe BILLET, « Transition énergétique et croissance verte : itinéraire et ambitions d'une loi », *cit.*, oct. 2015 : « *Présentée initialement comme une loi de programmation, la loi relative à la transition énergétique en dépasse largement le principe et si elle donne bien des orientations à la politique qu'elle met en place, il s'agit d'une loi essentiellement technique, quoi qu'il ait pu en dire le Conseil constitutionnel, qui en a apprécié les termes de façon partielle mais non globalement* ».

¹⁵⁴⁶ CC, 13 août 2015, déc. n° 2015-718 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, cons. 11 et 12.

¹⁵⁴⁷ Florence LEFEBVRE-RANGEON, « L'exigence de normativité de la loi : Quel bilan, dix ans après la décision *Avenir de l'école* ? », *AJDA*, 2015, p. 1032.

¹⁵⁴⁸ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, p. 9.

A) Le débat national sur la transition énergétique, une architecture non contraignante mais (plutôt) respectée

Il a d'ores et déjà été procédé à l'analyse de la mise sur pied, du déroulement et du résultat du DNTE au premier chapitre de cette thèse¹⁵⁴⁹. Il n'est donc nul besoin de revenir sur ces détails. Cependant, il est intéressant de voir comment ce débat a pris une forme très institutionnelle alors que l'ensemble de son fonctionnement était *ad hoc* et non reconnu par aucun texte de droit dit dur. La charte du débat national sur la transition énergétique (DNTE) interpelle d'abord en ce qu'elle crée ce que nous qualifierons de Constitution de droit dit souple du débat et ensuite s'agissant des documents finalement issus de ce débat, leur valeur normative se situant également sur une échelle graduée.

1) La charte du débat national sur la transition énergétique, Constitution de droit dit souple

L'annonce de la création du DNTE a été faite dans un document lui-même sans portée juridique et qui sera évoqué plus en détails dans la partie B) suivante, à savoir la feuille de route issue de la première conférence environnementale des 14 et 15 septembre 2012¹⁵⁵⁰.

Cependant, le document avec le degré potentiel de normativité le plus élevé ayant officiellement lancé le DNTE n'est autre que la circulaire du 20 janvier 2013, d'ailleurs parue après que les premiers débats en région aient été organisés¹⁵⁵¹, preuve s'il en est que les organisateurs du DNTE n'attendaient pas qu'une réglementation soit établie pour se lancer dans la concertation autour de la transition énergétique. Cette circulaire présentait succinctement chacune des institutions composant l'architecture du DNTE mais contenait surtout en annexe 4 la charte du débat national¹⁵⁵².

Cette charte, pour reprendre la nomenclature des trois conditions cumulatives du Conseil d'Etat visant à reconnaître des instruments de droit souple¹⁵⁵³, a pour objectif d'orienter le comportement de ses destinataires (les participants au débat) mais ne crée pas en elle-même de droits ou obligations vu qu'elle n'a pas de valeur normative intrinsèque, et enfin, elle présente un degré de formalisation et de structuration qui l'apparente à une règle de droit et de fait à la règle suprême.

En effet, composée de 10 articles, la charte du DNTE reprend les canons d'une Constitution au sens matériel du terme, à savoir l'« *ensemble des règles écrites ou coutumières qui*

¹⁵⁴⁹ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, II) et section 2.

¹⁵⁵⁰ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Feuille de route pour la transition énergétique : chantiers prioritaires, méthode et calendrier », 20 sept. 2012, consulté le 9 nov. 2015, pp. 4 – 6 [www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Feuille_de_Route_pour_la_Transition_Ecologique.pdf].

¹⁵⁵¹ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, II) A) 1) a).

¹⁵⁵² Ministre de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, Circulaire du 30 janvier 2013 sur l'organisation du débat national de la transition énergétique, BO de l'Ecologie, de l'Energie, du développement durable et de l'Aménagement du territoire du 25 février 2013 - Numéro 3.

¹⁵⁵³ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, p. 9.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

déterminent la forme de l'Etat [...], l'organisation de ses institutions, la dévolution et les conditions d'exercice du pouvoir [...] »¹⁵⁵⁴. En l'occurrence, en admettant que la charte du débat soit la constitution d'un Etat, celui-ci posséderait sept institutions centrales. La première et la plus évidente est le conseil national du débat, comparé à un Parlement dans la charte¹⁵⁵⁵. Le pouvoir législatif lui échoit donc en raison de son pouvoir de mener des auditions publiques¹⁵⁵⁶, de constituer des groupes de travail¹⁵⁵⁷ mais surtout de son pouvoir de validation de la synthèse et d'organisation des recommandations¹⁵⁵⁸. L'exécutif, pour sa part, serait tenu par le comité de pilotage, en charge du respect des règles du débat et gardien de la constitution qu'est la charte¹⁵⁵⁹. Il a également un pouvoir d'initiative en direction du conseil national sur les sujets à débattre et c'est finalement lui qui dresse le bilan du débat¹⁵⁶⁰. Le secrétaire général du débat pourrait représenter le Premier Ministre. En charge de l'organisation opérationnelle du débat, il est soumis directement au comité de pilotage. Le groupe des experts, le comité citoyen, le comité de liaison du débat décentralisé et le groupe de contact des entreprises de l'énergie représenteraient tous des institutions consultatives elles-mêmes représentant la société civile, les collectivités territoriales, etc. Dans ce système, le seul élément classique manquant est finalement le pouvoir judiciaire, qui, s'il devait absolument être placé dans l'organigramme de la charte du débat, serait très probablement entre les mains du comité de pilotage en tant que gardien des règles en vigueur, cumulant ainsi les pouvoirs.

De fait, la charte du débat constitue en quelque sorte la matérialisation de l'étude annuelle du Conseil d'Etat de 2013, avant même qu'elle ne soit publiée. Effectivement, sachant que la transition énergétique est un sujet éminemment technique et novateur à la fois, l'usage du droit souple est recommandé par les juges du Palais-Royal¹⁵⁶¹. Ici, le DNTE lui-même est un processus novateur par sa gouvernance à sept sur un sujet qui touche directement à l'énergie, l'environnement, le transport, la construction, et indirectement à une foule d'autres sujets (même si l'expérience du Grenelle a bien sûr été un premier essai).

Outre cet aspect de phénomène émergent, nous constatons avec le recul que les institutions du DNTE ont en partie accompagné la mise en œuvre du droit dur de la transition énergétique, remplissant ainsi une fonction supplémentaire du droit souple déglagée par le

¹⁵⁵⁴ *Lexique des termes juridiques*, Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD (dirs.), 22^e édition 2014-2015, Dalloz, pp. 257 – 258.

¹⁵⁵⁵ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), consulté le 22 nov. 2015, art. 4 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Charte-du-debat-national-sur-la.html>].

¹⁵⁵⁶ A l'instar du pouvoir des commissions spéciales ou permanentes des assemblées parlementaires de convoquer toute personne pour audition sous peine d'amende. Cf. art. 5 bis de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

¹⁵⁵⁷ A l'instar des commissions permanentes ou spéciales du Parlement, comme prévu à l'article 43 de la Constitution.

¹⁵⁵⁸ En miroir du pouvoir d'amendement et de vote des lois du Parlement prévus aux articles 44 et 45 de la Constitution.

¹⁵⁵⁹ De même que le Président de la République, qui veille au respect de la Constitution selon l'article 5 du même texte.

¹⁵⁶⁰ Comme le pouvoir d'initiative législative du Gouvernement selon l'article 39 de la Constitution.

¹⁵⁶¹ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, p. 10.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Conseil d'Etat¹⁵⁶². *De facto*, après le DNTE, le groupe des experts a été reconnu et institutionnalisé, sous la forme du comité d'experts pour la transition énergétique (CETE), calqué sur sa composition et rassemblant jusqu'à ses anciens membres¹⁵⁶³. Lorsqu'il est question de droit souple pouvant gravir l'échelle de la normativité¹⁵⁶⁴, il n'est donc pas seulement question de normes, mais aussi d'institutions passant d'une existence non reconnue par le droit à une qui en « *modifie l'ordonnancement* »¹⁵⁶⁵ comme le veut l'expression propre au contentieux des actes administratifs de droit dur, et ouvrant la voie aux développements qui prendront corps plus avant quant au contentieux en plein essor des actes de droit souple.

Outre la question de la charte du débat ouvrant sur celle de ses institutions, l'autre grande question mêlant le DNTE au sujet du droit souple est celle concernant la valeur des documents produits par ses institutions.

2) Quelle est la valeur normative des documents produits par le débat national sur la transition énergétique?

Selon le Conseil d'Etat, sachant que « *le droit souple repose sur l'adhésion volontaire de ses destinataires* »¹⁵⁶⁶, la légitimité de ses auteurs et de son mode de production importent fortement. Les juges du Palais-Royal citent comme point fort du droit souple la légitimité que revêtent ses documents lorsqu'ils sont issus « *d'un processus d'expertise contradictoire et transparent* »¹⁵⁶⁷. A l'inverse, la légitimité est réduite lorsque les documents résultent d'un processus manquant de transparence et lorsque les acteurs concernés n'ont pas été associés au processus¹⁵⁶⁸. Un document né de la concertation d'experts reconnus et de représentants des parties prenantes devrait donc bénéficier d'une effectivité importante et dès lors d'une potentielle valeur normative.

Durant le DNTE, de nombreux documents de synthèse ont été produits, tant par les groupes de travail du Conseil national du débat, à l'image de celui sur la trajectoire du mix énergétique¹⁵⁶⁹, que par les différents comités et conseils tels le Comité citoyen¹⁵⁷⁰ ou le Comité de liaison du débat décentralisé¹⁵⁷¹. Cependant, ces synthèses ne bénéficiaient pas toutes de la légitimité d'un document élaboré suite au travail d'experts reconnus et elles composaient plutôt chacune un document préparatoire en vue de l'élaboration de la synthèse finale du DNTE. Or, ainsi que l'explique le Conseil d'Etat, les documents préparatoires ne

¹⁵⁶² *Ibid.*

¹⁵⁶³ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1, I) B) 2) a).

¹⁵⁶⁴ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, pp. 69 – 71.

¹⁵⁶⁵ *Id.*, p. 175.

¹⁵⁶⁶ *Id.*, p. 121.

¹⁵⁶⁷ *Id.*, p. 122.

¹⁵⁶⁸ *Id.*, p. 124.

¹⁵⁶⁹ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, II) B) 2) a).

¹⁵⁷⁰ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse du Comité citoyen au conseil national », 2013, consulté le 20 mars 2014

[http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/13101-synthese_comite-citoyen_def_web_.pdf].

¹⁵⁷¹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse nationale des débats territoriaux », 2013, consulté le 20 mars 2014

[http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/dnte_synthese_nationale_des_debats_territoriaux.pdf].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

sont pas considérés comme étant de droit souple car ils ont pour but de déboucher sur un acte de droit dur. Alors que « [l]e droit souple a lui pour objet d'influencer par lui-même, sans attendre l'édiction d'une norme ultérieure, les comportements de ses destinataires »¹⁵⁷².

Une question intéressante émerge pourtant quant au résultat de la combinaison de ces documents, à savoir la synthèse du DNTE elle-même. En effet, comme l'indique son introduction, la synthèse vise à émettre « des recommandations que le gouvernement s'engage à intégrer dans la préparation du projet de loi de programmation pour la transition énergétique »¹⁵⁷³. Le critère exclusif du Conseil d'Etat semble donc s'imposer aussi à la synthèse du DNTE du fait de sa finalité. La synthèse vise en fait à influencer un document qui vise lui-même à influencer les comportements, la loi de transition énergétique. Le lien est donc trop ténu avec les destinataires du document de synthèse. Cette limite se conçoit aisément, visant à éviter d'inclure de très nombreux documents dans la sphère du droit souple. Le Conseil citait comme exemple de ces documents préparatoires les travaux parlementaires, au volume annuel de production important.

Cependant, formellement, il y a peu de différences entre la synthèse du DNTE et certains documents jugés de droit souple et inclus à ce titre dans l'échelle de normativité du Conseil d'Etat. Prenons le cas des recommandations des conférences de consensus, par exemple¹⁵⁷⁴. Issues du domaine médical et organisées autour d'un jury expert pour décider de directives d'usages sur des sujets controversés, elles ont déjà fait l'objet de tentatives d'extension de leur méthodologie au domaine des politiques publiques avec l'inclusion de citoyens non experts¹⁵⁷⁵. Or, la synthèse du DNTE, organisée autour d'une liste de recommandations (renommées « enjeux » suite aux difficultés de concrétisation de la synthèse¹⁵⁷⁶), n'est autre que le fruit d'un travail de consensus entre des experts et toute une foule de parties prenantes plus ou moins expertes. En réalité, la seule différence entre ces deux documents apparaîtra si leurs mesures sont transposées en droit dur et quand elles le seront. En principe, les recommandations de la synthèse seront transposées rapidement dans la loi de transition énergétique, mais à la lecture de ces recommandations, il semble que leur imprécision laisse au mieux une forte marge de manœuvre au gouvernement pour transposer comme bon lui semble les mesures qui seront prises ; au pire la transposition directe des recommandations donnera lieu à de nombreux neutrons législatifs¹⁵⁷⁷. Le rôle d'un tel document serait peut-être alors plus indiqué en tant que document de droit souple, visant à inspirer non seulement le gouvernement mais aussi l'ensemble de la société civile et du monde économique.

Au bout du compte, les documents issus du DNTE semblent relever d'un paradoxe. Ils ont (surtout la synthèse finale) la forme du droit souple, un mode d'élaboration apte à leur

¹⁵⁷² Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, p. 60.

¹⁵⁷³ Secrétariat général du débat national sur la transition énergétique, « Synthèse des travaux du débat national sur la transition énergétique de la France », 18 juillet 2013, consulté le 20 mars 2014, p. 5 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/dnte_synthese_web_bat_28-8.pdf].

¹⁵⁷⁴ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, p. 70.

¹⁵⁷⁵ *Id.*, pp. 122 – 123.

¹⁵⁷⁶ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 2, II) B) 2) a).

¹⁵⁷⁷ Même si ce ne serait pas nécessairement en soi négatif. Cf. Florence LEFEBVRE-RANGEON, « L'exigence de normativité de la loi ... », *cit.*, 2015, p. 1031.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

conférer légitimité et, par voie de conséquence, efficience, et pourtant ils n'en sont pas. Loin d'être un handicap, par leur nature de documents préparatoires ils ont en fait le pouvoir d'impacter plus directement le droit dur et donc d'user de l'outil classique de la contrainte pour être respectés. Leur absence de normativité pourrait par ricochet se traduire par une effectivité juridique supérieure aux documents de droit souple.

En revanche, il existe toute une panoplie d'instruments d'organisation produits du droit de la transition énergétique, dont certains ont déjà été aperçus auparavant dans cet ouvrage, et dont la force normative varie fortement et se retrouve en partie dans l'espace ouvert par l'émergence de la reconnaissance du droit souple.

B) Feuilles de route, schémas, démarches incitatives et déclarations d'intentions, quelle normativité des outils d'organisation issus du droit de la transition énergétique ?

Ainsi qu'il a été vu dans les chapitres précédents, le droit de la transition énergétique fait usages de nombreux outils à l'origine et à la normativité variables. Les feuilles de route et schémas sont ainsi deux avatars fort plébiscités car ils permettent de prévoir et d'organiser la mise en œuvre de nombreuses mesures participant de la transition. Mais d'autres instruments à la normativité encore plus floue sont également utilisés.

1) La normativité graduée des feuilles de route et schémas

Les feuilles de route de la conférence environnementale auront marqué le quinquennat de François Hollande par leur édition annuelle, offrant un mécanisme intéressant de proposition et de suivi des mesures concernant la transition énergétique et son encadrement juridique. Les schémas quant à eux, entre multiplication et fusion, provenant de la gestion des collectivités territoriales et de l'environnement s'appliquent assez logiquement à la transition.

a) Les feuilles de route, un outil de droit souple transitoire ?

Dès le premier chapitre de cette thèse, il est apparu que la transition énergétique était rythmée par un rendez-vous annuel (sauf exception en 2015 du fait de la COP 21) donnant lieu à la publication dans les semaines ou mois suivants d'une feuille de route détaillant engagements et calendriers de l'action de l'Etat dans ladite transition¹⁵⁷⁸. Si cet outil paraît convenir à la démarche de transition (il présente les réformes avec anticipation pour éviter une rupture), il ne semble pas normatif.

En effet, dès la première mouture il est spécifié noir sur blanc qu'elle « *n'engage naturellement que le Gouvernement, à qui il appartient de faire des choix lorsque des opinions divergentes s'expriment* »¹⁵⁷⁹. Le seul destinataire semble donc en être le

¹⁵⁷⁸ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, I).

¹⁵⁷⁹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Feuille de route pour la transition énergétique : chantiers prioritaires, méthode et calendrier », 20 sept. 2012, *cit.*, p. 3.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Gouvernement, et bien qu'il semble s'y astreindre seul¹⁵⁸⁰, il n'y est pas réellement tenu car il lui reste le pouvoir de faire des choix sur ce qu'il transposera dans la réglementation et sur la façon dont il le fera. Et il est ajouté que : « [c]hacune des organisations participantes conserve donc sa propre appréciation des priorités, des objectifs à atteindre et des méthodes proposées pour cela »¹⁵⁸¹. Alors qu'elles disposent d'une certaine légitimité du fait de leur processus de création et d'une formalité proche du droit avec leurs énoncés de mesures bien ordonnés, le critère de la recherche d'influence des destinataires semble alors faire défaut pour catégoriser les feuilles de route des conférences environnementales comme outils de droit souple.

Doute supplémentaire, la feuille de route étant un document d'annonces, visant à donner de la visibilité sur les modifications (de droit dur) à venir, il se pourrait qu'elle tombe dans le même registre que la synthèse du DNTE, à savoir qu'il s'agisse d'un document préparatoire.

Cependant, il existe dans certaines des mesures égrenées au fil des feuilles de routes un caractère impératif susceptible d'influencer certains acteurs privés, en particulier de la production d'énergie ou de la finance.

En effet, lorsqu'en 2012 il est très clairement annoncé qu'un « *appel d'offres sera lancé d'ici décembre 2012 pour la création de parcs éoliens [en mer]* »¹⁵⁸², il est possible de penser que cet énoncé va avoir un impact sur les sociétés souhaitant candidater à un tel appel d'offres. Aussi, dans le domaine financier, la seule annonce d'un changement de politique, même limité, peut déjà amorcer des changements de comportement et avoir des répercussions. Par exemple, l'engagement en 2015 de supprimer « *tous les crédits export dans le soutien [accordé] aux pays en développement, dès lors qu'il y aura l'utilisation du charbon* »¹⁵⁸³ a le potentiel d'avoir un impact financier sur les sociétés françaises construisant de telles centrales à l'étranger¹⁵⁸⁴, dont le prix va probablement augmenter du fait du besoin de trouver des compagnies d'assurance privées prêtes à couvrir les risques croissants de telles infrastructures¹⁵⁸⁵. Or, appliquer une telle mesure ne nécessite pas de recours au droit dur, c'est une orientation de l'Etat-stratégie. Il n'y a donc pas ici d'acte attaquable et il y a pourtant

¹⁵⁸⁰ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Deuxième feuille de route pour la transition écologique », sept. 2013, consulté le 16 nov. 2015, p. 3 [www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Feuille_de_Route_2013_VDEF.pdf].

¹⁵⁸¹ *Ibid.*

¹⁵⁸² Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Feuille de route pour la transition énergétique : chantiers prioritaires, méthode et calendrier », 20 sept. 2012, *cit.*, p. 7, pt 11.

¹⁵⁸³ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Feuille de route 2015 issue des trois tables rondes de la Conférence environnementale », 4 fév. 2015, consulté le 10 nov. 2015, p. 11, mesure 15 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/FRTE_2015.pdf].

¹⁵⁸⁴ Comme dans le cas d'Alstom. Cf. Claude FOUQUET, « Energie : Royal confirme la suppression des aides à l'export pour les centrales à charbon », *Les Echos*, 10 sept. 2015, consulté le 29 nov. 2016 [http://www.lesechos.fr/10/09/2015/lesechos.fr/021317345747_energie---royal-confirme-la-suppression-des-aides-a-l-export-pour-les-centrales-a-charbon.htm].

¹⁵⁸⁵ Cf. par exemple : Dominique PIALOT, « Le charbon, un investissement de plus en plus... risqué », *La Tribune*, 25 avr. 2015, consulté le 29 nov. 2016 [<http://www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/energie-environnement/le-charbon-un-investissement-de-plus-en-plus-risque-471500.html>] ; ou Ben CALDECOTT, Gerard DERICKS, James MITCHELL, *Stranded Assets and Subcritical Coal : The Risk to Companies and Investors*, Smith School of Enterprise and the Environment, University of Oxford, mars 2015.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

un préjudice potentiel du fait d'une décision de politique publique. Ce qui amène la question, traitée plus bas, des recours en justice contre des actes non normatifs.

En revanche, la grande majorité des annonces faites dans les feuilles de route de la transition énergétique a bien vocation à trouver une traduction en droit dur à plus ou moins court terme. Partant, en assumant pleinement l'aspect temporaire de ces mesures ayant seulement l'apparence du droit mais pouvant déjà commencer à préparer une intervention prochaine du droit dur, nous pouvons penser que le qualificatif de « *droit souple transitoire* » peut lui convenir¹⁵⁸⁶. S'agissant de la transition énergétique, il apparaît de plus doublement approprié !

b) Des schémas entre droit dur et droit souple pour des collectivités éponymes

Lors de son étude annuelle de 2013 sur le droit souple, le Conseil d'Etat a consacré une partie de ses développements aux schémas et documents de programmation¹⁵⁸⁷. D'après le Palais-Royal, la multiplication des schémas soulève des interrogations quant à leur opportunité et leur cohésion. Il en déduit que leur expansion devrait être stoppée afin d'évaluer l'intérêt de chacun d'entre eux et de supprimer ou fusionner ceux qui doivent l'être¹⁵⁸⁸.

S'agissant de leur normativité, il classe les schémas sur son échelle de normativité graduée dans la catégorie intermédiaire dite « *entre droit souple et droit dur* »¹⁵⁸⁹. En effet, les schémas, en particulier en urbanisme et en environnement (et donc pour la transition énergétique), disposent d'une normativité variable en fonction de celle qui leur est conférée par la loi. C'est ce qui a été évoqué dans la section précédente de cette thèse, à travers l'exemple du SRADDET – servant à expliciter les notions de conformité, comptabilité et prise en compte¹⁵⁹⁰ –, de la SNBC¹⁵⁹¹ et de la PPE¹⁵⁹². Les schémas instituant la planification de la transition énergétique à une échelle tant nationale que locale se fondent donc complètement dans cette logique de « *force référentielle de la norme* » variant d'intensité « *entre stricte obligatorité et pure facultativité* »¹⁵⁹³.

Après les voir situés sur l'échelle des normes, situons-les dans le cadre des outils des collectivités territoriales.

Ainsi que l'avance le professeur Bertrand Faure, « [l]e droit des collectivités territoriales est "malade de ses normes" »¹⁵⁹⁴. Selon lui, « *se développe une nébuleuse de plus en plus diffuse de para-normes établies au sein de la communauté des élus (schémas, conventions,*

¹⁵⁸⁶ Un droit dur et un droit souple transitoires se côtoieraient donc dans le domaine de la transition énergétique.

¹⁵⁸⁷ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, pp. 155 – 157.

¹⁵⁸⁸ *Id.*, p. 155.

¹⁵⁸⁹ *Id.*, pp. 70 – 71.

¹⁵⁹⁰ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, I) B) 2) b).

¹⁵⁹¹ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II) A) 2) a).

¹⁵⁹² Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II) B) 1) a).

¹⁵⁹³ Cédric GROULIER, « À propos de l' "interprétation facilitatrice des normes" », *RDP*, 1^{er} jan. 2015, pp. 209 – 210.

¹⁵⁹⁴ Bertrand FAURE, « Le droit des collectivités territoriales est "malade de ses normes" », *RFDA*, 2014, p. 467.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

*programmes, délégations de compétences...), lieu où se concentre la complexité croissante de la vie administrative »*¹⁵⁹⁵. Le professeur Faure valide donc le fait que les schémas soient de ces « *para-normes* », de cette « *légalisation interne* » propre à chaque collectivité territoriale¹⁵⁹⁶. Le professeur avance encore que ce mouvement se développe de concert avec la décentralisation dite « *à la carte* » traduite par des compétences aux contours qui vont varier selon chaque région¹⁵⁹⁷, métropole¹⁵⁹⁸ ou EPCI¹⁵⁹⁹, contribuant alors à ce que nous pourrions qualifier d'assouplissement du droit dur, au sens où il serait négocié dans chaque collectivité par ses récepteurs. Toutefois, il faut bien avouer que cette question semble fort complexe. Il paraît en effet difficile de classer les délibérations de transfert de compétences des collectivités territoriales dans le champ du droit souple étant donné qu'elles se situent davantage du côté des outils classiques de droit dur (ils créent des droits ou devoirs pour les collectivités destinataires). Cependant, il est vrai que la définition des compétences des collectivités territoriales s'est détachée des normes de droit dur (Constitution et lois) pour migrer vers des normes elles aussi entre droit dur et droit souple. En d'autres termes, il semblerait que « [d]e l'acceptation imposée de la règle, on est ainsi passé à l'acceptation négociée »¹⁶⁰⁰.

En définitive, l'usage du droit souple semble convenir à la recherche d'une flexibilité matérielle car il permet d'intercaler les nombreux schémas nationaux et territoriaux du droit de la transition énergétique dans l'ordonnancement classique des normes de manière fluide et différenciée. Au surplus, il s'accompagne d'un mouvement parallèle de négociation des normes applicables dans la définition des compétences des collectivités territoriales, qui semble l'éloigner de la conception pure du droit objectif, général et impersonnel¹⁶⁰¹. Mais, quelle que soit sa qualification théorique, cette liberté de choix accrue à disposition des collectivités territoriales devrait leur permettre de déterminer les moyens de mise en œuvre desdits documents de planification et potentiellement renforcer leur efficience.

2) Quelle normativité des démarches incitatives et déclarations d'intentions ?

Les démarches d'incitation au changement de comportement sont nombreuses dans la transition énergétique et son droit, tant l'ampleur de la tâche est grande et les comportements actuels néfastes pour la réduction des émissions de CO₂. Nous citerons à titre d'exemple les dispositifs d'incitation financière à la rénovation énergétique des logements¹⁶⁰² ou de leur

¹⁵⁹⁵ *Id.*, p. 468.

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*

¹⁵⁹⁷ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2, I) A) 2) b).

¹⁵⁹⁸ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2, I) B) 2) a).

¹⁵⁹⁹ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2, I) B) 1) b).

¹⁶⁰⁰ Bertrand FAURE, « Le droit des collectivités territoriales est "malade de ses normes" », *cit.*, 2014, p. 468.

¹⁶⁰¹ Pour le rapprocher alors davantage d'un droit subjectif ? Un droit qui lui serait propre ? Cf. sur le droit subjectif et la transition énergétique, Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, I).

¹⁶⁰² À l'image de l'éco-prêt à taux-zéro, cf. Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, « L'éco-prêt à taux zéro (éco-PTZ) », 2 jan. 2014, consulté le 6 déc. 2016 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Tout-sur-l-eco-pre-a-taux-zero,28949.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

équipement avec des appareils utilisant les énergies renouvelables¹⁶⁰³. Mais ce sont des démarches encadrées par le droit dur, à savoir, des lois de finances. Or il existe également des démarches incitatives davantage proches de la logique du droit souple, dont les territoires à énergie positive sont un bon exemple. Dans un second temps, il sera question des déclarations d'intention, là aussi nombreuses à rythmer de leurs annonces la transition en cours, dont la valeur juridique en principe nulle peut parfois monter d'un cran.

a) Les territoires à énergie positive, avatars des démarches incitatives de droit souple

Les territoires à énergie positive englobent ici les Territoires à énergie positive (TEPos) et Territoires à énergie positive pour la croissance verte (TEPCV) vus au chapitre précédent¹⁶⁰⁴ mais constituent deux démarches bien différentes à l'appréhension juridique en conséquence variable.

Les territoires souhaitant devenir un TEPoS doivent pour cela signer la charte du réseau des Territoires à énergie positive¹⁶⁰⁵ les engageant à agir dans le sens de la sobriété et de l'efficacité énergétique, à couvrir leurs besoins par des énergies renouvelables, à associer la population aux décisions publiques et à partager leur expérience avec leurs pairs. Cette charte remplit les trois critères cumulatifs du Conseil d'Etat¹⁶⁰⁶ en ce qu'elle a pour objectif d'orienter le comportement de ses destinataires (les collectivités signataires), ne crée pas de droit ou d'obligation par elle-même et enfin est rédigée avec un degré de formalisation l'apparentant à du droit dur. En conséquence, et du fait de son absence de reconnaissance par un texte de droit dur, dans l'échelle de normativité du Palais-Royal, cette charte est à ranger dans la catégorie du « *droit souple non reconnu par le droit dur* »¹⁶⁰⁷, soit l'échelon le moins normatif. Sa force dépend donc uniquement de celle que lui attribuent ses signataires.

En parallèle se sont développés les TEPCV, quant à eux reconnus par la loi de transition énergétique elle-même¹⁶⁰⁸. Ils sont pour leur part formalisés par la signature d'une convention de financement entre l'Etat et la commune ou l'EPCI concerné ainsi qu'il ressort de l'instruction du 26 mai 2015¹⁶⁰⁹. Ils peuvent être assimilés aux contrats de plan Etat-région visant à « *coordonner les différentes politiques publiques, en dehors de toute intervention dirigiste et de solutions imposées* »¹⁶¹⁰. La convention de financement des TEPCV permet ainsi d'engager des financements sur la politique publique de l'énergie¹⁶¹¹ en laissant les

¹⁶⁰³ À l'image du crédit d'impôt transition énergétique, cf. Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, « L'éco-prêt à taux zéro (éco-PTZ) », 9 mars 2016, consulté le 6 déc. 2016 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Le-credit-d-impot-transition.html>].

¹⁶⁰⁴ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2, II) A).

¹⁶⁰⁵ Disponible ici : [<http://www.territoires-energie-positive.fr/documents/documents-cadres-du-reseau>].

¹⁶⁰⁶ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, p. 9.

¹⁶⁰⁷ *Id.*, p. 70.

¹⁶⁰⁸ Art. 1^{er} de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, codifié à l'art. L. 100-2, dernier al. du Code de l'énergie.

¹⁶⁰⁹ Instruction du Gouvernement du 26 mai 2015 sur la mise en place des conventions particulières pour les territoires à énergie positive pour la croissance verte.

¹⁶¹⁰ Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, 2015, p. 397.

¹⁶¹¹ Les TEPCV ayant pour but officiel de « *concourir à la réalisation de ces objectifs* ». Cf. C. Ener., art. L. 100-2 dernier al.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

collectivités locales proposer des solutions qui lui sont propres à l'Etat. Les contrats de plan Etat-région étant expressément inclus par le Conseil d'Etat dans l'échelle de normativité au sein de la catégorie « [d]roit souple bénéficiant sous diverses formes d'une reconnaissance par le droit dur »¹⁶¹², du fait de leur reconnaissance par la loi de 1982¹⁶¹³, les conventions de financement des TEPCV suivent la même logique, appuyées pour leur part sur la loi de transition énergétique.

Nonobstant, la qualification de ce procédé de contractualisation entre personnes publiques (et depuis le 7 novembre 2016 théoriquement ouvert à des personnes privées¹⁶¹⁴) semble pour sa part tendre vers le droit flou alors qu'il est important de savoir à quelle juridiction une des parties s'estimant lésée pourrait recourir pour faire appliquer la fameuse « loi des parties »¹⁶¹⁵. En application du critère organique de reconnaissance des contrats administratifs, la « présomption d'administrativité »¹⁶¹⁶ du contrat devrait s'appliquer. Et pourtant, les conventions de financement des TEPCV, bien que d'objets divers et variés¹⁶¹⁷ ne comportent pas de clauses exorbitantes du droit commun¹⁶¹⁸ et ne semblent faire « naître entre les parties que des rapports de droit privé »¹⁶¹⁹. Dans les faits, il semblerait que nous puissions rapprocher les conventions de TEPCV du cas de l'arrêt *Commune de Morestel*¹⁶²⁰. A l'instar du 3^e considérant dudit arrêt, l'accord entre l'Etat et la collectivité locale n'a qu'un « objet exclusivement financier, détachable des opérations [visées] ; qu'il n'a pas pour objet l'exécution d'une mission de service public incombant à l'une ou l'autre de ses parties ; qu'il ne comporte aucune clause exorbitante du droit commun ; que ce contrat, passé notamment entre deux personnes publiques, ne fait par suite, nonobstant la circonstance qu'il a été conclu dans le cadre de la procédure [TEPCV], naître entre ses parties que des rapports de droit privé et n'a pas le caractère d'un contrat administratif ». Mais, vu la diversité des objets de convention et l'ouverture du périmètre de financement à des personnes privées, des doutes existent sur cette qualification en cas de conflit autour de deniers accordés qui seraient utilisés à d'autres fins que celles convenues dans la convention de financement.

b) Les déclarations d'intention, des actes administratifs verbaux ?

Ainsi qu'il a été vu précédemment, les annonces faites dans les feuilles de route des conférences environnementales, qui sont des instruments plutôt susceptibles d'être qualifiés

¹⁶¹² Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, p. 70.

¹⁶¹³ Art. 4 de la loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification.

¹⁶¹⁴ Instruction du Gouvernement du 26 mai 2015 sur la mise en place des conventions particulières pour les territoires à énergie positive pour la croissance verte.

¹⁶¹⁵ En application de l'art. 1103, al. 1^{er} du Code civil.

¹⁶¹⁶ Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, 2015, p. 411.

¹⁶¹⁷ De la rénovation énergétique de bâtiments publics à l'habillage d'un tramway en vue de sensibiliser la population à la tenue de la COP 21. Cf. respectivement les conventions de financement de la Communauté de communes Garazi-Baigorri (p. 9) et de Bordeaux Métropole (pp. 12 – 13). Disponibles au lieu suivant : [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Aquitaine,44063.html>].

¹⁶¹⁸ Les deux parties étaient placées sur un pied d'égalité dans la convention, notamment *via* des conditions de rupture égales. Cf. Art. 7 du modèle de convention mise à disposition dans l'instruction du Gouvernement du 26 mai 2015 sur la mise en place des conventions particulières pour les territoires à énergie positive pour la croissance verte.

¹⁶¹⁹ Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, 2015, p. 411.

¹⁶²⁰ CE, 1^{er} mars 2000, *Cne de Morestel*, n° 192790.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

de documents préparatoires, peuvent néanmoins avoir des conséquences et faire grief¹⁶²¹. Outre la recherche de la recevabilité de la feuille de route devant le juge, une voie étroite pourrait autoriser la recevabilité d'un recours à l'encontre d'un discours politique, à l'image de ceux ayant ponctué la conférence environnementale de 2014.

La possibilité d'un tel recours à l'encontre de ce qui est alors nommé « *acte administratif verbal* », ne fonctionne pas à l'encontre d'une simple déclaration d'intention non révélée par une mesure ultérieure d'exécution ni contre un discours annonçant la prise d'un acte de droit dur (c'est alors ce dernier acte qui doit être attaqué)¹⁶²². En revanche, la jurisprudence a accueilli favorablement des recours contre certains actes non formalisés faisant grief rendus publics par voie de conférence ou de communiqué de presse et qui n'ont « *pas été matérialisé[s] par un écrit subséquent contre lequel un recours contentieux aurait pu être exercé* »¹⁶²³. De telles déclarations d'intention, solennisées par une diffusion publique ritualisée provenant d'institutions détenant un pouvoir réglementaire, peuvent donc acquérir une certaine normativité. Mais uniquement lorsqu'aucun acte administratif de rang supérieur directement lié n'est pris par la suite.

Dans le cas de la transition énergétique, les discours et déclarations d'intentions sont nombreux à provenir d'institutions officielles, et en premier lieu du ministère de l'Environnement. Cependant, dans leur grande majorité, soit ils annoncent des décisions nécessitant des actes de droit dur, soit ils ne causent pas grief. Quelques exceptions semblent néanmoins exister. Ainsi, l'annonce de la mesure de suppression de l'assurance-crédit à l'export des centrales au charbon dans la feuille de route de la conférence environnementale de 2014 a en réalité été annoncée auparavant dans les discours du Président de la République¹⁶²⁴ et du Premier Ministre¹⁶²⁵ à la tenue de ladite conférence. Cette mesure étant annoncée lors d'un événement symbolique et solennel, la jurisprudence sur la publicité du discours semble être respectée. Quant à annoncer un acte administratif de droit dur devant être postérieurement pris, nous avons vu que cette annonce n'en nécessite pas pour être appliquée¹⁶²⁶ et avoir un impact prégnant.

En théorie, il semble donc tout à fait envisageable de porter un recours à l'encontre d'un « *acte administratif verbal* » dans le champ de la transition énergétique s'il devait se concrétiser sans passer par un document de rang supérieur dans l'échelle de normativité, ouvrant une nouvelle voie de contrôle des décisions prises dans le cadre de cette transition.

¹⁶²¹ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 2, I) B) 1) a).

¹⁶²² Nathalie HAVAS, « Irrecevabilité d'un recours dirigé contre une annonce faite dans un discours politique », *AJDA*, 2016, pp. 493 – 494.

¹⁶²³ *Id.*, p. 494.

¹⁶²⁴ François HOLLANDE, Président de la République, « Discours lors de la Conférence environnementale », publié le 11 déc. 2014, consulté le 6 déc. 2016 [<http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-lors-de-la-conference-environnementale/>].

¹⁶²⁵ Manuel VALLS, Premier Ministre, « Discours du Premier ministre - Clôture de la Conférence environnementale », 28 nov. 2014, consulté le 6 déc. 2016 [<http://www.gouvernement.fr/partage/2745-discours-de-manuel-valls-lors-de-la-cloture-de-la-conference-environnementale-du-28-novembre-2014>].

¹⁶²⁶ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 2, I) B) 1) a).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Une fois passés en revue les instruments emblématiques de la transition énergétique et leur saisie par le droit souple, s'impose l'étude du mouvement inverse, à savoir, la reconnaissance progressive d'instruments de droit souple et leur rôle dans le droit de la transition énergétique.

II. L'entrée du droit souple dans les prétoires à l'ère de la régulation et ses conséquences pour le droit de la transition énergétique

Le droit et la société se répondent, l'un n'étant que l'expression de l'autre. Ou du moins, le droit est le reflet de la vision de la société qu'en a son auteur (qu'il soit législateur, pouvoir réglementaire ou auteur d'une norme de droit souple), éventuellement tempéré par le contrôle du citoyen, surtout en sa qualité d'électeur. À ce titre, lorsque la situation économique et sociale d'un pays évolue, le droit l'accompagne, parfois en l'initiant, parfois en la suivant, avec un temps de latence variable. La métamorphose libérale et individualiste opérée depuis plus de 20 ans en France, nommée par le professeur Jacques Chevallier « *post-modernité* »¹⁶²⁷, se traduit alors par une évolution du droit, de la conception de sa place et de son rôle. Le droit de la transition énergétique trouve parfaitement sa place dans cette nouvelle réalité. La réorganisation à l'œuvre, dont l'émergence du droit souple n'est qu'un des symptômes, entraîne l'émergence d'autorités administratives indépendantes qui vont participer de l'encadrement de la transition énergétique en rejoignant les sources de son droit.

A) L'ère du droit post-moderne et la transition énergétique

En 2003, la régulation était encore considérée comme un objet nouveau, attention de colloques sur ses effets anticipés sur le droit et notamment les juges¹⁶²⁸. Avec le recul et ainsi qu'il sera développé ci-après, l'idée de régulation aura eu un impact sur notre droit tel qu'écrit par le législateur mais aussi sur le droit délibéré dans les tribunaux. Dans un premier temps, il est impératif de donner davantage de détails sur le droit dans l'ère post-moderne, la régulation et ses avatars, les autorités administratives indépendantes (AAI). Dans un second temps, de s'intéresser aux AAI dans le droit de la transition énergétique. L'ensemble de ces éléments ouvrira les portes d'une réflexion postérieure sur l'appréhension jurisprudentielle de cette évolution.

1) Le droit dans l'ère post-moderne, la régulation et ses autorités administratives indépendantes

Au tournant du XXI^e siècle, le mouvement mondial de privatisation des activités économiques directement gérées par l'Etat se traduit par le passage « *de l'Etat opérateur à*

¹⁶²⁷ Jacques CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2008.

¹⁶²⁸ Richard DESCOINGS, « La nécessité d'une réflexion générale et croisée sur la régulation », *Petites affiches*, vol. 17, 2003, p. 4.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

l'Etat régulateur »¹⁶²⁹. Ce mouvement est particulièrement prégnant dans les secteurs des transports, des télécommunications ou de l'énergie¹⁶³⁰, dont la traduction pour ce dernier se fait par les lois du 9 août 2004 et du 7 décembre 2006¹⁶³¹. En conséquence, la mission de l'Etat évolue pour devenir celle d'un « arbitre du jeu économique », ce qui « *présuppose que le système économique ne peut atteindre à lui seul l'équilibre, qu'il a besoin de la médiation de l'Etat pour y parvenir* »¹⁶³².

Cette évolution du contexte vers une société dite post-moderne se traduit par des attaques à l'encontre du droit administratif, symbole de la spécificité de l'Etat dans le jeu économique¹⁶³³, pour le remplacer par un droit qualifié par extension de post-moderne, présumé pragmatique, souple et adaptable¹⁶³⁴. « [L]a norme juridique tend [alors] à être englobée dans une problématique plus large de la régulation, qui infléchit sa logique : visant à assurer la reproduction des équilibres sociaux, la régulation suppose en effet le recours à une panoplie de moyens d'action, les uns juridiques, les autres non juridiques »¹⁶³⁵. La régulation tend alors à mettre le droit à son service, refaçonné dans un « continuum »¹⁶³⁶ allant du non-droit au droit le plus dur¹⁶³⁷.

Ces évolutions économiques et de conception juridique se traduisent tout particulièrement dans l'émergence des AAI, regroupant tant des pouvoirs réglementaires que d'autres « *plus informels d'influence et de persuasion* »¹⁶³⁸. Ces derniers moyens d'action bénéficient d'un certain mélange des genres, nommé « ombre portée de la sanction »¹⁶³⁹, qui veut que lorsque l'AAI s'exprime sans passer par ses outils réglementaires ou de sanction, ses prises de positions bénéficient tout de même d'un poids particulier, du fait de la possibilité d'utiliser le même raisonnement dans l'usage desdits pouvoirs réglementaires ou de sanction. Les effets tangibles d'un discours politique vus quelques paragraphes plus haut font écho à cette idée. La régulation exercée par les AAI est comparée par MM. Louis Dutheil de Lamothe et Guillaume Odinet, Maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, à « *une forme d'exercice d'une mission globale de police administrative* »¹⁶⁴⁰. Le poids des mots utilisés ici montre bien que la notion de police administrative, privilège par essence de l'administration¹⁶⁴¹ pour des

¹⁶²⁹ Jacques CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, cit., 2008, p. 59.

¹⁶³⁰ Rapport public 2006 du Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, p. 233.

¹⁶³¹ Respectivement, loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières ; et loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.

¹⁶³² Jacques CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, cit., 2008, p. 62.

¹⁶³³ *Id.*, pp. 74 – 75.

¹⁶³⁴ *Id.*, p. 137.

¹⁶³⁵ *Id.*, p. 145.

¹⁶³⁶ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, p. 9.

¹⁶³⁷ La volonté d'insertion de ce qui est dénommé « règle d'or budgétaire » dans la Constitution procède notamment de cette volonté d'appliquer une rationalité privée à la norme suprême de l'Etat.

¹⁶³⁸ Jacques CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, cit., 2008, p. 145.

¹⁶³⁹ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, p. 106.

¹⁶⁴⁰ Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Un recours souple pour le droit souple », *AJDA*, 2016, p. 718.

¹⁶⁴¹ Principalement du Premier ministre, du préfet et du maire s'agissant de la police administrative générale. Cf. Jean WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 26^e Edition, 2016, pp. 377 – 379.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

questions essentiellement d'ordre public¹⁶⁴², est sous l'empire de la régulation réutilisée afin de confier davantage de légitimité à des autorités déclarées indépendantes de cette dernière. Cette légitimité justement vient en grande partie de « *la proximité entre le régulateur et les régulés* »¹⁶⁴³, que d'aucuns pourraient percevoir comme une réglementation laxiste fondée sur le conflit d'intérêts, mais permettant aux AAI de susciter l'adhésion des acteurs du secteur qu'elles régulent.

Cependant, d'après la professeure Anne-Sophie Barte, « [l]es AAI constituent un nouveau mode de gouvernance dans lequel l'Etat avance masqué (elles agissent en son nom et engagent sa responsabilité) »¹⁶⁴⁴. L'Etat serait donc toujours bien présent, tapi derrière le paravent offert par ces autorités en apparence déliées de son influence. Nonobstant, si la mue de l'Etat lui permet de transmettre ses impératifs propres (qui sont en principe ceux du peuple ayant élu ses représentants) et de le faire d'autant plus aisément que les récepteurs de la norme y ont contribué et la perçoivent juste, nous n'y verrions que des avantages.

Néanmoins, il semblerait que ce soit la perspective d'un équilibre – difficile à trouver – entre incitation et contrainte, imparfaitement traduite par l'opposition entre droit souple et droit dur, qui devrait à terme permettre d'obtenir la meilleure conciliation possible entre les intérêts de la société comme un tout et les intérêts de certains de ses acteurs privés. Si cela est vrai concernant la préservation de l'environnement¹⁶⁴⁵, cela est par extension vrai s'agissant de l'organisation de la transition énergétique¹⁶⁴⁶.

2) Les multiples autorités administratives indépendantes sources du droit de la transition énergétique

Etant un chantier atteignant une bonne partie de notre société, la transition énergétique tombe naturellement sous la coupe de multiples AAI. Si, de toute évidence, la CRE est la principale concernée, d'autres AAI seront amenées à exercer leurs pouvoirs de recommandation ou de sanction sur des aspects qui peuvent se révéler fort importants pour l'ensemble du processus.

a) La CRE, autorité de régulation naturelle de la transition énergétique

La Commission de régulation de l'énergie est considérée comme une AAI par le Conseil d'Etat depuis son rapport annuel de 2001 (consacré au sujet des AAI). Le Conseil lui attribue ce statut suite à l'analyse de ses particularités de composition et de fonctionnement et surtout « *des travaux parlementaires, même si le texte de loi ne le dit pas expressément* »¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴² *Id.*, pp. 367 – 374.

¹⁶⁴³ Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Un recours souple ... », *cit.*, 2016, p. 718.

¹⁶⁴⁴ Anne-Sophie BARTEZ, « Les avis et recommandations des autorités indépendantes », *Le droit souple*, Association Henri Capitant, Dalloz, 2009, p. 62.

¹⁶⁴⁵ Hafida BELRHALI-BERNARD, « Le droit de l'environnement : entre incitation et contrainte », *RDP*, vol. 6, pp. 1689 – 1692.

¹⁶⁴⁶ Les dispositifs légaux de facilitation de l'investissement local dans les installations d'énergie renouvelable font partie de ces dispositifs d'incitation. Ils sont issus du droit dur mais ne sont qu'une proposition à l'égard des habitants d'un territoire. Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 1, I).

¹⁶⁴⁷ Rapport public annuel 2001 du Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes*, La Documentation française, p. 266.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Concernant son statut et ses pouvoirs, un bon aperçu en a déjà été donné au chapitre précédent¹⁶⁴⁸. Cependant, l'usage de ses outils de droit souple a été peu développé.

Dans les faits, la CRE se considère elle-même source de *soft law* par nature, du fait de ses missions confiées par la loi, de ses compétences, de sa légitimité et de son objectivité¹⁶⁴⁹. Son organe de jugement, le Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDIS), a d'ailleurs déclaré en 2007 qu'une « *procédure, élaborée et acceptée tant par les utilisateurs que par les gestionnaires de réseaux sous l'égide de la Commission de régulation de l'énergie, constitue un usage communément admis par la profession qui n'est donc pas dépourvu, à ce titre, de valeur normative* »¹⁶⁵⁰. Cela sous-entend que la CRE reconnaît donc une valeur normative aux documents élaborés sous son égide alors même qu'ils ne seraient appréhendés par aucun texte de droit dur, et que les juges maintenaient à l'époque une jurisprudence hostile à la reconnaissance d'un recours contre un acte ne modifiant pas l'ordonnancement juridique. Cette décision est l'illustration de la proximité régulateur/régulé évoquée précédemment et de la force qui est conférée *de facto* à des documents issus d'une conception conjointe.

D'ailleurs, la CRE participe également à l'élaboration de la réglementation au niveau européen, dont un bon exemple n'est autre que les codes de réseau. Prévus par l'article 6 du règlement CE n° 714/2009¹⁶⁵¹, et élaborés notamment par les gestionnaires de réseaux des différents pays européens, ils harmonisent les règles de gestion des réseaux en particulier concernant les interconnexions transfrontalières¹⁶⁵². L'intérêt supplémentaire de ces codes, c'est qu'ils peuvent faire leur entrée dans le droit dur européen. Le règlement sur les codes réseau de raccordement électrique adopté le 14 avril 2016¹⁶⁵³ en est un exemple¹⁶⁵⁴. Ce cas de figure est donc celui d'un droit proposé, issu d'une conception conjointe des acteurs à qui il s'imposera plus tard. C'est en quelques sortes un droit souple qui a réussi à passer à l'échelon supérieur de l'échelle des normes du Conseil d'Etat évoquée auparavant.

Au niveau national, si la CRE est puissante à l'égard des activités des personnes morales qu'elle régule, *via* notamment l'ombre portée des sanctions du CoRDIS, elle ne manque pas d'atouts d'influence à l'encontre du niveau supérieur, à savoir le pouvoir réglementaire. De fait, « [e]lle rend des avis sur les arrêtés ministériels fixant les tarifs réglementés de vente de l'électricité et du gaz et les tarifs de l'obligation d'achat des énergies renouvelables. Ces avis

¹⁶⁴⁸ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1, I) B) 1) b) et II) B) 2).

¹⁶⁴⁹ Philippe DE LADOUCKETTE, « La *soft law*, un instrument de régulation nécessaire », *Décryptages*, n° 18, mars/avr. 2010, p. 1.

¹⁶⁵⁰ CoRDIS, 26 sep. 2007, *Société Poweo*, p. 8.

¹⁶⁵¹ Règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n° 1228/2003.

¹⁶⁵² Cf. CRE, « Les codes de réseau européens », consulté le 7 déc. 2016 [<http://www.cre.fr/reseaux/reseaux-publics-d-electricite/raccordement>].

¹⁶⁵³ Règlement (UE) 2016/631 de la Commission du 14 avril 2016 établissant un code de réseau sur les exigences applicables au raccordement au réseau des installations de production d'électricité.

¹⁶⁵⁴ Plusieurs autres codes réseau sont néanmoins en gestation ou adoptés. Cf. Commission européenne, « Electricity network codes and guidelines », consulté le 7 déc. 2016 [<http://ec.europa.eu/energy/en/topics/wholesale-market/electricity-network-codes>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

ont un poids croissant. En effet, ils sont publics et étayés par des analyses détaillées »¹⁶⁵⁵. La publication de ces avis détaillés constitue une application de ce qui est dénommé « *sunshine regulation* »¹⁶⁵⁶. Usuellement utilisée pour attirer l'attention du public sur un aspect condamnable (ne serait-ce que moralement) de la gestion d'un organisme, cette technique est ici utilisée pour prendre à témoin le public de la potentielle divergence entre le Gouvernement et la CRE. En étayant ses délibérations sur les propositions de textes réglementaires par des analyses chiffrées frappées au coin de la « *bonne gestion* », la CRE tente ainsi d'orienter la décision dans un sens qui lui convient davantage. L'ombre portée n'est ici pas celle de la sanction par l'AAI elle-même, mais celle du risque que prend le pouvoir réglementaire de voir son texte attaqué par un justiciable, incité et appuyé par l'analyse de la CRE¹⁶⁵⁷.

De par son influence et son pouvoir réglementaire ou de sanction sur l'électricité et le gaz, la CRE est déjà naturellement l'AAI principale dans le domaine du droit de la transition énergétique. Plus encore, la loi de transition énergétique lui a rajouté 13 nouvelles missions d'évaluation (souvent *via* des avis techniques et économiques), d'avis, d'élaboration de rapports publics ou d'approbation de conventions et de règles¹⁶⁵⁸.

Cependant, d'autres AAI ont également des fonctions qui peuvent s'avérer importantes dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit de la transition énergétique.

b) De multiples autres autorités administratives indépendantes amenées à jouer un rôle dans le droit de la transition énergétique

Dans un rapport parlementaire de 2014, pas moins de 42 AAI étaient recensées¹⁶⁵⁹. Au sein de cette liste variée « *en perpétuel mouvement* »¹⁶⁶⁰, en sus de la CRE, 8 pourraient aisément avoir un rôle à jouer dans la transition énergétique et son droit. Elles peuvent être ou sont directement concernées par la production d'énergie, sa consommation, les marchés de l'énergie, l'accès à l'information et les procédures de participation publique ou encore la collecte et gestion des données personnelles. Etant donné la liste d'AAI concernées, elles sont présentées dans la table 4 ci-dessous, avec leurs missions principales et un exemple de leur tâche dans le cadre de la transition énergétique (et par extension de son droit).

¹⁶⁵⁵ Delphine GIRARD-DORMEUIL, Jean-Yves OLLIER, « La Commission de régulation de l'énergie est dotée d'un pouvoir réglementaire propre », *JCP G*, n° 5, 2015, p. 143.

¹⁶⁵⁶ Cf. notamment, Marie CRESPIY-DE CONINCK, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, Université de Montpellier, 2015, p. 174.

¹⁶⁵⁷ Cf. par exemple la délibération de la CRE du 28 mai 2014 portant avis sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent implantées à terre, venue étayer un recours à l'encontre de l'arrêté éponyme publié le 17 juin 2014. Bien que ce dernier n'ait pas suivi l'avis négatif de la CRE, le recours a finalement été rejeté (également sur le point disputé du montant des tarifs d'achat) par le Conseil d'Etat. CE, 9 mars 2016, n° 384092.

¹⁶⁵⁸ CRE, *Rapport d'activité 2015 : Document de référence*, 7 juil. 2016, p. 17 [<http://www.cre.fr/documents/publications/rapports-d-activite/rapport-d-activite-2015>].

¹⁶⁵⁹ Sénat, Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, Rapport n° 616 sur les autorités administratives indépendantes, Patrice GELARD, 11 juin 2014, annexe 1, pp. 47 – 52.

¹⁶⁶⁰ *Id.*, p. 8.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

AAI	Mission(s) principale(s)	Rôle potentiel dans la transition énergétique
Autorité de sûreté nucléaire (ASN)	Participer à l'élaboration de la réglementation sur la sûreté nucléaire ; contrôler les installations concernées ; délivrer une partie des autorisations requises durant la vie des réacteurs ; informer le public notamment en situation d'urgence.	Contrôler la sûreté des réacteurs nucléaires français et potentiellement influencer sur le rythme de leur fermeture/remplacement.
Médiateur national de l'énergie	Informers les consommateurs d'énergie ; proposer des solutions amiables dans leurs litiges avec les fournisseurs ou distributeurs d'énergie.	Veiller à une transition qui ne lèse pas les consommateurs d'énergie.
Autorité des marchés financiers (AMF)	Contrôler et autoriser les acteurs et produits financiers des places de marché concernées ; veiller à l'information des investisseurs.	Veiller à ce que toutes les informations nécessaires soient disponibles sur l'aspect financier d'enjeux énergétique nationaux (grand carénage nucléaire, santé financière des principaux énergéticiens ...).
Autorité de la concurrence	Garantir le respect de l'ordre public économique par le contrôle préalable des opérations de concentration et la répression des pratiques anticoncurrentielles ; rendre des avis et recommandations pour améliorer la concurrence sur les marchés.	Veiller à l'accès au marché des nouveaux arrivants face aux anciens monopoles publics, longtemps peu enclins à développer les énergies renouvelables.
Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)	Rendre des avis sur le refus de communication de documents de l'administration aux particuliers/entreprises/associations ; informer le public sur ses droits d'accès ; faire des recommandations au gouvernement.	Veiller à l'impératif de communication des documents sur les projets pouvant avoir un impact environnemental (dont les infrastructures énergétiques).
Commission nationale du débat public (CNDP)	Garantir l'information et la participation des citoyens sur les grands projets ou sur des questions d'intérêt national.	Veiller au processus de participation pour des débats nationaux sur l'énergie ou sur des lignes THT, les parcs éoliens offshore...

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

AAI	Mission(s) principale(s)	Rôle potentiel dans la transition énergétique
Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)	Rendre des avis sur les projets de loi/décret/arrêté concernant les communications électroniques ; préciser les règles sur l'utilisation ou l'exploitation des réseaux et fréquences de télécommunication ; contrôler et sanctionner les contrevenants à la réglementation ; garantir l'information du public.	Veiller aux conditions du développement d'un réseau de capteurs sur l'ensemble du réseau énergétique dont les points de consommation (compteur Linky...).
Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)	Informers les particuliers et professionnels sur les données personnelles ; rendre des avis sur des projets de texte au gouvernement ; contrôler et sanctionner les violations de la vie privée via les données personnelles ou la vidéosurveillance.	Veiller à la sauvegarde des données de consommation d'énergie des particuliers et professionnels dans le cadre du traitement de masse des données et de leur transmission aux collectivités territoriales ou à des tiers.

Table 4 : Table des autorités administratives indépendantes dans la transition énergétique

De par leur variété mais surtout leurs pouvoirs étendus, les AAI, parfois qualifiées de « *petits Etats sectoriels, en quasi-léviton par rapport à l'Etat traditionnel à la fois unifié et conçu sur la séparation des pouvoirs* »¹⁶⁶¹, doivent voir leurs décisions soumises à un contrôle juridictionnel. Et pour toute la partie *a priori* non normative de ces décisions, les portes du contentieux commencent seulement à s'ouvrir.

B) L'entrée progressive du droit souple dans le prétoire et ses perspectives pour le droit de la transition énergétique

Depuis l'apparition des premières AAI dans les années 1970, ce n'est pas la première fois que des recours sont intentés à l'encontre de leurs avis, recommandations et autres positions publiques. Cependant, le juge refusait catégoriquement d'examiner de telles demandes jusqu'au célèbre arrêt *Duvignères*¹⁶⁶² qui a ouvert la voie aux recours pour excès de pouvoir contre les circulaires impératives¹⁶⁶³. Ainsi, en 2011, par exemple, le Conseil d'Etat acceptait un recours à l'encontre d'une délibération de la CRE sur l'expérimentation de l'effacement diffus de consommation d'électricité¹⁶⁶⁴. Il réitérait alors que « *les dispositions impératives à caractère général contenues dans une délibération d'une autorité administrative*

¹⁶⁶¹ Assemblée nationale, Rapport n° 3166, Sénat, Patrice Rapport n° 404, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Patrice GELARD, « Rapport sur les autorités administratives indépendantes », Tome I, 15 juin 2006, p. 52.

¹⁶⁶² CE, Sect., 18 déc. 2002, *Mme Duvignères*, n° 233618.

¹⁶⁶³ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, p. 76.

¹⁶⁶⁴ CE, 3 mai 2011, *Société Voltalis*, n° 331858.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

indépendante doivent être regardées comme faisant grief »¹⁶⁶⁵. Dès la même année la situation allait changer plus encore, la porte du prétoire s'entrebâillant d'abord légèrement puis plus franchement. À l'image de cet arrêt de 2011 sur une délibération de la CRE, ce revirement jurisprudentiel d'importance aura des répercussions sur le droit de la transition énergétique.

1) L'entrée progressive du droit souple dans le prétoire

L'évolution de la jurisprudence en matière de recours à l'encontre des décisions de droit souple des AAI se fera en deux phases et à 5 ans d'intervalle pour aboutir à deux décisions du même jour qui « *ont déjà leur place au panthéon des grands arrêts de la jurisprudence administrative* »¹⁶⁶⁶.

a) La reconnaissance de l'ombre portée de la sanction par le juge.

La première décision qui a ébranlé la jurisprudence antérieure est prise le 27 avril 2011 (d'ailleurs quelques jours avant la décision *Société Voltalis* évoquée quelques lignes plus haut) suite à un recours déposé par une association (FORMINDEP) à l'encontre de la Haute Autorité de santé (HAS), une AAI. Cette dernière avait édicté des recommandations de bonnes pratiques, recommandations qui ont explicitement pour but d'influencer les pratiques des professionnels de santé, qui sont d'ailleurs tenus par leur obligation déontologique d'en tenir compte en ce qu'elles représentent l'état de la science¹⁶⁶⁷. Dès lors, le juge, « *laissant complètement de côté le critère de l'impérativité* »¹⁶⁶⁸, substitue au critère de la lettre du régulateur celui des effets potentiels sur les régulés du fait des pouvoirs de l'AAI.

Le Conseil d'Etat, cette fois dans son rapport de 2013, souligne à propos de cet arrêt la vertu d'un tel contrôle des AAI donnant « *une importance particulière au respect des exigences procédurales "de transparence, d'équité, etc. destinées à garantir l'existence et la qualité du dialogue qui doit précéder et accompagner l'édiction de la norme"* »¹⁶⁶⁹. Les recommandations ont en effet été annulées pour cause de manquement aux procédures visant à éviter les conflits d'intérêt dans leur édicton¹⁶⁷⁰. Il peut paraître paradoxal à première vue qu'une norme de professionnels élaborée bien loin des travées de l'Assemblée nationale et du Sénat, davantage accessibles au public, soit amenée à être contrôlée presque plus sévèrement sur ces valeurs que le droit dur classique, dont nous avons vu les errements dans les chapitres précédents¹⁶⁷¹, et pourtant, c'est bien là la valeur ajoutée de la soumission du droit souple au contrôle du juge.

L'année suivante, par ses décisions rendues le même jour *Société Casino Guichard-Perrachon* et *Société ITM Enterprises*, le Conseil d'Etat arrête la rédaction de son considérant

¹⁶⁶⁵ *Id.*, cons. 2.

¹⁶⁶⁶ Yann AGUILA, Guillaume FROGER, « Droit souple. - Les autorités de régulation sous le contrôle du juge », *JCP G*, n° 23, 6 juin 2016, p. 2.

¹⁶⁶⁷ CE, 27 avr. 2011, *Association FORMINDEP*, n° 334396, cons. 1.

¹⁶⁶⁸ Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », *AJDA*, 2012, p. 2374.

¹⁶⁶⁹ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, p. 78.

¹⁶⁷⁰ CE, 27 avr. 2011, *Association FORMINDEP*, n° 334396, cons. 4 et 5.

¹⁶⁷¹ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, II) B) et section 2, II) A) 2).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

de principe sur les recours à l'encontre des actes de droit souple des AAI. Ainsi, au critère des dispositions générales et impératives, il ajoute les « *prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance* »¹⁶⁷². Les juges du Palais-Royal reconnaissent ainsi – au moins en partie – l'ombre portée de la sanction, qui telle une épée de Damoclès pèse au-dessus de la tête des régulés. C'était nécessaire car ainsi que le souligne le professeur Didier Ferrier, les destinataires des avis, prises de position, recommandations – peu importe leur nom¹⁶⁷³ – ne peuvent que difficilement les ignorer¹⁶⁷⁴. D'autant plus lorsqu'ils sont « *très détaillés* » et utilisés « *de façon très proactive, aux fins non pas certes de sanctionner, mais à tout le moins d'infléchir certaines pratiques* »¹⁶⁷⁵. Nous retrouvons ici l'un des critères essentiels du Conseil d'Etat pour reconnaître le droit souple, la volonté d'influencer le destinataire¹⁶⁷⁶.

Mais ces conditions de recours ne représentaient qu'une voie étroite à la disposition des régulés, qui finalement tenait davantage compte du pouvoir de l'AAI que des effets constatés sur le terrain. Un critère plutôt organique en somme.

b) La réorientation de l'examen du juge sur les effets des décisions des autorités de régulation

Le revirement amorcé est complété le 21 mars 2016 par deux arrêts là aussi du même jour, *Société Fairvesta International* et *Société NC Numericable*. L'apport tient dans le nouveau considérant de principe sur les conditions d'acceptation d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'actes de droit souple émis par une AAI :

« [C]es actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent... »¹⁶⁷⁷.

Dans l'affaire *Fairvesta*, Suzanne Von Coester et Vincent Daumas relèvent qu'il s'agit d'un exemple « *emblématique* » de la « *sunshine regulation* » évoquée précédemment¹⁶⁷⁸. Le requérant avait alors subi la sanction du public suite à la lumière crue jetée par l'AMF sur ses produits financiers, se traduisant par un impact fort sur ses ventes¹⁶⁷⁹. C'est sur la base de cette conséquence, jugée notable et fondant un intérêt direct et certain du requérant que le juge a estimé recevable le REP. Il était en effet nécessaire de reconnaître qu'un acte de droit

¹⁶⁷² CE, 11 oct. 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193, cons. 2 ; CE, 11 oct. 2012, *Société ITM Entreprises*, n° 346378, cons. 3.

¹⁶⁷³ Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », *AJDA*, 2012, p. 2373.

¹⁶⁷⁴ Didier FERRIER, « Concurrence-Distribution : janvier 2012 – décembre 2012 », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 732.

¹⁶⁷⁵ Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », *cit.*, 2012, p. 2374.

¹⁶⁷⁶ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La Documentation française, p. 9.

¹⁶⁷⁷ CE, Sect., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, n°s 368082, 368083, 368084, cons. 4 ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023, cons. 5.

¹⁶⁷⁸ Suzanne VON COESTER, Vincent DAUMAS, « Le Conseil d'Etat accepte de se saisir d'actes de "droit souple" », *Droit Administratif*, n° 4, avr. 2016, p. 8.

¹⁶⁷⁹ CE, Sect., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, n°s 368082, 368083, 368084, cons. 5.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

souple qui a effectivement eu les conséquences qui étaient souhaitées par le régulateur soit tout aussi effectif (si ce n'est plus) qu'un texte de droit dur et que le grief qu'il cause justifie le contrôle par le juge d'un tel acte.

La doctrine a souligné au surplus quelques points intéressants, soit visant à limiter les conséquences du revirement, soit à laisser la possibilité d'une extension future de la décision prétorienne à des actes issus d'autres sources. Ainsi, les juges ont requis la preuve d'effets « notables » ou d'une influence « significative », sans les précéder de « suffisamment » comme la formule habituelle le veut¹⁶⁸⁰. Ce détail illustre la volonté d'opérer un contrôle resserré de l'intérêt à agir dans ce cas de figure. Egalement, le fait que nous soyons face à un recours pour excès de pouvoir et non un recours de plein contentieux a une importance et vise à éviter l'émergence d'un « juge-régulateur »¹⁶⁸¹. Charge donc au requérant de faire valoir ses droits auprès de son régulateur si sa requête fait florès. Néanmoins, la doctrine se divise lorsqu'il s'agit d'interpréter la mention des « autorités de régulation »¹⁶⁸² utilisée par le Conseil d'Etat pour désigner les AAI concernées. D'un côté, Suzanne Von Coester et Vincent Daumas avancent que seul le critère fonctionnel est retenu dans la décision visée et que par extension le critère organique reste ouvert. Il se pourrait alors que dans de futurs litiges, la jurisprudence soit appliquée à des « commissions administratives chargées de missions de régulation »¹⁶⁸³, elles aussi émettrices de droit souple. De l'autre, le professeur Thomas Perroud soutient qu'en retenant cette terminologie, le juge se fonde sur les deux critères (organique et fonctionnel) mais prévient qu'en « asseyant ce nouveau recours sur ce critère organique, le Conseil d'Etat risque de construire sur du sable, le terme reposant lui-même sur deux critères très mal assurés en droit positif. La notion de régulation n'est pas une notion juridique bien définie, comme la notion d'autorité administrative indépendante d'ailleurs »¹⁶⁸⁴. De manière plus générale, nous ferons référence aux écrits du professeur Yves Gaudemet, mettant en garde contre la « dilution des normes » entraînée par l'accroissement de la régulation, et qui rendait nécessaire un contrôle juridictionnel¹⁶⁸⁵.

Enfin, plus récemment, le juge administratif a également apporté une réponse à la question des délais de recours à l'égard de ces actes publiés par des canaux variés. Dans l'arrêt *Société GDF Suez*, le Conseil d'Etat juge que la simple mise en ligne dans la section réservée à la publication de ses actes du site internet de la CRE suffisait à faire courir le délai à l'égard des professionnels du secteur régulé¹⁶⁸⁶. Le délai classique de deux mois commence donc à courir dès la date de publication de cet acte mais dans son sixième considérant, le Palais-Royal

¹⁶⁸⁰ Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Un recours souple pour le droit souple », *cit.*, 2016, p. 719.

¹⁶⁸¹ Suzanne VON COESTER, Vincent DAUMAS, « Le Conseil d'Etat accepte ... », *cit.*, avr. 2016, p. 11.

¹⁶⁸² CE, Sect., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, n°s 368082, 368083, 368084, cons. 4 ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023, cons. 5.

¹⁶⁸³ Suzanne VON COESTER, Vincent DAUMAS, « Le Conseil d'Etat accepte ... », *cit.*, avr. 2016, p. 9.

¹⁶⁸⁴ Thomas PERROUD, « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de *soft law* des autorités de régulation », *JCP G*, n° 22, 30 mai 2016, p. 626.

¹⁶⁸⁵ Yves GAUDEMET, « La régulation économique ou la dilution des normes », *RDP*, jan. 2017, n° 1, pp. 23 – 29.

¹⁶⁸⁶ CE, Sect., 13 juil. 2016, *Société GDF Suez*, n° 388150, cons. 6 [<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Illegalite-d-une-communication-de-la-Commission-de-regulation-de-l-energie>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

rappelle la jurisprudence *Alitalia*¹⁶⁸⁷ en précisant que le requérant peut demander l'abrogation de l'acte litigieux au régulateur et que son refus permet d'attaquer cette dernière décision et, par ricochet, l'acte d'origine. Une précision qui dans les faits permet de « *contourner le délai de recours* »¹⁶⁸⁸.

C'est donc un nouveau régime contentieux des actes de droit souple, en particulier de ceux des AAI, qui est en train de se mettre en place dans le sillage du rapport public de 2013. Si la porte a clairement été ouverte aux recours sous condition de prouver les conséquences endurées, le juge administratif a cependant tenu à ne pas empiéter sur le rôle des AAI et à les laisser jouir d'instruments souples et flexibles, socle de la logique de régulation. Ces changements d'ampleur, étant donné les nombreuses AAI concernées de près ou de loin par la transition énergétique, ne resteront dès lors probablement pas sans conséquences pour ce mouvement en cours et son corpus juridique.

2) Perspectives de ce revirement jurisprudentiel sur le droit de la transition énergétique

Ainsi qu'il vient d'être détaillé, de 2011 à 2016 la jurisprudence a fortement évolué s'agissant des recours à l'encontre des textes de droit souple, parfois de simples communiqués de presse. Étant donné l'échelle de la transition énergétique, l'étendue de son droit, et les nombreuses AAI connectées au sujet de près ou de loin, il y a fort à parier que certains avis, recommandations ou mises en garde (et autres dénominations), soient reconnues par le juge comme faisant grief à certains acteurs. Peuvent être évoqués à titre d'exemple au moins deux rapports de la CRE qui pourraient entrer dans les cases fixées par le Conseil d'État quant à la recevabilité du recours.

Premièrement, dans un rapport de décembre 2014, la CRE demanda instamment à ERDF, gestionnaire de réseau de distribution d'électricité, de changer son nom et son logo, jugés trop proches de ceux de la maison mère et fournisseur d'énergie, EDF¹⁶⁸⁹. Le régulateur estime que cette proximité visuelle entretient un défaut de concurrence dans le secteur de la fourniture d'électricité en France. La CRE annonce d'ailleurs noir sur blanc dès le début de son rapport qu'elle n'hésitera pas à saisir le CoRDiS, son outil de sanction si des changements satisfaisants ne sont pas réalisés rapidement¹⁶⁹⁰. L'ombre portée de la sanction n'est donc pas qu'une crainte intériorisée des régulés envers le régulateur, ce dernier en fait clairement usage pour inciter à respecter sa position. Ce cas de figure pourrait justifier un recours qui serait acceptable à deux titres potentiels selon la jurisprudence nouvellement en vigueur. Soit en ce qu'il s'agit de « *prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance* »¹⁶⁹¹. Soit, en ce qu'ERDF pourrait justifier « *d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des*

¹⁶⁸⁷ CE, Ass., 3 fév. 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74052.

¹⁶⁸⁸ Fabrice MELLERAY, « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFDA*, 2016, p. 681.

¹⁶⁸⁹ CRE, « Respect des codes de bonne conduite et indépendance des gestionnaires de réseaux d'électricité et de gaz naturel », déc. 2014, pp. 22 – 23.

¹⁶⁹⁰ *Id.*, p. 5.

¹⁶⁹¹ CE, Sect., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, n°s 368082, 368083, 368084, cons. 4.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

effets notables, notamment de nature économique »¹⁶⁹². En effet, pour une société de l'envergure d'ERDF, une marque a une valeur et en changer peut être considéré comme une perte. Plus prosaïquement, changer de nom et de logo entraîne d'importants coûts pour apposer la nouvelle version sur les bâtiments, véhicules et vêtements professionnels. Le coût estimé est au minimum de 25 millions d'euros¹⁶⁹³, ce qui serait très probablement suffisant pour remplir le critère des effets notables.

Deuxièmement, dans un rapport d'avril 2014, la CRE se pencha sur la rentabilité des énergies renouvelables en France métropolitaine et délivra des recommandations qui firent grand bruit dans le secteur de l'éolien. Au terme de son enquête, elle estima que « *pour les parcs bénéficiant des meilleures conditions de vent, [le système de tarifs d'achat en place conduit] à des rentabilités très supérieures voire excessives* »¹⁶⁹⁴ au regard de ce qu'elles devraient être. Parmi ses recommandations, un recours préférentiel aux appels d'offres plutôt qu'aux tarifs d'achat, et quand ceux-ci sont utilisés, une révision de la structure du tarif avec davantage de dégressivité selon la production du parc installé¹⁶⁹⁵. Nul doute qu'une modification du régime d'achat de l'électricité produite par les parcs éoliens aurait des répercussions importantes sur les producteurs, justifiant un potentiel recours. En l'occurrence, le coup est venu d'une voie à la normativité supérieure, par une ligne directrice de la Commission européenne allant au moins en partie dans le même sens¹⁶⁹⁶.

Au-delà de ces exemples, la CRE (et les autres AAI concernées) aura très certainement à traiter de nombreuses questions dans le cadre de la transition mêlée à l'ouverture à la concurrence des marchés de l'énergie. Ce mouvement entraîne en effet l'entrée de nouveaux acteurs sur ces marchés et c'est déjà à l'occasion d'un conflit entre un opérateur historique et un nouvel entrant qu'a été rendu l'arrêt *GDF Suez* du 13 juillet 2016 vu quelques lignes plus haut. A ces nouveaux fournisseurs d'énergie s'ajouteront bientôt les agrégateurs¹⁶⁹⁷, les opérateurs de stockage¹⁶⁹⁸, les autoconsommateurs¹⁶⁹⁹ ou encore les particuliers vendant leur production, d'où vient le nom de « *prosumers* ».

L'évocation de cette notion de « *prosumers* », dérivée de « *consumers* » et qui permet de mettre en lumière l'évolution de l'ancien système énergétique fondé sur la dichotomie producteurs/consommateurs vers l'émergence de simples particuliers ayant les deux rôles,

¹⁶⁹² *Ibid.*

¹⁶⁹³ Jean-Michel BEZAT, « Oubliez ERDF, la filiale d'EDF se renomme Enedis », *Le Monde*, 30 mai 2016, consulté le 11 déc. 2016 [http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/05/30/le-distributeur-d-electricite-erdf-devient-enedis_4929081_3234.html#SMRgt6C9y8pWhz1F.99].

¹⁶⁹⁴ CRE, « Coûts et rentabilité des énergies renouvelables en France métropolitaine : Éolien terrestre, biomasse, solaire photovoltaïque », avr. 2014, p. 30.

¹⁶⁹⁵ *Id.*, p. 4.

¹⁶⁹⁶ Commission européenne, « Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 », 2014/C 200/01, 28 juin 2014, pp. 25 – 26. Cf. pour une analyse de ces lignes directrices, Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, I) A) 2).

¹⁶⁹⁷ Des intermédiaires achetant et regroupant la production d'énergie de plusieurs producteurs pour la vendre en quantités importantes sur les marchés. Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, I) B) 1) b).

¹⁶⁹⁸ Cf. partie 2, titre 1, chap. 2, section 2, II).

¹⁶⁹⁹ Des consommateurs d'électricité utilisant leur propre production pour s'approvisionner, parfois à 100%. Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 2, I) B) 2) a).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

nous permet de faire le lien avec une critique émise par le professeur Frédéric Rolin. À propos de la formulation de l'arrêt *Fairvesta* et s'agissant du critère des « *effets notables* », il relève qu'est précisé « *notamment de nature économique* »¹⁷⁰⁰. Selon lui, cela revient à donner une priorité à la chose économique sur d'autres préoccupations (telles les libertés publiques) dans le contentieux administratif :

*« Il est évident que cet intérêt à agir renforcé appuyé sur les "intérêts" propres d'une personne favorise les recours des acteurs économiques, comme les concurrents évincés, et défavorise ceux des tiers ordinaires pour lesquels la démonstration de cette lésion sera bien plus complexe »*¹⁷⁰¹.

Il semble difficile de lui donner tort, au sens où le juge n'aurait peut-être pas dû s'aventurer à préciser et ainsi mettre en valeur l'aspect économique qui est effectivement davantage l'apanage de la société à but lucratif que du citoyen, surtout quand il s'agit d'adjoindre le qualificatif « *notable* ». L'usage du droit souple dans le cadre du droit de la transition énergétique, qui semble pourtant lui convenir si bien, serait-il finalement de nature à restreindre l'accès à la justice ? Conduirait-il à une transition énergétique reconnue par le juge uniquement lorsque s'agitent les millions et laissant de côté un acteur pourtant essentiel à sa réussite, le citoyen¹⁷⁰², le consommateur d'énergie ?

Il existe pourtant une raison de penser que cette jurisprudence pourrait être prise à son propre jeu. En effet, du fait de l'émergence évoquée quelques lignes plus haut des « *prosumers* », cela pourrait entrouvrir la porte du prétoire à de simples citoyens producteurs eux aussi d'électricité. Restera alors à voir si le juge entendra la notion d'« *effets notables* » en fonction du requérant, donc différemment selon qu'il s'agisse d'un opérateur historique ou de M. X. Cependant, à l'aune des changements apportés par le droit de la transition énergétique qui ne font que commencer, nul doute que la période qui s'ouvre s'annonce porteuse de rebondissements intéressants pour l'œuvre du juge.

¹⁷⁰⁰ Frédéric ROLIN, « Le droit administratif est-il au service du Grand Capital ? », *AJDA*, 2016, p. 921.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*

¹⁷⁰² Cf. sur cette notion, les développements de la Partie 2, titre 2, chap. 2, chapeau.

Conclusion du Chapitre 2nd

A l'instar des instances prenant part à la transition, les instruments créés ou mis à profit par le droit de la transition énergétique sont divers et variés. Non seulement dans leur portée territoriale (outils nationaux ou régionaux) mais aussi dans leur portée normative, qu'il est possible de situer sur une échelle graduée.

Parallèlement au mouvement de regroupement des collectivités territoriales vers une supposée taille critique, une partie non négligeable des outils juridiques devant mettre en œuvre la transition énergétique, les schémas, subissent le même mouvement centripète de concentration. Les doutes sur l'efficacité d'un tel dispositif sont alors les mêmes dans les deux cas.

Tant au niveau des outils refondés par le législateur (tels le SRADDET ou la PPE) ou tout simplement nouveaux (telle la SNBC et les budgets carbone), c'est l'épreuve du temps qui révélera quel a été leur rôle dans la transition énergétique, bien qu'ils instaurent une logique d'obligation de résultats mesurables contraignant le droit de la transition énergétique à se montrer efficient. Atout supplémentaire, l'écosystème institutionnel créé ou récupéré par le droit de la transition énergétique permet de renforcer les fondations scientifiques de ces documents de planification et d'éviter d'associer droit de planification avec droit de dilution.

L'émergence du droit souple, pour sa part, est un mouvement qui n'apparaît *a priori* que parallèle à la transition énergétique, et pourtant, leurs trajectoires se croisent et se croiseront de plus en plus, le droit de la transition énergétique faisant appel pour son application et son extension à plusieurs AAI.

En conclusion, s'il ressort de ce chapitre l'image d'une panoplie généreuse et renouvelée d'outils de planification et d'implémentation du droit de la transition énergétique, de nombreux doutes subsistent néanmoins quant à leur élaboration (à l'image de la PPE), leur ambition (à l'image des SRE) et surtout leur efficacité. Dans la seconde partie de cette thèse qui s'ouvre en bas de ces lignes, ces aspects devraient être mis en perspective avec les formes juridiques que prend la transition énergétique pour appréhender ce phénomène technique et économique. Du développement des énergies renouvelables à la baisse du nucléaire, du développement des réseaux intelligents aux questions du financement participatif, la transition est une mine d'or pour le droit qui se doit d'évoluer en parallèle de la société, et, de temps en temps, la croiser.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Deuxième partie :
**Le droit de la transition énergétique, de l'accompagnement des
évolutions techniques et économiques à la logique citoyenne**

La première partie de cette thèse a consisté en une analyse organique du droit de la transition énergétique, afin de tenter de l'identifier par son processus d'élaboration et ses institutions. La deuxième partie, qui s'ouvre ici, prend la forme d'une analyse matérielle de ce qu'est ce droit. Elle peut être qualifiée d'étude empirique, étant tirée de l'application du droit de la transition énergétique à une diversité d'objets: développement des énergies éolienne et solaire photovoltaïque, réduction de la part du nucléaire dans le mix électrique, encadrement des réseaux intelligents, mais aussi transformation complète des modes de soutien économique aux énergies renouvelables, ou encore intégration accrue des citoyens à la transition.

De ces éléments passés en revue, ressortent des questions permettant de mieux identifier ce qu'est le droit de la transition énergétique. Ainsi des interrogations sur le rôle de ce droit dans la montée en puissance des énergies renouvelables. Est-il équilibré ? Est-il stable ? Est-il adapté à son objet ?

De même avec le nucléaire : Que prévoit-il pour remplir ses objectifs ? N'aurait-il pu adopter d'autres outils, plus adaptés, plus coercitifs peut-être ? Ou des outils d'incitation, de droit « *souple* » seront-ils plus adaptés ?

Ces questions sont légions, tant la transition énergétique est un processus fondé sur des changements techniques et économiques au rayon d'impact difficile à cerner par sa taille. Le droit régissant cette transition a alors pour mission de l'organiser de telle manière qu'elle satisfasse sa finalité : l'atteinte de ses objectifs et en priorité celui de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

Pour mener à bien cette tâche, il doit être irrigué par les dynamiques de la transition. Celles qui remettent en cause le consommateur devenu aussi producteur, le citoyen passif devenu investisseur local et justiciable global, le réseau pyramidal en cours d'« *horizontalisation* » et ses conséquences pour le marché de l'électricité.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Titre 1^{er} :

Un droit promoteur ou un droit destructeur ?

Si les évolutions qui rendent la transition énergétique possible sont de nature technique et économique, le droit a sur le développement à grande échelle de ces technologies ou concepts un pouvoir important. Selon l'orientation que lui donne le législateur ou le pouvoir réglementaire, selon l'interprétation qu'en fait le juge ou le régulateur, il peut promouvoir ou détruire. Soit il encourage, promeut et place la transition énergétique à portée de main, soit il restreint, interdit et au final risque de se montrer destructeur. Destructeur d'opportunités, ou de développements encore récents et nécessitant un appui. Le droit est ici face au défi de l'équilibre. Tout comme un réseau électrique doit maintenir en permanence l'équilibre injection-soutirage pour éviter qu'il ne s'effondre, le droit est chargé d'offrir un cadre adapté aux progrès réalisés par la société pour éviter qu'à terme celle-ci ne s'effondre.

Le droit dans la transition énergétique, ou le droit de la transition énergétique se retrouve souvent à devoir arbitrer, faire des choix. L'émergence des principales sources de production d'électricité renouvelable de demain en a fait les frais. D'une part, l'éolien rencontra de nombreux obstacles placés sur le chemin de son expansion, notamment du fait des règles qui concernent son implantation physique. D'autre part, le photovoltaïque est encore en convalescence suite à un changement brutal de son mécanisme de financement au mépris de toute sécurité juridique, causant un fort ralentissement de son développement. Le droit, ainsi que nous le verrons dans ce titre, a donc pu se montrer destructeur et non promoteur, non seulement sur le fond des décisions prises, mais aussi sur la forme utilisée. Le droit de la transition énergétique devrait par conséquent être un droit qui adopte davantage la logique de la transition, du changement progressif et prévisible, en somme, offrir de la sécurité juridique.

S'il doit promouvoir l'émergence d'une nouvelle infrastructure du système électrique, entraîné dans une mutation de grande ampleur par la croissance des énergies renouvelables variables, le droit de la transition énergétique est également mis au défi d'organiser la réduction de la part du nucléaire dans le mix électrique. Est-ce à dire qu'il devient alors nécessairement destructeur ? Paradoxalement, la tâche est ici davantage de construire un droit de la déconstruction¹⁷⁰³.

Les éléments abordés dans ce titre tâcheront de mettre en lumière, pour des situations spécifiques mais toutes intimement liées, les progrès, les reculades et les occasions manquées qui font le droit de la transition énergétique et qui feront, *in fine*, la transition énergétique.

¹⁷⁰³ Et non de déconstruire le droit, comme le faisait Jacques DERRIDA. Cf. par exemple, Pierre-Yves QUIVIGER, « Derrida : de la philosophie au droit », *Cités*, n° 30, 2007, pp. 41 – 52.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Chapitre 1^{er} :

**L'encadrement juridique chaotique de l'éolien et du photovoltaïque,
un droit de la transition énergétique contradictoire ?**

Depuis les années 1980, des progrès considérables ont été réalisés dans la production d'électricité à partir de l'éolien (en premier lieu terrestre) et du solaire (en premier lieu photovoltaïque). Leur productivité et leur sécurité se sont accrues tandis que leurs coûts ont chuté. Ils sont dès lors présentés de manière croissante comme les futurs piliers non seulement du mix électrique hexagonal mais aussi mondial. En comparaison, les sources dominantes actuelles de production d'électricité, principalement assises sur les combustibles fossiles et fissile, se trouvent dans un cercle vicieux d'augmentation de leurs coûts, les rendant moins attractives et donc moins sollicitées, ce qui en retour augmente à nouveau leurs coûts. L'hydroélectricité est cependant un cas particulier dans ce cadre, étant donné qu'elle constituera toujours une pièce maîtresse dans le système électrique renouvelable de demain. Au niveau français, son potentiel est cependant déjà largement exploité et ne peut espérer qu'un développement très limité.

En parallèle, d'autres modes de production d'électricité à partir de sources d'énergies renouvelables existent et font l'objet pour certaines d'un développement rapide. La géothermie, les énergies marines et la biomasse en sont les composantes principales à ce jour. Si leurs projections de croissance d'ici au milieu du siècle ne les destinent qu'à être des acteurs secondaires en comparaison de l'éolien et du solaire, elles seront amenées à jouer à l'avenir un rôle complémentaire non négligeable, en particulier pour celles capable de produire en fonction de la demande.

Si l'aspect technique et économique relèvera d'une importance particulière dans ce chapitre, c'est parce que c'est sur cette base que le droit doit construire. Le code de l'énergie l'annonce d'ailleurs dès son premier article. Selon son article L. 100-1, les trois premiers objectifs de la politique énergétique nationale s'attachent à des aspects de compétitivité, de développement industriel, de sécurité d'approvisionnement et de dépenses maîtrisées, devant les aspects environnementaux et sociaux, faisant ainsi du droit de la transition énergétique un droit technique non seulement au regard de la complexité de certaines de ses normes mais aussi en fonction du sujet auquel il s'applique.

L'encadrement juridique de l'éolien et du solaire s'est pourtant révélé chaotique. Les arbitrages pris par le législateur et le pouvoir réglementaire dans leur œuvre de création et d'approfondissement du droit de la transition énergétique ont eu des répercussions directes et importantes sur le développement de ces deux énergies, résultant en une sous-utilisation de la ressource disponible et un sous-développement de l'industrie nationale, en contradiction avec les objectifs de l'article 1^{er} de la loi de transition énergétique. Dans ce cadre morose, il semble que seul le juge s'efforce d'établir un cadre favorable fondé sur la sécurité juridique et une analyse *in concreto* des projets soumis à son examen.

Section 1 :

Les futurs moyens dominants de production d'électricité dans un mix diversifié

La mutation en cours tant à l'échelle mondiale qu'hexagonale tend à diminuer la part des énergies fossiles et fissile¹⁷⁰⁴ dans la production d'électricité en faveur des sources d'énergie renouvelables. Aussi, bien que la situation de départ soit fort différente, la diversification des mix électriques global et français suivent grossièrement les mêmes schémas.

Au niveau mondial, la demande d'électricité devrait continuer de croître mais la composition du mix de production va se diversifier. A titre d'exemple, dans un travail d'anticipation de l'Agence internationale des énergies renouvelables (IRENA), tant l'hypothèse conservatrice que volontariste voient une réduction de la part du charbon, du pétrole et du gaz naturel, alors que le nucléaire reste stable voire augmente légèrement, tout comme l'hydroélectricité, dans le mix électrique. En revanche, ce sont les autres énergies renouvelables et en particulier l'éolien et le solaire photovoltaïque qui augmentent fortement, passant ainsi d'un total de 4% de la production d'électricité en 2013 à entre 10% et 20% en 2030¹⁷⁰⁵. Bien évidemment, l'ampleur de la modification du mix de production électrique dépend de nombreux facteurs et son résultat final varie fortement selon que l'option conservatrice ou volontariste soit réalisée, tout comme en France.

Au niveau national, le bilan prévisionnel 2016 de RTE permet pour la première fois d'entrevoir une tendance baissière de la consommation d'électricité d'ici 2021¹⁷⁰⁶. C'est la principale différence avec la situation mondiale. Quant à la diversification du mix électrique, la famille des énergies fossiles¹⁷⁰⁷ et fissile¹⁷⁰⁸ doit elle aussi voir sa part baisser. Pour les autres énergies, la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) prévoit une progression forte et continue de l'éolien et du solaire photovoltaïque en France, parallèlement à une très faible augmentation de l'hydroélectricité et un démarrage progressif des autres énergies renouvelables. D'ici à 2023, l'éolien et le solaire combinés auront dépassé l'hydroélectricité en termes de capacité installée¹⁷⁰⁹.

Les trajectoires se rejoignent donc pour atteindre un résultat similaire, un mix de production électrique davantage diversifié qu'à l'heure actuelle et davantage fondé sur les énergies renouvelables, en particulier l'éolien et le solaire.

¹⁷⁰⁴ Nous utilisons dans ces travaux « fissile » au singulier, l'uranium étant le principal combustible utilisé pour la réaction nucléaire des réacteurs éponymes. En revanche les « fossiles » incluent principalement charbon, gaz et pétrole.

¹⁷⁰⁵ IRENA, *Roadmap for a renewable energy future*, 2016, p. 65, fig. 23.

¹⁷⁰⁶ RTE, « Bilan prévisionnel de l'équilibre offre-demande d'électricité en France – Edition 2016 », 2016, p. 38, fig. 2.45.

¹⁷⁰⁷ Si le décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie ne dit rien de la réduction des capacités de production thermiques (charbon, fioul, gaz naturel), le bilan prévisionnel de l'équilibre offre-demande d'électricité en France 2016 de RTE fournit des précisions quant à la fermeture de certaines des turbines concernées, de la page 64 à 71.

¹⁷⁰⁸ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 12.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*, art. 3, I, II et III.

I. Eolien et photovoltaïque, futures sources d'énergie dominantes du mix électrique

Outre leur fort potentiel et leurs coûts en baisse, l'éolien et le solaire photovoltaïque (PV) sont déployés en premier lieu dans l'objectif de lutter contre le changement climatique, du fait de leur bilan carbone faible. Ainsi, alors que les émissions de CO₂ par kWh produit en France sont estimées à 79 grammes¹⁷¹⁰, celles du cycle de vie du PV s'élèvent à 55g¹⁷¹¹ et celles de l'éolien à 12,7g¹⁷¹². A titre de comparaison, si les émissions de CO₂ par kWh issues de la production nucléaire en France sont difficiles à trouver et très contestées¹⁷¹³, une étude internationale de 2008 permet cependant de les situer à 66g par kWh une fois prises en compte l'ensemble des émissions du cycle de vie de la centrale¹⁷¹⁴. Cela paraît cohérent avec les émissions du mix électrique dans son ensemble citées quelques lignes plus haut. Enfin, les émissions de CO₂ des centrales à gaz, charbon et fioul sont sans surprise les plus élevées, avec une estimation de l'ADEME à 406, 1038 et 704g de CO₂ par kWh respectivement¹⁷¹⁵.

Outre ces aspects climatiques, ces énergies renouvelables ont d'autres avantages environnementaux, telle leur consommation d'eau en comparaison des moyens de production fossile ou nucléaire¹⁷¹⁶. Ils ont aussi cependant des impacts sur l'environnement, notamment en termes d'avifaune ou de chiroptères pour l'éolien et d'occupation des sols pour le PV.

Une fois ces quelques précisions apportées, les paragraphes qui suivent exposeront les bases de la croissance exponentielle des capacités installées d'éolien et de PV, auxquelles s'ajoute la perspective bienvenue d'une forte complémentarité entre ces deux sources d'énergies.

A) La courbe d'apprentissage, progrès exponentiels, perspective d'un droit évolutionnaire

La courbe d'apprentissage se réfère aux « améliorations d'une technologie résultant du gain d'expérience dans la production et l'usage de cette technologie »¹⁷¹⁷. Cette courbe d'apprentissage, caractéristique des progrès de l'éolien et du PV, permet d'en expliquer la

¹⁷¹⁰ Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie (ADEME), « Base Carbone - Documentation des facteurs d'émissions de la Base Carbone », 18 nov. 2014, p. 248.

¹⁷¹¹ ADEME, « Les Avis de l'ADEME - Le solaire photovoltaïque », avr. 2016, p. 3.

¹⁷¹² ADEME, « Impacts environnementaux de l'éolien français », 2015, p. 4.

¹⁷¹³ L'ADEME les estime par exemple à 10 gCO₂ par kWh, ce qui semble très peu pour 75% de la production d'électricité d'un mix émettant selon elle-même 79 gCO₂/kWh. Surtout quand le complément vient d'abord de l'hydraulique, très faible en émissions, d'autres renouvelables (de manière encore marginale) et enfin de quelques centrales fossiles, elles émettrices.

¹⁷¹⁴ Benjamin K. SOVACOL, « Valuing the greenhouse gas emissions from nuclear power: A critical survey », *Energy Policy*, vol. 36, 2008, pp. 2940 – 2953.

¹⁷¹⁵ ADEME, « Base Carbone - Documentation des facteurs d'émissions de la Base Carbone », 18 nov. 2014, p. 91.

¹⁷¹⁶ Edward S. SPANG *et al.*, « The water consumption of energy production: an international comparison », *Environmental Research Letters*, vol. 9, 2014, p. 7, fig. 3.

¹⁷¹⁷ Lena CHRISTIANSSON, « Diffusion and Learning Curves of Renewable Energy Technologies », International Institute for Applied Systems Analysis, déc. 1995, p. i [<http://pure.iiasa.ac.at/4472/1/WP-95-126.pdf>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

fiabilité croissante accompagnée d'une baisse des coûts tout aussi régulière. Ce principe vaut tant au niveau global que national et pour l'éolien comme le PV avec cependant quelques variations. Nous verrons également l'impact qu'a cette évolution sur le droit de la transition énergétique lui-même.

1) Un cercle vertueux mondial

Au niveau mondial, la capacité installée de production d'électricité d'origine éolienne et solaire a explosé depuis le début des années 2000. Cette progression, fondée sur la logique de la courbe d'apprentissage, entraîne alors un cercle vertueux pour ces deux énergies dont la progression fait baisser leurs coûts, qui elle-même alimente leur progression, et ainsi de suite. Les éléments qui suivent vont permettre de donner une mesure à cette évolution, d'en éclairer les sources et les perspectives, d'abord pour l'éolien et ensuite pour le PV.

a) L'éolien, 40 années d'expérience évolutive

De 2005 à 2015, la capacité mondiale installée d'énergie éolienne (terrestre et marine) a été multipliée par plus de 7, passant de 59 à 433 GW (dont 12 GW d'éolien en mer)¹⁷¹⁸. L'une des raisons principales d'un tel succès est simple : les progrès techniques, se traduisant notamment par des éoliennes plus hautes et des pales plus longues permettent d'accéder à des gisements de vent plus importants et réguliers. En conséquence, le facteur de charge moyen augmente, permettant de produire davantage au même coût.

Le facteur de charge est le pourcentage de temps dans une année durant lequel l'équipement visé produit de l'électricité à 100% de ses capacités. A titre d'exemple, pour une éolienne d'une puissance de 2 MW, ce pourcentage correspond au nombre d'heures dans l'année durant lesquelles elle produira 2 MWh. Si son facteur de charge est de 20%, elle produira donc à sa puissance nominale durant 1752 heures sur les 8760 que compte une année.

Si le facteur de charge augmente, toutes choses égales par ailleurs, le coût du kWh d'électricité baissera car l'installation aura connu un gain de productivité. C'est l'un des résultats de la courbe d'apprentissage. Au niveau mondial, de 1983 à 2014, le facteur de charge moyen de l'éolien (terrestre) est ainsi passé de 20 à 27%¹⁷¹⁹. Il est prévu que d'ici 2025 il atteigne 32%¹⁷²⁰. Bien sûr, cela n'est qu'une estimation et sa réalisation dépendra de nombreux facteurs, qui peuvent aussi mener à ne pas atteindre la cible ou la dépasser.

Il a été dit que plus ce facteur augmente, plus le coût du kWh baisse. Ce coût est généralement mesuré grâce à un outil appelé coût actualisé de l'électricité (LCOE en anglais). De manière simplifiée, ce coût actualisé additionne les coûts d'investissements aux coûts d'opération et de maintenance d'une installation et les divise par la quantité d'électricité produite. Cet outil permet de comparer les coûts de différentes énergies ou d'en comparer la variation au fil des années, mais peut fluctuer grandement selon les hypothèses de départ

¹⁷¹⁸ Renewable energy policy network for the 21st century (REN21), *Rapport sur le statut mondial des énergies renouvelables 2016 – Faits essentiels*, 2016, pp. 11 et 24.

¹⁷¹⁹ IRENA, *The power to change: solar and wind cost reduction potential to 2025*, juin 2016, p. 56.

¹⁷²⁰ *Id.*, p. 65.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

(comme le nombre d'années de fonctionnement estimé). Ainsi, le coût actualisé moyen de l'électricité produite par une éolienne est passé de 20 US\$²⁰¹⁵ct/kWh en 1995 à un peu plus de 7 US\$²⁰¹⁵ct/kWh en 2015. Sachant qu'il est estimé que ce coût baisse de 12% à chaque doublement de la capacité installée¹⁷²¹, il est prévu que cette chute se poursuive. Ainsi, certaines études prévoient qu'il atteigne 5 US\$²⁰¹⁵ct/kWh d'ici 2050¹⁷²².

Les gains réalisés par la courbe d'apprentissage de l'éolien et le cercle vertueux enclenché ont déjà permis de remporter d'importants succès. Ainsi, au Danemark, 42% de l'électricité consommée en 2015 provenait de l'éolien (terrestre et marin)¹⁷²³. La même année, l'éolien terrestre était la moins chère des sources d'électricité sur le marché espagnol, en dessous de 50 €/MWh¹⁷²⁴. Au sein de l'Union européenne (UE), les 13 GW d'éolien (terrestre et marin) ajoutés en 2015 ont représenté 44,2% des nouvelles capacités installées de production d'électricité. Au total, les parcs éoliens installés sur le territoire de l'UE ont fourni 11,4% de la consommation électrique annuelle¹⁷²⁵ et il est escompté que cette part monte à 24,4% d'ici 2030¹⁷²⁶.

Les progrès ayant mené à la situation actuelle sont le fruit d'un processus évolutionnaire et non révolutionnaire. Dans le cas de l'éolien, dans les années 1970, certains pays ont misé sur des aérogénérateurs d'une puissance nominale d'1 MW mais ceux-ci ne se sont pas avérés viables économiquement. En revanche, à la même période, d'autres pays ont opté pour des aérogénérateurs de quelques dizaines de kW de puissance, augmentant au fur et à mesure des années la puissance de l'éolienne pour arriver aux modèles actuels¹⁷²⁷. C'est cette courbe d'apprentissage de plus de 40 ans qui a permis de franchir les paliers techniques et économiques successifs. En ce sens, le terme de transition énergétique paraît particulièrement adapté, transmettant cette notion d'évolution progressive construite sur des énergies suivant elles-mêmes ce processus. C'est d'ailleurs ce qu'explique le professeur Sovacool lorsqu'il avance que la plupart des transitions énergétiques ont été et continueront d'être « *dépendantes du chemin plutôt que révolutionnaires, cumulatives plutôt que complètement substitutives* »¹⁷²⁸.

¹⁷²¹ *Id.*, p. 68, fig. 29.

¹⁷²² Global wind energy council (GWEC), Institute for a Sustainable Future at University of Technology Sydney (ISF/UTS), « Global wind energy outlook, 2016 », oct. 2016, p. 35, fig.

¹⁷²³ Energynet.dk, « New record-breaking year for Danish wind power », 15 jan. 2016 [http://energynet.dk/EN/El/Nyheder/Sider/Dansk-vindstroem-slaar-igen-rekord-42-procent.aspx].

¹⁷²⁴ *El periódico de la energía*, « La eólica fue la tecnología que produjo la electricidad más barata de España en 2015 », 4 jan. 2016 [http://elperiodicodelaenergia.com/la-eolica-fue-la-tecnologia-que-produjo-la-electricidad-mas-barata-de-espana-en-2015/].

¹⁷²⁵ The European wind energy association (EWEA), « Wind in power 2015 European statistics », fév. 2016, p. 12 [https://windeurope.org/wp-content/uploads/files/about-wind/statistics/EWEA-Annual-Statistics-2015.pdf].

¹⁷²⁶ EWEA, « Wind energy scenarios for 2030 », août 2015, p. 7 [https://www.ewea.org/fileadmin/files/library/publications/reports/EWEA-Wind-energy-scenarios-2030.pdf].

¹⁷²⁷ Lena CHRISTIANSSON, « Diffusion and Learning Curves of ... », *cit.*, déc. 1995, p. 8.

¹⁷²⁸ Benjamin K. SOVACOO, « The History and Politics of Energy Transitions – Comparing Contested Views and Finding Common Ground », *The Political Economy of Clean Energy Transitions*, Douglas ARENT *et al.* (dir.), Oxford University Press, 2017, p. 17.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

En droit, cette caractéristique des transitions est une opportunité. Elle permet en effet de contrebalancer l'incertitude globale d'un changement de système par un accompagnement pas à pas. Les transitions sont donc en partie prévisibles, ce qui permet de renforcer le corpus juridique au fur et à mesure. Cela exige du droit de la transition énergétique d'être flexible (d'où son usage du droit souple, comme vu à la fin du chapitre 4) mais ne doit pas le faire devenir créateur d'insécurité juridique par des changements brusques et imprévus (comme dans le cas du moratoire solaire, analysé plus avant).

L'énergie solaire photovoltaïque, pour sa part, suit le même principe d'apprentissage, avec une courbe plus vertigineuse encore.

b) Le solaire photovoltaïque, une progression vertigineuse au cours de la dernière décennie

De 2005 à 2015, la capacité totale installée d'énergie solaire photovoltaïque a été multipliée par pas moins de 44,5, passant de 5,1 GW à 227 GW¹⁷²⁹. Ce succès s'explique par une standardisation massive de la production de panneaux photovoltaïques, principalement réalisée en Chine, et faisant chuter les coûts d'investissement. Les prix des panneaux solaires (de différentes technologies) ont ainsi chuté d'environ 80% de fin 2009 à fin 2015¹⁷³⁰.

A l'instar de l'éolien, le facteur de charge du solaire PV a augmenté au fil des années et de l'apprentissage de la technologie mais aussi de l'accès à de nouveaux systèmes aptes à maximiser l'exposition, tels les trackers¹⁷³¹. De 2010 à 2015, il est ainsi passé en moyenne d'un peu moins de 15% à 18%¹⁷³². D'ici à 2025, il est escompté que le facteur de charge dépasse les 19%¹⁷³³. Une estimation finalement assez faible, notamment en comparaison de l'éolien, s'expliquant par le fait que là où l'éolien doit faire baisser son coût final avec des éoliennes dont le prix d'achat fluctue peu et donc focaliser ses gains de productivité sur la production d'électricité elle-même, les mêmes gains de productivité du PV se font principalement par la baisse du prix des modules¹⁷³⁴. Les facteurs d'évolution ne sont donc pas les mêmes selon les deux énergies mais celle-ci suit la même logique.

En conséquence, le coût actualisé de l'électricité produite par le PV dans le monde chuta de 58% entre 2010 et 2015, passant de plus de 30 US\$²⁰¹⁵ct/kWh à 13 US\$²⁰¹⁵ct/kWh. D'ici à 2025, il est estimé qu'il décroisse encore de 59% afin d'atteindre 5,5 US\$²⁰¹⁵ct/kWh (pour des installations au sol de grande taille)¹⁷³⁵.

Cette progression fulgurante ouvre la voie à l'atteinte dans un futur proche par l'énergie solaire photovoltaïque (ainsi que par l'énergie éolienne) de ce qui est appelé la parité réseau.

¹⁷²⁹ REN21, *Rapport sur le statut mondial des énergies renouvelables 2016 – Faits essentiels*, 2016, p. 22.

¹⁷³⁰ IRENA, *The power to change: solar and wind cost reduction potential to 2025*, juin 2016, p. 32.

¹⁷³¹ Cf. EDF, « Trackers solaires : améliorer le rendement photovoltaïque », *L'énergie en questions*, 18 mars 2013, consulté le 29 nov. 2015 [<https://www.lenergieenquestions.fr/trackers-solaires-ameliorer-le-rendement-photovoltaïque/>].

¹⁷³² IRENA, *The power to change: solar and wind cost reduction potential to 2025*, juin 2016, p. 36, fig. 5.

¹⁷³³ *Id.*, p. 49.

¹⁷³⁴ *Id.*, pp. 33 – 34, fig. 3 et 4.

¹⁷³⁵ *Id.*, p. 48, fig. 14 et p. 49.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

C'est-à-dire le seuil à partir duquel l'électricité produite par le PV est moins chère que l'électricité distribuée par le réseau. C'est à partir de cette étape que l'énergie en question peut envisager de se passer de mécanisme de rachat subventionné et qu'elle fait directement concurrence aux autres modes de production d'électricité. Ainsi, en septembre 2016, un développeur et constructeur de parc photovoltaïque au sol a proposé la réalisation d'un ensemble de 350 MW de capacité dont l'électricité serait vendue au réseau à un prix historique de 2,42 US\$¹⁷³⁶ct/kWh¹⁷³⁶. Si ce cas représente un cas particulier du fait du rayonnement solaire très avantageux des Emirats Arabes Unis, d'autres régions du monde connaissent des phénomènes dits de prix négatifs tant ils produisent d'électricité lors du midi solaire. Ce phénomène perturbateur du marché est d'ailleurs un problème important pour ces pays, que ce soit le Chili¹⁷³⁷ ou l'Allemagne¹⁷³⁸.

Les progrès techniques et surtout économiques dans le domaine du PV soumettent donc le droit de la transition énergétique à une pression accrue s'agissant de son impératif de suivi et de mise à jour. C'est dans ce cadre que des institutions scientifiques contradictoires telles le CETE¹⁷³⁹ peuvent prendre toute leur valeur en sensibilisant les pouvoirs législatif et exécutif aux évolutions à venir.

De l'ensemble de ces éléments ressort clairement que les énergies éolienne et solaire ne sont plus aussi marginales qu'elles ne l'étaient il y a une décennie seulement et leur croissance devrait continuer de s'effectuer tambour battant. Néanmoins, entre la situation mondiale et la situation hexagonale, il peut exister quelques variations.

2) Des progrès nationaux plus timorés

En France, les énergies éolienne et photovoltaïque ont également connu un développement fort depuis le début des années 2000. Mais celui-ci a néanmoins été entrecoupé par des modifications juridiques soudaines et de portée importante.

a) Un rythme de développement de l'éolien insuffisant pour atteindre les objectifs rendus possibles par la baisse des coûts de cette énergie

En l'an 2000, la France ne comptait que quelques dizaines de MW installés de puissance éolienne terrestre. Depuis, le nombre d'éoliennes, d'une puissance unitaire en constante augmentation¹⁷⁴⁰, a fortement augmenté, surtout à partir de 2006¹⁷⁴¹ pour atteindre au 31

¹⁷³⁶ PV Magazine, « Breaking: World record low price entered for solar plant in Abu Dhabi », 19 sept. 2016, consulté le 21 déc. 2016 [https://www.pv-magazine.com/2016/09/19/breaking-world-record-low-price-entered-for-solar-plant-in-abu-dhabi_100026145/#ixzz4KhtPrL8x].

¹⁷³⁷ Vanessa DEZEM, Javiera QUIROGA, « Chile Has So Much Solar Energy It's Giving It Away for Free », *Bloomberg*, 2 juin 2016, consulté le 21 déc. 2016 [<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-06-01/chile-has-so-much-solar-energy-it-s-giving-it-away-for-free>].

¹⁷³⁸ Doug BOLTON, « People in Germany are now being paid to consume electricity », *The Independent*, 11 mai 2016, consulté le 21 déc. 2016 [<http://www.independent.co.uk/environment/renewable-energy-germany-negative-prices-electricity-wind-solar-a7024716.html>].

¹⁷³⁹ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1, I) B) 2) a).

¹⁷⁴⁰ BearingPoint, France Energie Eolienne (FEE), « Observatoire de l'éolien 2016 - Analyse du marché, des emplois et du futur de l'éolien en France », sept. 2016, p. 44.

¹⁷⁴¹ *Id.*, p. 33.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

décembre 2016 une puissance totale installée de 11,6 GW¹⁷⁴². D'après le décret PPE, la puissance installée de l'éolien terrestre doit atteindre 15 GW au 31 décembre 2018 et entre 21,8 et 26 GW au 1^{er} décembre 2023¹⁷⁴³. Dès lors, le rythme annuel moyen constaté d'1 GW¹⁷⁴⁴ d'installations nouvelles (lorsque les conditions sont clémentes) ne suffirait pas à atteindre de telles ambitions.

S'agissant du facteur de charge de l'éolien terrestre hexagonal, il s'est élevé en 2015 à 24,3% et présente « *présente une bonne stabilité au cours des dernières années avec une moyenne de 23,1 % et un écart type de 1 %* »¹⁷⁴⁵. Ce qui indique par déduction qu'à la différence de la situation internationale, il ne progresse pas. Pour les années à venir, il est d'ailleurs « *supposé stable* » et permet surtout de maintenir un niveau de production équivalent alors que les aérogénérateurs sont installés dans des zones comparativement moins propices¹⁷⁴⁶. Cette préservation des acquis au lieu d'une évolution ascendante, s'explique en partie par les restrictions réglementaires opposées à l'installation d'éoliennes dépassant une hauteur totale de 150m¹⁷⁴⁷ alors que c'est l'atteinte de hauteurs plus importantes qui permet d'obtenir une productivité plus importante¹⁷⁴⁸. Ces barrières seront traitées plus en profondeur plus avant dans la thèse¹⁷⁴⁹.

Quant au coût actualisé de l'électricité, il était estimé en 2013 sur une échelle de 84,1 à 92,3 €/MWh pour une durée de vie estimée du parc éolien de 20 ans. Ce coût était estimé en hausse pour les années suivantes, à savoir 2014-2016, de 2 à 3 €/MWh selon les situations¹⁷⁵⁰. Malgré la courbe d'apprentissage, le coût actualisé de l'éolien peut donc subir des hausses momentanées, d'où l'importance de l'étudier sur le temps long (au moins une décennie). En tout état de cause, une étude plus récente, de 2016, a abouti à une échelle de 73 à 93 €/MWh selon les hypothèses¹⁷⁵¹. Ces deux études révèlent l'aspect primordial du coût du capital dans le calcul du coût actualisé de l'éolien. En effet, ce coût étant en grande majorité destiné à rembourser des investissements élevés (achat de l'éolienne, travaux publics...) et en l'absence de coûts d'intrants (à la différence du gaz, charbon, biomasse, etc.), le taux d'actualisation a un impact fort sur le coût final. Une augmentation de seulement 2% du rendement escompté de l'investissement fait ainsi augmenter de 8 à 9 € le coût du MWh

¹⁷⁴² RTE, SER, Enedis, ADEeF, « Panorama de l'Electricité Renouvelable en 2016 », déc. 2016, p. 14.

¹⁷⁴³ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 3, I.

¹⁷⁴⁴ BearingPoint, FEE, « Observatoire de l'éolien 2016 ... », *cit.*, sept. 2016, p. 33.

¹⁷⁴⁵ RTE, « Bilan prévisionnel de l'équilibre offre-demande d'électricité en France – Edition 2016 », 2016, p. 54.

¹⁷⁴⁶ *Id.*, p. 55.

¹⁷⁴⁷ PÖYRY, FEE, « Observatoire des coûts de l'éolien terrestre », oct. 2016, p. 45.

¹⁷⁴⁸ Cf. à titre d'exemple, US Department of Energy, « Potential Wind Capacity », 29 juil. 2016, consulté le 23 déc. 2016 [http://apps2.eere.energy.gov/wind/windexchange/windmaps/resource_potential.asp].

¹⁷⁴⁹ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I, A).

¹⁷⁵⁰ Syndicat des Energies Renouvelables (SER), « Etat des coûts de production de l'éolien terrestre en France », avr. 2014, p. 14 [<http://www.enr.fr/userfiles/files/Brochures%20Eolien/Etat%20Co%C3%BBt%20de%20production%20%C3%A9olien%20terrestre%20VF.pdf>].

¹⁷⁵¹ PÖYRY, FEE, « Observatoire des coûts de l'éolien terrestre », oct. 2016, p. 36.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

produit, soit 10% de la somme totale¹⁷⁵². L'expansion de l'éolien dépendra donc aussi de cet aspect financier¹⁷⁵³.

D'ici à 2050, l'ADEME envisage un mix électrique 100% renouvelable à un coût supérieur de seulement 2 €/MWh qu'un mix avec 40% d'énergies renouvelables et le complément en fossiles et fissile¹⁷⁵⁴. Ce nouveau mix se baserait pour plus de la moitié de la production sur l'énergie éolienne terrestre¹⁷⁵⁵, dont le coût actualisé est estimé à 65 €/MWh d'ici là¹⁷⁵⁶. L'éolien a donc une potentielle place de choix dans le système électrique français des décades à venir, notamment car il est l'un des modes de production les plus économiques à notre disposition¹⁷⁵⁷. Dès lors, le cadre juridique doit nécessairement muer afin de permettre à cette évolution de se dérouler sereinement et progressivement. Or, par le passé, le législateur a plutôt usé de méthodes brutales, qui se sont directement répercutées sur les nouvelles installations annuelles tant en éolien que concernant le PV¹⁷⁵⁸.

b) La recherche désordonnée d'un mécanisme d'accompagnement adapté à la courbe d'apprentissage du solaire photovoltaïque

Partie de rien en 2009, la capacité installée du solaire photovoltaïque en France a connu un parcours accidenté pour finalement représenter un peu plus de 6,7 GW fin 2016¹⁷⁵⁹. D'après le décret PPE, la puissance installée totale doit atteindre 10,2 GW au 31 décembre 2018 et entre 18,2 et 20,2 GW au 31 décembre 2023¹⁷⁶⁰. L'atteinte de ces objectifs va également nécessiter d'augmenter la nouvelle capacité annuelle raccordée¹⁷⁶¹.

Le facteur de charge moyen, pour sa part, était de 15% en 2015, en légère progression¹⁷⁶². A l'instar de la situation internationale, ce n'est pas sur ce point que les gains économiques les plus importants permettant une réduction du coût actualisé de l'électricité sont escomptés.

Au sujet de ce coût actualisé, l'élément central de sa diminution, la chute du prix des panneaux solaires, a suivi des progrès similaires à ceux réalisés au niveau global. Ainsi, « entre 2007 et 2014 [...] le coût d'une centrale PV au sol est passé de plus de 6 €/Wc à moins de 1,5 €/Wc, soit une division par 4 en moins de 10 ans »¹⁷⁶³. Il est aussi estimé que ces coûts devraient encore diminuer de 35% d'ici 2025¹⁷⁶⁴, entraînant à la baisse le coût

¹⁷⁵² Ibid.

¹⁷⁵³ La réglementation peut avoir un impact fort sur ce coût du capital et le développement subséquent de l'éolien. Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, I) B) 1) a).

¹⁷⁵⁴ ADEME, « Un mix électrique 100% renouvelable ? Analyses et optimisations », oct. 2015, p. 91.

¹⁷⁵⁵ Id., p. 135.

¹⁷⁵⁶ Id., p. 28.

¹⁷⁵⁷ Ibid.

¹⁷⁵⁸ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) et II) A).

¹⁷⁵⁹ RTE, SER, Enedis et ADEE, « Panorama de l'Electricité Renouvelable en 2016 », déc. 2016, p. 22.

¹⁷⁶⁰ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 3, II.

¹⁷⁶¹ RTE, « Bilan prévisionnel de l'équilibre offre-demande d'électricité en France – Edition 2016 », 2016, p. 56.

¹⁷⁶² Ibid.

¹⁷⁶³ I CARE, ECUBE, IN NUMERI, ADEME, « Filière Photovoltaïque Française: Bilan, Perspectives et Stratégie », sept. 2015, p. 18.

¹⁷⁶⁴ Ibid.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

actualisé de l'électricité issue du PV. Du fait de cette évolution, l'atteinte de la parité réseau est envisagée pour 2020 pour une partie des installations¹⁷⁶⁵. Il est à noter que le positionnement géographique des installations joue fortement dans le coût actualisé de l'électricité. Ainsi, en 2014, le coût moyen pour les centrales au sol était de 78 €/MWh en région Provence-Alpes-Côte-D'azur, quand il était de 122 €/MWh dans l'ex-région Nord-Pas-de-Calais¹⁷⁶⁶.

Afin de suivre cette tendance, suite à la réforme (difficile et chaotique) des mécanismes de rachat de l'électricité de 2011, trois nouveaux systèmes se côtoient selon la taille de l'installation envisagée. Les petites installations en toitures ont ainsi un système de tarifs d'achat dégressif trimestriellement programmé sur une baisse annuelle de 10%. Les moyennes installations en toiture se soumettent à des appels d'offres dits simplifiés dont le prix moyen retenu par la CRE a chuté de 40% entre 2012 et 2015. Et enfin, les très grandes installations en toiture et les centrales au sol se soumettent à des appels d'offres plus classiques et le prix moyen attribué a baissé pour cette catégorie de 15 à 23% depuis le dernier appel d'offres lancé 20 mois plus tôt¹⁷⁶⁷. Pour l'unique catégorie des centrales au sol, le tarif d'achat moyen accordé aux lauréats s'élevait à 82 €/MWh en décembre 2015, ce qui donne une bonne estimation du coût actualisé de ces installations¹⁷⁶⁸. D'ici à 2025, il semble possible d'arriver à un coût actualisé de telles centrales de l'ordre de 60 €/MWh pour la France¹⁷⁶⁹. Il semble donc à première vue que le droit de la transition énergétique a su s'adapter à l'énergie photovoltaïque afin de favoriser son développement en fonction du type d'installation. Nous étudierons plus en profondeur les évolutions de ce régime plus tard dans ces travaux¹⁷⁷⁰.

Le scénario de l'ADEME évoqué auparavant réserve également une place non négligeable au solaire PV dans son hypothèse de mix 100% renouvelable en 2050, avec d'ailleurs la possibilité d'accroître sa part au cas où l'éolien connaîtrait des problèmes d'acceptabilité locale limitant son développement¹⁷⁷¹.

Au final, toutes les hypothèses faites de baisses des coûts actualisés de l'électricité issues tant du PV que de l'éolien et surtout de leur développement au sein du parc de production d'électricité français dépendent d'une multitude de facteurs tant techniques qu'économiques, mais aussi juridiques. Outre le coût du capital évoqué plus avant (lui-même influencé par le degré de sécurité juridique des projets perçu par les investisseurs), le développement de ces deux énergies dépend de la stabilité juridique et d'un régime qui leur soit propice. Tout comme l'éolien, le PV a connu une décélération forte de son développement en 2012-2013 du fait d'une rupture juridique brutale du mode de contractualisation des tarifs d'achat des

¹⁷⁶⁵ *Id.*, p. 21.

¹⁷⁶⁶ *Id.*, p. 91.

¹⁷⁶⁷ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Panorama énergies-climat – Edition 2016 », 2016, pp. 127 – 129.

¹⁷⁶⁸ *Id.*, p. 129.

¹⁷⁶⁹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Panorama énergies-climat – Edition 2015 », 2015, p. 114.

¹⁷⁷⁰ *Cf.* Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, II) A).

¹⁷⁷¹ ADEME, « Un mix électrique 100% renouvelable ? Analyses et optimisations », oct. 2015, p. 146, fig. 142.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

projets en décembre 2010¹⁷⁷². Ce sujet sera détaillé dans la deuxième section de ce chapitre¹⁷⁷³.

En sus d'être caractérisés par une courbe d'apprentissage ayant permis un développement somme toute rapide et prometteur, si les conditions leurs sont données, l'éolien et le photovoltaïque ont le grand avantage de présenter une forte complémentarité, permettant d'envisager un déploiement commun et non exclusif l'un de l'autre.

B) La complémentarité de l'éolien et du photovoltaïque, gage d'un développement parallèle sous condition juridique

Comme le précisent le Global Wind Energy Council (GWEC) et l'Institute for a Sustainable Future de l'Université de Technologie de Sydney (UTS:ISF) :

*« Bien qu'il puisse paraître que l'éolien et le solaire sont engagés dans une "course" pour atteindre les coûts les plus bas, [...] il y a de la place pour les deux technologies dans la plupart des systèmes pour l'avenir prévisible et la ressource locale, la courbe de demande et les caractéristiques du système vont déterminer les montants optimaux relatifs à chaque technologie dans chaque système »*¹⁷⁷⁴.

Selon ce point de vue, les différents pays ont besoin d'un mix comprenant les deux énergies (et d'autres) de la manière la plus adaptée possible. De fait, le Danemark, n'a pas le même potentiel éolien et solaire que l'Afrique du Sud et ces deux pays n'ont pas non plus les mêmes courbes de consommation (dépendant de l'activité industrielle du pays par exemple) ni les mêmes impératifs de réseau (celui de l'Afrique du Sud étant ici beaucoup plus étendu, quand celui du Danemark doit composer avec des îles).

Cette compétition entre l'éolien et le solaire fait d'autant moins sens qu'ils n'ont pas les mêmes périodes de production mais se complètent, à leur bénéfice mutuel. Cependant, cet aspect matériel bénéfique pour le système énergétique pourrait être entravé par le principe de la neutralité technologique imprégnant de manière croissante la réglementation européenne.

Plus fondamentalement, il exige que le droit de la transition énergétique intègre cette nécessité du développement concomitant de différentes énergies aux différentes caractéristiques. Il ne peut fonder sa logique sur une seule source d'énergie comme auparavant le droit de l'énergie pouvait se fonder sur une logique centralisatrice à l'appui du parc nucléaire. La réalité technique de la complémentarité entre énergies renouvelables impose que le droit de la transition énergétique soit constitué de régimes différents, chacun adapté à sa source d'énergie, mais dont l'ensemble est « *bien plus grand que la somme de ses parties* »¹⁷⁷⁵. Il faut donc penser un droit de la transition énergétique aussi flexible et variable que les sources d'énergie qu'il régit, pour en tirer le meilleur, dans l'idée d'atteindre sa

¹⁷⁷² Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, « Tableau de bord : solaire photovoltaïque - Troisième trimestre 2016 », nov. 2016, p. 2.

¹⁷⁷³ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, II) A) 1).

¹⁷⁷⁴ GWEC, ISF/UTS, « Global wind energy outlook, 2016 », oct. 2016, p. 34.

¹⁷⁷⁵ Amory LOVINS, *Soft Energy Paths: Toward a Durable Peace*, Ballinger Publishing Company and Friends of the Earth International, 1977, p. 25.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

finalité, et en faisant alors, selon la pensée du doyen Carbonnier, un vrai droit, car ouvert et souple¹⁷⁷⁶.

1) La double complémentarité de l'éolien et du solaire photovoltaïque

L'éolien et le PV ont tout d'abord une complémentarité saisonnière fortement marquée. Ainsi, pour l'éolien, « [l]e facteur de charge mensuel moyen de l'ensemble du parc français est volatil et fortement saisonnalisé, avec des valeurs plus faibles pendant l'été (entre 15 et 19 %) et des valeurs plus importantes l'hiver (30 à 33 %) »¹⁷⁷⁷. A l'inverse, « [l]a production photovoltaïque se caractérise par une saisonnalité très marquée, son facteur de charge mensuel moyen évoluant de 6 % en décembre à 20 % lors des mois d'été »¹⁷⁷⁸.

Les figures 14 et 15 permettent de représenter très clairement cette complémentarité été/hiver.

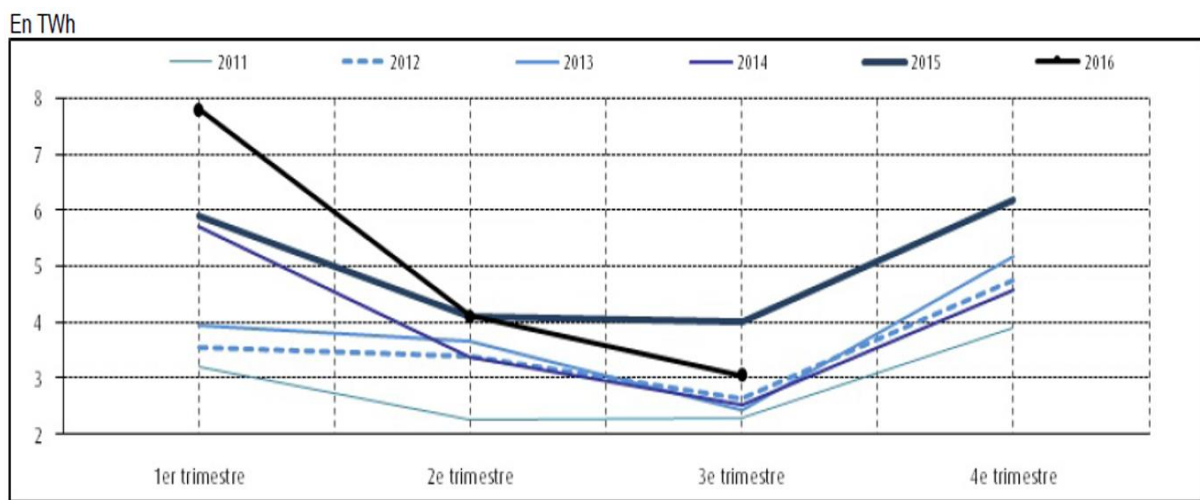


Figure 14 : Production trimestrielle d'électricité éolienne. Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, « Tableau de bord : éolien - Troisième trimestre 2016 », nov. 2016, p. 2.

¹⁷⁷⁶ Jean-Jacques SARFATI, « Des limites de l'idée du droit flexible », *Le Philosophoire*, n° 38, 2012, p. 215.

¹⁷⁷⁷ RTE, « Bilan prévisionnel de l'équilibre offre-demande d'électricité en France – Edition 2016 », 2016, p. 54.

¹⁷⁷⁸ *Id.*, p. 56.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

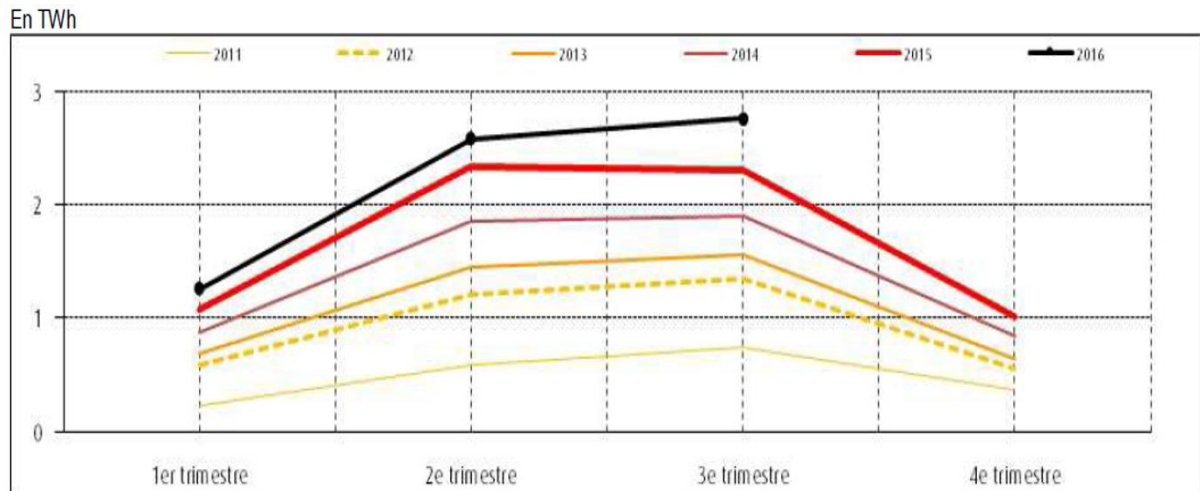


Figure 15 : Production trimestrielle d'électricité solaire photovoltaïque. Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, « Tableau de bord : solaire photovoltaïque - Troisième trimestre 2016 », nov. 2016, p. 2.

En second lieu, l'éolien et le PV ont une complémentarité journalière. Bien que celle-ci soit plus aléatoire, en se basant sur les courbes de production annuelles, il ressort que l'éolien a un « *profil journalier plus plat en moyenne* » tandis que le PV connaît une « *forte production aux heures méridiennes* »¹⁷⁷⁹. Cet état de fait peut se vérifier en observant tout graphique mensuel de la production d'électricité par filière sur l'application de RTE nommée *Eco2mix*¹⁷⁸⁰. Si chaque jour voit son pic méridien de production photovoltaïque, les variations de la production éolienne ne suivent pas un rythme jour/nuit. Ce constat moyenné au pas demi-horaire sur une année permet de faire ressortir cet aspect, avec une courbe solaire régulière en forme de dôme et une courbe éolienne beaucoup plus plane accusant une légère baisse en milieu de matinée¹⁷⁸¹.

Cet aspect devrait donc permettre de développer ces deux énergies en parallèle l'une de l'autre, du fait de leur coopération naturelle plutôt que de chercher à les mettre en compétition sachant qu'elles apportent davantage au réseau et au système électrique par leur combinaison que par la focalisation sur une seule d'entre elles. Néanmoins, l'évolution réglementaire européenne semble aller dans une direction opposée.

2) Le risque de la neutralité technologique

Les lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 ont été publiées le 28 juin 2014 au Journal officiel de l'Union européenne n° C200. Il y est précisé qu'à compter du 1^{er} janvier 2017, les aides octroyées aux énergies renouvelables pour la production d'électricité doivent être attribuées par mise en concurrence, à part quelques exceptions listées. Or, l'une de ces exceptions

¹⁷⁷⁹ ADEME, « Un mix électrique 100% renouvelable ? Analyses et optimisations », oct. 2015, p. 69.

¹⁷⁸⁰ Cf. [<http://www.rte-france.com/fr/eco2mix/eco2mix-mix-energetique>].

¹⁷⁸¹ Cf. pour l'éolien, RTE, « Bilan électrique 2015 », 2016, p. 15, fig. « Production éolienne au pas demi-horaire » ; et pour le solaire photovoltaïque, *id.*, p. 17, « Production solaire au pas demi-horaire ».

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

prévoit que « [l]a procédure de mise en concurrence peut être limitée à certaines technologies [...] »¹⁷⁸². Par déduction, la mise en concurrence privilégiée est donc neutre technologiquement.

La neutralité technologique consiste à ne pas organiser de mise en concurrence dédiée à chaque type d'énergie mais au contraire de toutes les confronter dans une seule procédure et de ne retenir que celles proposant les coûts les plus bas. Ce système a été testé au Mexique et permis de développer de nouvelles capacités de production à des coûts fort compétitifs¹⁷⁸³. Il est aujourd'hui annoncé en Espagne¹⁷⁸⁴ et est donc d'ores et déjà recommandé par la Commission européenne.

Le problème principal que pose ce mécanisme, c'est qu'il se base uniquement sur un critère de prix, même s'il semble possible d'intégrer des critères tels que l'impact environnemental ou la pilotabilité de l'installation¹⁷⁸⁵. En tout état de cause, il sera difficile sous un tel schéma de différencier éolien et solaire photovoltaïque, et des sites à la fois fortement ventés et ensoleillés risqueront d'être attribués uniquement à une seule source d'énergie, la plus compétitive économiquement, au détriment de l'équilibre du réseau et partant du prix de l'électricité final.

En effet, dans son étude exploratoire d'un mix 100% renouvelable en 2050, l'ADEME fait l'hypothèse d'un parc électrique sans PV. Elle en tire la conclusion que se passer de cette énergie amène les autres énergies (principalement l'éolien terrestre et marin) à augmenter leur puissance installée de manière significative et pour ce faire à chercher des emplacements moins rentables pour elles. Leur coût actualisé augmente donc et le coût global de la production électrique avec. De plus, de par les variations accrues de la production électrique ne pouvant plus bénéficier de la complémentarité naturelle évoquée auparavant, les besoins en stockage sont plus importants, emportant un surcoût annuel non négligeable¹⁷⁸⁶. L'étude indique également qu'il est opportun d'implanter des énergies au coût actualisé plus élevé (et donc moins compétitives en cas de mise en concurrence) afin d'assurer cette complémentarité et éviter ces coûts de renforcement du système électrique (renforcement du réseau national, des interconnexions et du stockage)¹⁷⁸⁷. Elle conclut enfin : « *l'arbitrage technologique ne s'effectue pas suivant le seul critère de coût de revient de l'énergie en €/MWh. Ainsi, le "service rendu au système" (notamment la forme du profil journalier moyen de production) par la technologie entre également en compte* »¹⁷⁸⁸. Ces éléments confirment nos propos concernant le besoin de complémentarité des différents régimes juridiques des énergies renouvelables dans le

¹⁷⁸² Commission européenne, « Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 », 28 juin 2014, pt. 126.

¹⁷⁸³ Romain CHICHEPORTICHE, « Energie : la mode des appels d'offres "technologiquement neutres" », *Techniques de l'ingénieur*, 19 déc. 2016, consulté le 23 déc. 2016 [<http://www.techniques-ingenieur.fr/actualite/articles/energie-la-mode-des-appels-doffres-technologiquement-neutres-38901/>].

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*

¹⁷⁸⁵ La pilotabilité se réfère à la possibilité de faire varier la production de l'installation à la demande et non selon la ressource disponible. L'éolien et le PV ne le sont pas, à la différence par exemple des cycles combinés gaz, rapides à faire varier en production et donc utiles pour gérer un réseau électrique.

¹⁷⁸⁶ ADEME, « Un mix électrique 100% renouvelable ? Analyses et optimisations », oct. 2015, p. 69.

¹⁷⁸⁷ *Id.*, p. 70.

¹⁷⁸⁸ *Id.*, p. 73.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

droit de la transition énergétique. En réalité, ce droit n'est pas un, il est plusieurs, comme son objet.

Au niveau hexagonal, si la logique de mise en concurrence et d'intégration au marché s'impose pied à pied¹⁷⁸⁹, celle de la neutralité technologique ne fait pas florès. Le décret PPE a d'ailleurs établi un calendrier d'appels d'offres allant de 2016 à 2019 avec des échéances propres à chaque technologie¹⁷⁹⁰. Le PV au sol y constitue une catégorie à part entière.

Il apparaît dès lors que les énergies éolienne et solaire photovoltaïque ont tous les atouts pour représenter les deux piliers principaux du mix électrique non seulement français mais aussi mondial de demain, si leur encadrement juridique est approprié. A l'échelle globale et surtout locale, il ressort *a contrario* que les autres sources d'énergie disponibles – certaines depuis peu, certaines depuis plusieurs siècles – ne sont pas promises à un destin comparable mais plutôt à un développement limité voire à une forte réduction.

II. Les autres sources d'énergie entre déclin et immaturité

Ainsi qu'il a été détaillé dans l'introduction, notre société n'en n'est pas à sa première transition énergétique¹⁷⁹¹. Et force est de constater que dans le secteur de la production d'électricité, ces transitions ne sont pas achevées. En effet, le charbon est toujours la première source de production d'électricité dans le monde, suivi du gaz, résultant en un mix mondial encore en majorité basé sur les énergies fossiles¹⁷⁹². Elles sont cependant sur le déclin. D'autres énergies développées majoritairement au XX^e siècle suivent également cette trajectoire au mieux stable en termes de part de la production d'électricité, à savoir l'hydroélectricité et le nucléaire.

De l'autre côté, en queue de comète derrière l'éolien terrestre et le solaire photovoltaïque se trouve toute une gamme d'autres énergies renouvelables aux potentiel, dispersion géographique et caractéristiques variables. Certaines sont promises à un fort développement mais resteront pour la majorité dans l'ombre des deux nouveaux piliers du système électrique.

Bien évidemment, cette transition fondée sur des progrès techniques et économiques questionne le droit et se voit obligée d'en requérir les lumières. Les éléments alors développés ci-après permettront de préciser les enjeux auquel notre système juridique se verra confronté de manière croissante.

¹⁷⁸⁹ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II).

¹⁷⁹⁰ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 3, XI.

¹⁷⁹¹ Cf. Introduction, I) B) 1).

¹⁷⁹² IRENA, *Roadmap for a renewable energy future - 2016 Edition* », 2016, p. 65, fig. 23.

A) Les anciens piliers en déclin du système électrique mondial et national et le rôle du droit de la transition énergétique

A l'instar des paragraphes précédents, les mutations du système électrique global ont des répercussions sur la situation locale. Les grandes dynamiques du déclin des énergies fossiles et de la stagnation de l'hydroélectricité se retrouvent donc tant à l'échelle de la France que du monde, avec bien évidemment quelques particularités hexagonales. Cependant, lorsqu'il s'agit du nucléaire, bien que le contexte soit là aussi similaire, la spécificité proverbiale de la France en ce domaine amène à se pencher davantage encore sur la situation à l'intérieur de nos frontières. Dans ces deux cas, nous tâcherons d'en tirer les conclusions quant au rôle du droit de la transition énergétique dans ce contexte.

1) Energies fossiles en déclin et hydroélectricité en stagnation, une situation comparable aux plans global et local

Bien que l'on puisse qualifier les énergies fossiles d'être en déclin concernant la production d'électricité, cela recouvre une multiplicité de réalités. En effet, la situation est différente s'agissant du charbon, du pétrole et du gaz. Au sein même de chacune de ces énergies, l'atteinte des limites est variable dans le temps et dans l'espace. La réalisation de la théorie du pic pétrolier de Marion King Hubbert est ainsi guettée depuis plus d'un demi-siècle à l'échelle nationale mais surtout globale¹⁷⁹³ et pourtant dernièrement repoussée par l'avènement des hydrocarbures non-conventionnels¹⁷⁹⁴. Si cette situation atteint directement la France (par la variation des prix du pétrole par exemple), la situation de départ n'était pas la même. La situation de l'hydroélectricité, en revanche, est bien différente, de par son caractère d'énergie renouvelable en premier lieu. Mais là aussi, la situation mondiale trouve de nombreuses connexions avec la situation nationale.

a) Un déclin variable et fluctuant des énergies fossiles en fonction des cours du marché

Outre l'objectif de long terme de limitation des émissions de gaz à effet de serre qui rend impérative une sortie accélérée de la production d'électricité *via* les énergies fossiles¹⁷⁹⁵, d'autres éléments conduisent à diminuer la part de ces énergies dans le mix électrique mondial.

Tout d'abord, un élément évoqué auparavant au sujet de l'éolien et du solaire mais qui est tout aussi important s'agissant des énergies fossiles : le facteur de charge. Or, il apparaît qu'entre 2007 et 2013, celui des centrales à charbon a baissé de 9%, passant ainsi de 65 à

¹⁷⁹³ Afin de mieux saisir les tenants et aboutissants du pic pétrolier, nous recommanderons la lecture de l'ouvrage de Richard HEINBERG, *Pétrole, la fête est finie !*, Editions Demi-Lune, 2008.

¹⁷⁹⁴ Cf. par exemple, Anne FEITZ, « Les Etats-Unis sont devenus le premier producteur mondial de pétrole », *Les Echos*, 10 juin 2015, consulté le 28 déc. 2016 [http://www.lesechos.fr/10/06/2015/lesechos.fr/021126302298_les-etats-unis-sont-devenus-le-premier-producteur-mondial-de-petrole.htm#dvVrQEemlOVMQRfQ.99].

¹⁷⁹⁵ Si nous brûlons l'intégralité des réserves fossiles connues en 2013, il est fort probable que nous dépassions un réchauffement de 3° d'ici la fin du siècle. Quant à respecter l'objectif des 2° fixé comme limite dans les négociations internationales, il faudrait alors ne consommer que 20% de ces réserves. Carbon Tracker, The Grantham Research Institute, « Unburnable Carbon 2013: Wasted capital and stranded assets », 2013, pp. 4 et 14 [<http://www.carbontracker.org/report/unburnable-carbon-wasted-capital-and-stranded-assets/>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

59%, et celui des centrales à gaz a baissé de 4% pour s'établir à 38%. En 2014, les facteurs respectifs étaient de 57 et 37%, continuant leur chute¹⁷⁹⁶. Et cette baisse risque de se poursuivre, surtout dans un scénario de prix croissant du CO₂. Du fait de ce coût supplémentaire et des prix continuellement décroissants des énergies renouvelables concurrentes, le coût actualisé du gaz et du charbon devrait continuer à augmenter, les entraînant dans un cercle vicieux hypothéquant sérieusement leur avenir¹⁷⁹⁷. Le pétrole est confronté aux mêmes obstacles que le gaz et le charbon sur ce sujet.

Pourtant, cette évolution est davantage susceptible d'avoir des effets sur le temps long (plusieurs décennies). En effet, à l'échelle de l'année, la fluctuation des cours du pétrole, du gaz et du charbon rebat régulièrement les cartes. Ainsi, dernièrement, « *le coût de l'électricité produite à base de gaz a chuté en cohérence avec les prix du pétrole et la surproduction sur le marché du gaz naturel liquéfié, la rendant dans l'ensemble moins chère pour les temps à venir* »¹⁷⁹⁸. La volatilité des cours des énergies fossiles entraîne donc des changements plus rapides que ceux tenant à la courbe d'apprentissage des énergies renouvelables. Néanmoins, le même rapport souligne que cette situation, *a priori* avantageuse pour le gaz, ne se traduit par de nouvelles constructions de centrales basées sur ce carburant que dans une poignée de pays¹⁷⁹⁹. Du fait même de la volatilité des cours des énergies fossiles et en particulier du gaz et du pétrole, il est en effet malaisé de tableer sur une transition vers ces énergies pour des investissements qui rendront le producteur dépendant d'une source pour les plus de 25 années à suivre.

S'agissant du charbon, malgré une diminution de son usage en Europe, en Chine et aux Etats-Unis d'ici au milieu du siècle, la faiblesse de son prix prévisible du fait de cette baisse de la demande risque d'entraîner un recours accru par d'autres pays, tels l'Inde¹⁸⁰⁰. Cependant, ces projections sur plus de 20 ans sont un art difficile, et l'éolien et le solaire, avec leurs coûts de production marginaux nuls, peuvent rapidement remplacer des capacités de production fossiles planifiées mais devenues trop coûteuses ou incertaines¹⁸⁰¹. Une forte incertitude plane donc sur le chemin de court terme qu'empruntera le déclin des énergies fossiles à l'échelle mondiale, ne semblant pas remettre en cause les grandes lignes de la transition vers les énergies renouvelables¹⁸⁰².

A l'échelle nationale, la situation connaît quelques différences. Du fait de la concentration de la production électrique *via* les centrales nucléaires depuis leur mise en service au cours des

¹⁷⁹⁶ Carbon Tracker, « End of the load for coal and gas? Challenging power technology assumptions », 2016, p. 14 [<http://www.carbontracker.org/report/the-end-of-the-load-for-coal-and-gas/>].

¹⁷⁹⁷ *Id.*, p. 23; et, Accenture, « Low Carbon, High Stakes – Do you have the power to transform? », 2015, p. 14 [<https://www.accenture.com/us-en/insight-low-carbon-high-stakes-in-utilities>].

¹⁷⁹⁸ Bloomberg new energy finance (BNEF), « New Energy Outlook 2016 – Long-term projections of the global energy sector », Executive summary, juin 2016, p. 3 [<https://www.bloomberg.com/company/new-energy-outlook/#form>].

¹⁷⁹⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*

¹⁸⁰¹ *Cf.*, par exemple, Mickaël CHARPENTIER, « L'Inde annule la construction de 16 GW de centrales à charbon », *Actu-environnement.com*, 13 juin 2016, consulté le 22 juin 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/inde-annule-construction-16gw-centrales-charbon-26983.php4#xtor=EPR-1>].

¹⁸⁰² BNEF, « New Energy Outlook 2016 ... », *cit.*, juin 2016, p. 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

années 1970 à fin 1990, la part des énergies fossiles dans le mix électrique français est bien moindre en comparaison de la situation internationale. De fait :

« En raison de leur coût marginal plus élevé que les autres technologies de base, les centrales thermiques classiques (charbon, fioul et gaz) jouent un rôle d'appoint dans la production d'électricité : leur rôle est de produire de l'électricité pour s'ajuster à la demande, dans un fonctionnement en semi-base ou en pointe complémentaire du nucléaire et des énergies renouvelables. Le charbon et le fioul ont régressé régulièrement au profit du gaz naturel pour la production d'électricité, en raison de la montée des exigences environnementales »¹⁸⁰³.

Avec 22 GW (dont 10 de gaz naturel) sur un total de 129 GW de capacité installée de production d'électricité au total en France, les énergies fossiles ont produit 34,1 des 546 TWh générés en 2015, soit 6,2% de la production totale, une part mineure donc¹⁸⁰⁴. Et la situation ne risque pas de repartir à la hausse pour celles-ci, sachant que le décret PPE prohibe la construction de toute nouvelle centrale à charbon sans système de captage et stockage du CO₂ – processus au stade de l'expérimentation – et impose une limitation annuelle de fonctionnement pour les nouvelles centrales fonctionnant avec un combustible fossile une fois un plafond d'émission de CO₂ par MW installé dépassé¹⁸⁰⁵.

S'agissant des énergies fossiles, le droit de la transition énergétique aura donc davantage en charge la gestion de leur déclin déjà bien avancé dans le mix électrique, sur le fondement d'objectifs environnementaux concourant à la finalité principale de ce droit, la limitation des émissions de CO₂. Une voie qui cependant reste ouverte et d'importance concernant le rôle du droit sur ces énergies est celle de l'usage du gaz naturel comme combustible transitoire afin d'accompagner le développement d'énergies renouvelables variables, notamment par le mécanisme des réserves de capacité¹⁸⁰⁶. Cet aspect est probablement tout aussi périlleux que celui concernant un droit équilibré pour le solaire et l'éolien. Les investissements dans des centrales électriques au gaz étant importants, prévisibilité et sécurité juridique s'imposent afin de gérer également cet aspect transitoire de la transition.

b) La stagnation de l'hydroélectricité pour des causes distinctes

En 2015, la capacité de production hydroélectrique mondiale totalisait 1064 GW, en faisant de loin la première source d'électricité renouvelable. Cependant, la nouvelle capacité installée depuis l'année précédente (28 GW) était inférieure à celle de l'éolien (63 GW) ou du PV (50 GW)¹⁸⁰⁷.

Cette source d'énergie a de nombreux atouts, comme sa capacité de modulation rapide de sa production, permettant de répondre aux variations de la demande d'électricité. Cependant, elle compte aussi des défauts, notamment environnementaux ou sociaux, en particulier

¹⁸⁰³ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Panorama énergies-climat – Edition 2016 », 2016, p. 90.

¹⁸⁰⁴ *Id.*, pp. 89 – 90.

¹⁸⁰⁵ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 10.

¹⁸⁰⁶ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 2, I) A) 2).

¹⁸⁰⁷ REN21, *Rapport sur le statut mondial des énergies renouvelables 2016 – Faits essentiels*, 2016, p. 9.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

s'agissant des grands projets¹⁸⁰⁸. De manière plus prosaïque, capter le potentiel de l'hydroélectricité exige des investissements conséquents et le temps de construction s'étire sur plusieurs années, sinon décennies, en faisant une option parfois inaccessible dans certains pays pourtant dotés de ressources hydriques importantes¹⁸⁰⁹. Enfin, ses capacités étant déjà grandement utilisées en Europe et en Amérique du Nord, l'ensemble de ces facteurs promet à cette énergie un développement à venir placé sous le signe de la stagnation. Ainsi, certains scénarios d'évolution du mix électrique d'ici à 2030 voient l'hydroélectricité progresser de 1 à 2 points de pourcentage seulement, là où l'éolien et le solaire voient leur progression en valeur absolue comme relative augmenter fortement¹⁸¹⁰.

En France, l'hydroélectricité compte 25,4 GW de puissance installée et une production annuelle en faisant la deuxième source du mix électrique, derrière le nucléaire, mais avant le gaz et l'éolien¹⁸¹¹. Néanmoins, le parc installé est stable « *depuis la fin des années 1980* »¹⁸¹². Partant, les modifications de la production annuelle tiennent principalement de la variation des ressources, dépendantes de la pluviométrie¹⁸¹³.

Si l'étude de prospective de l'ADEME sur la possibilité d'un mix électrique 100% renouvelable en 2050 au meilleur coût inclut bien l'hydroélectricité, celle-ci est reléguée, en capacité installée tout comme en production effective, loin derrière l'éolien (terrestre et marin) et le PV (en toiture ou en centrales au sol)¹⁸¹⁴. D'ailleurs, la PPE prévoit pour le 31 décembre 2018 une puissance installée équivalente à celle de 2015 et pour 2023, une option haute en progression de moins d'un GW¹⁸¹⁵. Pourtant, « [c]es chiffres marquent un net recul par rapport aux objectifs qui avaient été posés par le précédent exercice de programmation, lequel visait à fin 2020 l'installation de 3 GW supplémentaires par rapport à la puissance de fin 2006 (soit un total d'environ 28 GW) »¹⁸¹⁶. Sur ce point, la PPE a donc marqué une régression de l'ambition.

De fait, les marges de progression possibles pour le développement de l'hydroélectricité en France sont très faibles et se concentrent surtout sur des renouvellements de turbines existantes par des équipements plus puissants, l'équipement de sites déjà construits ou la rénovation de sites anciens comme de vieux moulins¹⁸¹⁷.

¹⁸⁰⁸ Cf. par exemple, World Commission on Dams, *Dams and development – a new framework the report of the world commission on dams for decision-making*, Earthscan Publications Ltd, 2000.

¹⁸⁰⁹ A l'image du continent Africain. Cf. IRENA, « Africa 2030 : Roadmap for a renewable energy future », 2015 [http://www.irena.org/DocumentDownloads/Publications/IRENA_Africa_2030_REmap_2015_low-res.pdf].

¹⁸¹⁰ IRENA, *Roadmap for a renewable energy future*, 2016, p. 65, fig. 23.

¹⁸¹¹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Panorama énergies-climat – Edition 2016 », 2016, pp. 90 et 139.

¹⁸¹² RTE, « Bilan électrique 2015 », 2016, p. 18.

¹⁸¹³ *Ibid.*

¹⁸¹⁴ ADEME, « Un mix électrique 100% renouvelable ? Analyses et optimisations », oct. 2015, p. 135.

¹⁸¹⁵ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 3, III.

¹⁸¹⁶ Observ'ER, « Le baromètre 2015 des énergies renouvelables électriques en France », 2015, p. 53.

¹⁸¹⁷ *Id.*, p. 54.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

C'est en partie cet aspect qui est en jeu dans le renouvellement des concessions hydroélectriques, dont l'évolution juridique du statut se fait de manière quelque peu erratique. Le nouveau régime est pour le moment fixé par le décret n° 2016-530 du 27 avril 2016¹⁸¹⁸. Le droit de la transition énergétique a peu d'intérêt à s'inviter sur le terrain de la production hydroélectrique, vu la phase de stagnation actuelle et future (ni besoin d'un droit de la construction, ni d'un de la déconstruction). Les questions juridiques autour de cette énergie sont bien davantage, comme évoqué, celles de la libéralisation de ces installations, qui semble à première vue n'avoir que peu d'impact sur la finalité du droit de la transition énergétique. Nous en concluons que ce n'est pas parce qu'il s'agit d'une source d'énergie renouvelable, aussi importante soit-elle, qu'il s'agit de droit de la transition énergétique.

En comparaison des énergies fossiles et de l'hydroélectricité dont les situations globale et locale sont relativement comparables, l'énergie nucléaire, elle, bien que destinée à un déclin aux deux niveaux, reste une particularité française.

2) La diminution prévue du nucléaire, une spécificité française dans un contexte global pourtant analogue

En 2015, 11 GW de capacité de production d'électricité nucléaire ont été installés. Cela correspond à une augmentation de la capacité mondiale de 1,3%, entièrement du fait de la Chine. Cette addition de capacité, bien moindre que celles de l'éolien ou du PV, s'inscrit dans une période qui voit de moins en moins de nouveaux réacteurs en cours de construction depuis 3 ans¹⁸¹⁹. Si selon l'agence internationale de l'énergie (AIE) les coûts de construction se sont stabilisés depuis 5 ans après des années de croissance, celle-ci reconnaît cependant que l'éolien et le solaire ont vu leurs coûts baisser dans le même temps et continuer de le faire, arrivant au même niveau que certaines énergies conventionnelles¹⁸²⁰.

L'ensemble de ces éléments, à l'échelle mondiale, laisse à penser que l'énergie nucléaire, bien que qualifiée de « *décarbonée* » et réputée peu chère, fait partie des énergies entrant en déclin. A l'échelle française, du fait de la primauté de cette énergie dans notre mix électrique, il est alors doublement nécessaire d'en étudier la situation actuelle ainsi que les enjeux pour son avenir.

a) Une augmentation constante des coûts du parc installé et des nouvelles capacités

En France, les 63,2 GW de puissance nucléaire installée ont représenté pas moins de 76,3% de la production électrique totale en 2015¹⁸²¹. Ladite capacité installée hexagonale représente d'ailleurs à elle seule 16,8% de la capacité mondiale¹⁸²². Le parc actuel français était

¹⁸¹⁸ Cf. à ce sujet, Gilles LE CHATELIER, Romain GRANJON, « Le nouveau régime des concessions hydroélectriques : Au lendemain du décret n° 2016-530 du 27 avril 2016 », *AJDA*, 2016, pp. 623 – 627.

¹⁸¹⁹ Mycle SCHNEIDER *et al.*, « The World Nuclear Industry Status Report 2016 », juil. 2016, p. 10.

¹⁸²⁰ Julian SCHORPP, « Le nucléaire reste compétitif, selon l'AIE », *Contexte*, 31 août 2015, consulté le 12 mars 2016, [https://www.contexte.com/article/energie/le-nucleaire-reste-competitif-selon-laie_29982.html].

¹⁸²¹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Panorama énergies-climat – Edition 2016 », 2016, p. 142.

¹⁸²² Pour une capacité mondiale installée de 376,2 GW, Cf. *ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

néanmoins âgé en moyenne de 30 ans en 2013, pour des durées de vie envisagées lors de leur construction de 40 années¹⁸²³. Ce qui, vu la durée de construction d'un réacteur nucléaire, pose la question du renouvellement ou de l'extension de la durée de vie du parc.

L'énergie nucléaire étant une industrie très capitalistique¹⁸²⁴, à l'instar de l'éolien, son facteur de charge compte fortement dans le calcul de son coût actualisé du kWh. Or, si de 2001 à 2007 celui-ci dépassait les 80%, cela n'a plus été le cas à une exception près depuis lors¹⁸²⁵. Du fait d'un manque d'investissements de maintenance au début des années 2000, les arrêts fortuits se sont multipliés, conduisant pour l'année 2013 à un facteur de charge de 78%. Dans le même temps, en 2009-2010, la disponibilité de réacteurs de technologie similaire était de « de 89 à 90 % aux États-Unis, de 80 à 86 % en Allemagne et de 77 à 82 % au Japon »¹⁸²⁶. Ce contexte a alors eu des répercussions sur le coût de production de l'électricité nucléaire.

Estimé par la Cour des comptes à 49,5 €²⁰¹⁰/MWh en 2010, il grimpe à 59,8 €²⁰¹³/MWh trois ans plus tard¹⁸²⁷. Cette augmentation s'explique par un accroissement des coûts d'exploitation, de maintenance, de provisionnement pour les charges futures de démantèlement et de gestion des déchets et enfin du coût du capital et de l'inflation¹⁸²⁸. Et pourtant cette estimation ne prend pas en compte plusieurs aspects susceptibles de la faire gonfler, tels la recherche publique¹⁸²⁹, l'assurance complète du risque d'accident nucléaire¹⁸³⁰, ou les coûts de sécurité, sûreté et transparence¹⁸³¹. Plus encore, sur le long terme, les coûts de construction des centrales nucléaires augmentent, à euros constants, en moyenne de 10% entre chaque nouveau modèle de réacteur¹⁸³². Et pour l'avenir, des investissements colossaux sont à prévoir pour la maintenance et la mise à jour des réacteurs,

¹⁸²³ *Ibid.*

¹⁸²⁴ Cour des comptes, « Les coûts de la filière électronucléaire », Synthèse du Rapport public thématique, jan. 2012, p. 12.

¹⁸²⁵ Assemblée nationale, Commission d'enquête relative aux coûts passés, présents et futurs de la filière nucléaire, à la durée d'exploitation des réacteurs et à divers aspects économiques et financiers de la production et de la commercialisation de l'électricité nucléaire, dans le périmètre du mix électrique français et européen, ainsi qu'aux conséquences de la fermeture et du démantèlement de réacteurs nucléaires, notamment de la centrale de Fessenheim, Rapport n° 2007, François BROTTES, Denis BAUPIN, 5 juin 2014, p. 60.

¹⁸²⁶ Sénat, Commission d'enquête sur le coût réel de l'électricité afin d'en déterminer l'imputation aux différents agents économiques, Rapport n° 667, Ladislav PONIATOWSKI, Jean DESESSARD, 11 juil. 2012, pp. 108 – 109.

¹⁸²⁷ Cour des comptes, « Le coût de production de l'électricité nucléaire – Actualisation 2014 », mai 2014, p. 11.

¹⁸²⁸ *Id.*, p. 12.

¹⁸²⁹ Sénat, Commission d'enquête sur le coût réel de l'électricité ..., *cit.*, Rapport n° 667, Ladislav PONIATOWSKI, Jean DESESSARD, 11 juil. 2012, pp. 57 – 59 ; et, Cour des comptes, « Le coût de production de l'électricité nucléaire – Actualisation 2014 », mai 2014, p. 26.

¹⁸³⁰ Le plafond de responsabilité de l'exploitant pour un accident nucléaire était jusqu'à la loi de transition énergétique plafonné à 91,5 millions d'euros, alors que les coûts potentiels d'un accident en France sont estimés à plusieurs centaines de milliards d'euros. Le plafond est aujourd'hui remonté à 700 millions d'euros mais au final ce sera l'Etat qui assumera la grande majorité des coûts en cas d'accident. Cf. Uwe NESTLE, « Les énergies renouvelables : la seule voie vers un système énergétique sûr, abordable et respectueux du climat pour 2030 », Heinrich Böll Stiftung, août 2014, p. 19 ; Cour des comptes, « Les coûts de la filière électronucléaire », Synthèse du Rapport public thématique, jan. 2012, p. 21 ; Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Panorama énergies-climat – Edition 2016 », 2016, p. 144.

¹⁸³¹ Cour des comptes, « Le coût de production de l'électricité nucléaire – Actualisation 2014 », mai 2014, p. 26.

¹⁸³² Assemblée nationale, Commission d'enquête relative aux coûts passés, présents et futurs ..., *cit.*, Rapport n° 2007, François BROTTES, Denis BAUPIN, 5 juin 2014, p. 103.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

afin de les adapter aux nouvelles exigences suite à l'accident de Fukushima, ce qui, en plus d'ajouter un coût, nuira également au facteur de charge du parc installé, en partie arrêté durant les travaux¹⁸³³. Si l'ensemble de ces éléments est ajouté au coût estimé de la production nucléaire, celui-ci augmentera fortement. L'intégration d'une partie seulement de ces coûts additionnels à l'estimation de 2010 la faisait déjà passer de 49,6 €/MWh à 69 €/MWh¹⁸³⁴.

Il pourrait alors sembler plus avantageux de limiter autant que possible les investissements sur les réacteurs existants, ne pas prolonger leur durée de vie, et investir dans un parc de réacteurs de nouvelle génération, dont l'*European Pressurized Reactor* (EPR) de Flamanville en cours de construction constituerait la tête de série. Cependant, la technologie nucléaire ne suit pas la même courbe d'apprentissage que l'éolien ou le PV, et les coûts de construction de ce réacteur représentent déjà le double du coût moyen de construction du parc existant, rapporté à la puissance installée¹⁸³⁵. En 2012, la Cour des comptes estimait le coût actualisé de l'électricité issue de ce réacteur de 3^e génération dans une fourchette de 70 à 90 €/MWh¹⁸³⁶. Or, cette hypothèse s'avère optimiste car calculée sur un facteur de charge de 90% et des coûts de production moins importants que ceux des centrales actuelles¹⁸³⁷. La signature d'un contrat d'achat de 35 ans entre EDF et l'Etat Britannique concernant le projet de réacteur d'Hinkley Point C est d'ailleurs éclairant sur ce sujet, vu qu'il engage ce dernier à racheter l'électricité produite par cette technologie similaire à celle de Flamanville à un prix de 114 €²⁰¹²/MWh¹⁸³⁸.

Enfin, à cette courbe ascendante des coûts du nucléaire, s'ajoute une problématique récente, celle des faibles prix de l'électricité sur le marché européen (et donc français). Du fait d'une baisse du prix des énergies fossiles, du prix du CO₂ sur le marché européen, et d'une surcapacité de production causée par l'afflux d'énergie renouvelable conjuguée à une demande d'électricité atone, le prix de l'électricité pour les contrats d'achat à terme a atteint 26,9 €/MWh au premier trimestre 2016¹⁸³⁹. Cette situation est problématique depuis la fin 2014, lorsque les prix sont passés sous la barre des 42 €/MWh, soit le prix de l'Accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH)¹⁸⁴⁰. En conséquence, les concurrents d'EDF n'en n'achètent plus depuis le 1^{er} janvier 2016¹⁸⁴¹. L'ancien monopole public se retrouve ainsi pris

¹⁸³³ Cour des comptes, « Le rapport public annuel 2016 – Les observations – Synthèses », 10 fév. 2016, p. 24.

¹⁸³⁴ Benjamin DESSUS, « Les couts de différentes filières de production et d'économie d'électricité », Global Chance, 8 avr. 2012, p. 2.

¹⁸³⁵ Uwe NESTLE, « Les énergies renouvelables : la seule voie ... », *cit.*, p. 15.

¹⁸³⁶ Cour des comptes, « Les coûts de la filière électronucléaire », Synthèse du Rapport public thématique, jan. 2012, p. 14.

¹⁸³⁷ Sénat, Commission d'enquête sur le coût réel de l'électricité ..., *cit.*, Rapport n° 667, Ladislav PONIATOWSKI, Jean DESESSARD, 11 juil. 2012, p. 112.

¹⁸³⁸ Cour des comptes, « Le coût de production de l'électricité nucléaire – Actualisation 2014 », mai 2014, p. 25.

¹⁸³⁹ Assemblée nationale, Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Rapport n° 3952 sur la situation du groupe Électricité de France et de la filière nucléaire, Marc GOUA, Hervé MARITON, 13 juil. 2016, pp. 7 – 8.

¹⁸⁴⁰ *Id.*, p. 8. S'agissant de l'ARENH, Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1, I) B) 1) b).

¹⁸⁴¹ Véronique LE BILLON, « Electricité : la baisse des prix de marché fait souffrir EDF », *Les Echos*, 6 déc. 2015, consulté le 1^{er} jan. 2017 [http://www.lesechos.fr/06/12/2015/lesechos.fr/021536863795_electricite---la-baisse-des-prix-de-marche-fait-souffrir-edf.htm#K0SE5bsc9HfX7VTV.99].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

en tenaille entre des coûts croissants et des prix de marché en berne. Dans ce contexte, il lui est impératif d'acquérir la visibilité nécessaire aux choix qui se posent à lui. Et c'est dans ce domaine que les attentes envers le législateur et le pouvoir réglementaire sont importantes.

b) Un manque de visibilité persistant handicapant le nucléaire

Depuis le 17 août 2015, la capacité totale installée de génération d'électricité à base de nucléaire est limitée à 63,2 GW, soit la puissance installée actuelle¹⁸⁴². En complément, la politique énergétique nationale a pour objectif de « *réduire la part du nucléaire dans la production d'électricité à 50 % à l'horizon 2025* »¹⁸⁴³. Néanmoins, ainsi qu'il a été détaillé auparavant¹⁸⁴⁴, la PPE reste floue s'agissant du nucléaire et reporte les échéances essentielles, à savoir les décisions de fermeture des réacteurs à 2019 – 2020, soit sous l'empire de la prochaine PPE¹⁸⁴⁵.

En 2014, déjà, la Cour des comptes avait pourtant renforcé une de ses recommandations de 2012, demandant instamment à l'Etat de :

*« Prendre position rapidement, dans le cadre de la fixation des orientations de la politique énergétique à moyen terme, sur le prolongement de la durée d'exploitation des réacteurs au-delà de 40 ans, afin de permettre aux acteurs, notamment à EDF, de planifier les actions et les investissements qui en résulteront »*¹⁸⁴⁶.

Effectivement, les magistrats de la rue Cambon ont avancé dans leur rapport public annuel 2016 que le respect de l'engagement de réduction à 50% de la part du nucléaire dans le mix électrique exigeait de fermer 17 à 20 réacteurs d'ici à 2025, en sus des deux de Fessenheim¹⁸⁴⁷.

Or, le décret de la PPE se limite à exiger d'EDF un plan stratégique devant exposer la réalisation de cette diminution du nucléaire français¹⁸⁴⁸. Situation qui, pour les députés, entraîne une « *absence de visibilité sur des échéances finalement très proches [nuisant] très directement aux opérateurs de la filière nucléaire française car elle leur interdit d'estimer la valeur de leurs actifs sur le moyen terme et, en conséquence, de procéder à des arbitrages en matière d'investissement ou de renouvellement de leur appareil de production* »¹⁸⁴⁹. Il serait en effet plus avisé de trancher cette question et permettre dès lors de se décider pour une prolongation du parc existant ou son renouvellement, afin de n'engager des frais superflus augmentant incidemment le coût de production de l'électricité nucléaire, déjà sur une courbe ascendante nocive.

¹⁸⁴² Art. 187 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

¹⁸⁴³ Art. 1^{er} de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

¹⁸⁴⁴ Cf., Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II) B) 1) b).

¹⁸⁴⁵ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à l'offre d'énergie, 27 oct. 2016, p. 42.

¹⁸⁴⁶ Cour des comptes, « Le coût de production de l'électricité nucléaire – Actualisation 2014 », mai 2014, p. 30.

¹⁸⁴⁷ Cour des comptes, « Le rapport public annuel 2016 – Les observations – Synthèses », 10 fév. 2016, p. 25.

¹⁸⁴⁸ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 12. Ce plan sera abordé dans la partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, I) B) 1) a).

¹⁸⁴⁹ Assemblée nationale, Commission des finances ..., Rapport n° 3952 sur la situation du groupe Électricité de France ..., cit., Marc GOUA, Hervé MARITON, 13 juil. 2016, p. 26.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Le droit a ici un rôle majeur de sécurité juridique à remplir qui n'est en l'état de l'indécision des textes absolument pas tenu. Nous noterons que cet impératif de prévisibilité s'applique donc tant aux énergies en croissance qu'aux énergies promises à une décroissance selon les termes mêmes de la loi de transition énergétique¹⁸⁵⁰. Partant, peu importe la direction de la transition de chaque type d'énergie, cet élément reste une caractéristique essentielle de ce que doit être le droit de la transition énergétique. Or, nous verrons plus bas un peu plus en détail le manque total de prévisibilité du droit tant en matière d'éolien¹⁸⁵¹ et de photovoltaïque¹⁸⁵². En ce sens, ce droit semble commencer à avoir l'apparence d'un droit déclaratoire, apte à fixer des objectifs, mais incapables d'élaborer les outils qui doivent permettre d'y parvenir.

Enfin, il est une catégorie d'énergies qui ne se situent ni en déclin, ni encore tout à fait dans la zone de maturité qui caractérise l'éolien terrestre et le PV. Elles sont renouvelables et auront certainement une place dans la transition énergétique des décennies à venir.

B) Des sources d'énergie renouvelable complémentaires

Aux côtés de l'éolien, du PV et de l'hydroélectricité, il existe toute une série d'autres énergies renouvelables disponibles en France pour la production d'électricité. Cependant, du fait d'un potentiel trop réduit, d'une immaturité technologique ou d'un coût trop élevé, elles ne sont amenées qu'à jouer un rôle complémentaire pour les temps à venir. La géothermie est l'un de ces exemples. Surtout utilisée pour la production de chaleur ou la régulation thermique des habitations, elle commence à se développer en France métropolitaine avec 2,1 MW de puissance électrique installés en Alsace¹⁸⁵³ et un objectif de 53 MW pour 2023¹⁸⁵⁴. Cependant, malgré sa principale qualité – une production constante, – son potentiel réduit dans l'hexagone ne permet d'envisager pour elle qu'un rôle de complément local. Les cas de la biomasse énergie et des énergies marines renouvelables, objets des développements suivants, sont quant à eux porteurs de plus grands espoirs mais aussi plus complexes.

1) La biomasse énergie, énergie thermique renouvelable à la fois ancienne et immature

La biomasse énergie correspond à l'une des plus anciennes découvertes de l'Homme : le feu. Dès lors, l'énergie thermique renouvelable consiste à brûler un combustible renouvelable ou de récupération (comme les déchets) afin de produire de l'énergie. En 2015, « [l]a biomasse énergie, comprenant la production d'énergie à partir de biomasse solide [telle le bois], de biomasse gazeuse [via la méthanisation] ou de biomasse liquide/biocarburants [principalement à partir de l'agriculture], est la première source d'énergie renouvelable en France »¹⁸⁵⁵. En application de la loi de transition énergétique, le décret du 19 août 2016 a fixé les modalités de la stratégie nationale de mobilisation de la biomasse qui doit être

¹⁸⁵⁰ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 1, III et 187, 3°.

¹⁸⁵¹ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) 1).

¹⁸⁵² Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, II) A).

¹⁸⁵³ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à l'offre d'énergie, 27 oct. 2016, p. 32.

¹⁸⁵⁴ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 3 VI.

¹⁸⁵⁵ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Panorama énergies-climat – Edition 2016 », 2016, p. 105.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

déclinée en schémas régionaux biomasse, afin de mettre en place une meilleure gestion de la filière, de son développement et de ses usages¹⁸⁵⁶. Il ressort néanmoins d'ores et déjà que la biomasse est orientée en France vers une valorisation par la production de chaleur davantage que par la production d'électricité, du fait d'une plus grande efficacité énergétique¹⁸⁵⁷ ou économique¹⁸⁵⁸. Nous nous intéresserons cependant au développement de la biomasse électrique en général dans un premier temps et au rôle de la réglementation de la méthanisation dans un second temps.

a) La biomasse électrique, des profils très différents aux progrès simultanés

Au niveau international, la capacité électrique installée reposant sur la biomasse était de 106 GW en 2015, soit derrière le peloton de tête hydraulique – éolien – PV¹⁸⁵⁹. Ce qui en fait tout de même une source de courant bien plus développée que la géothermie ou le solaire thermodynamique.

En France, cette catégorie comprend trois sources principales caractérisées par des combustibles et des méthodes de production différentes, ainsi que le montre la figure 16 : l'incinération des déchets ménagers, la combustion du bois-énergie et enfin la production et l'utilisation de biogaz à partir de différents types d'intrants. La capacité installée totale fin 2015 de cette catégorie était de 1703 MW, ayant près de doublé depuis 2007¹⁸⁶⁰.

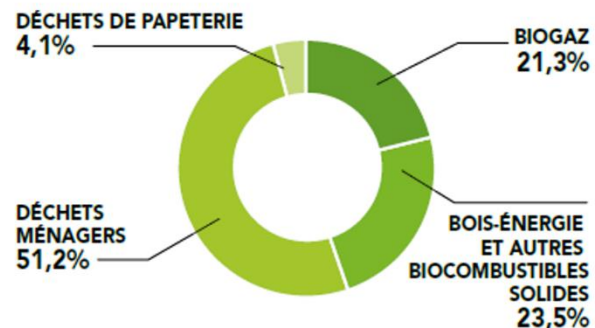


Figure 16 : Composition du parc bioénergies.
RTE, Bilan électrique 2015, p. 17.

La filière d'incinération des déchets ménagers est la plus ancienne et la plus développée avec en juin 2015, 940 MW installés¹⁸⁶¹. Elle est aussi celle avec le coût d'achat de l'électricité le plus faible, de l'ordre de 56 €/MWh en 2016¹⁸⁶². A ce titre, elle bénéficie dans le cadre du décret du 28 mai 2016¹⁸⁶³ d'un système de complément de rémunération¹⁸⁶⁴ dit à guichet

¹⁸⁵⁶ Décret n° 2016-1134 du 19 août 2016 relatif à la stratégie nationale de mobilisation de la biomasse et aux schémas régionaux biomasse.

¹⁸⁵⁷ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à l'offre d'énergie, 27 oct. 2016, p. 26.

¹⁸⁵⁸ Le chauffage bois étant plus économique pour le consommateur que le chauffage électrique. Cf. Guillaume KREMPP, « La filière du chauffage au bois pourrait profiter des tensions sur le réseau électrique », *Actu-environnement.com*, 15 nov. 2016, consulté le 13 déc. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/rte-tension-reseau-electrique-chauffage-bois-27867.php4>].

¹⁸⁵⁹ REN21, *Rapport sur le statut mondial des énergies renouvelables 2016 – Faits essentiels*, 2016, p. 9.

¹⁸⁶⁰ RTE, « Bilan électrique 2015 », 2016, p. 17, fig. « Parc bioénergies ».

¹⁸⁶¹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à l'offre d'énergie, 27 oct. 2016, p. 23.

¹⁸⁶² *Id.*, p. 24.

¹⁸⁶³ Décret n° 2016-691 du 28 mai 2016 définissant les listes et les caractéristiques des installations mentionnées aux articles L. 314-1, L. 314-2, L. 314-18, L. 314-19 et L.314-21 du code de l'énergie.

¹⁸⁶⁴ Le complément de rémunération sera traité plus en profondeur dans la partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) A) 1).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

ouvert, sans limite de puissance. Toute nouvelle installation remplissant les conditions peut ainsi bénéficier de ce complément à la vente d'électricité sur le marché, sans être mise en concurrence dans un appel d'offres. Malgré le point fort que constitue sa non intermittence, la PPE ne fixe pas d'objectif de développement chiffré pour 2018 ou 2023. Le potentiel est quoi qu'il en soit par essence limité à la portion de déchets ménagers biodégradables disponibles (une partie étant convoitée par des installations de méthanisation également).

La filière bois-énergie, pour sa part, est plus récente et comptait fin 2015 une capacité installée de 400 MW¹⁸⁶⁵. Le prix moyen d'achat par EDF est assez élevé, estimé à 149 €/MWh pour l'année 2016, du fait des coûts d'exploitation dont pour une partie non négligeable le coût du combustible et des coûts de personnel¹⁸⁶⁶. Cependant, du fait de sa production non intermittente, la PPE a fixé pour objectif d'augmenter sa capacité à 540 MW en 2018 et de 790 à 1040 MW en 2023¹⁸⁶⁷. Pour ce faire, ladite programmation a fixé un calendrier d'appels d'offres annuels de 2016 à 2018 afin de cadencer un développement de 50 à 100 MW/an¹⁸⁶⁸. Lancé le 16 février 2016¹⁸⁶⁹, il détaille dans son cahier des charges l'ensemble des critères de sélection et les modalités de rémunération des lauréats, *via* un complément de rémunération, pour la première tranche¹⁸⁷⁰. La limitation principale du bois-énergie pour produire de l'électricité est l'accès à la ressource, le bois ayant de multiples usages. Dans le cas de certaines installations à capacité significative, cette question peut s'avérer problématique¹⁸⁷¹.

Enfin, la filière biogaz est probablement la plus diversifiée des trois grandes composantes de la biomasse électricité. Totalisant 363 MW installés à juin 2016, le biogaz utilisé provient en premier lieu de sites de stockages de déchets non dangereux et en second lieu de la méthanisation de déchets et résidus agricoles, de l'agroalimentaire ou des collectivités territoriales¹⁸⁷². Son prix est extrêmement variable, pris entre le biogaz de décharge qui oscillait de 85 à 145 €/MWh en 2014 et le biogaz issu de la méthanisation des autres intrants, allant de 120 à 210 € du MWh¹⁸⁷³. La deuxième catégorie étant celle qui se développe le plus vite dernièrement, elle fait augmenter le prix d'achat moyen de cette électricité par EDF, pour

¹⁸⁶⁵ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à l'offre d'énergie, 27 oct. 2016, p. 23.

¹⁸⁶⁶ *Id.*, p. 24.

¹⁸⁶⁷ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 3 VII.

¹⁸⁶⁸ *Id.*, art. 3 XI.

¹⁸⁶⁹ Appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de biomasse et situées en France métropolitaine continentale, Journal officiel de l'Union européenne, 16 février 2016 [<http://www.cre.fr/documents/appels-d-offres/appel-d-offres-portant-sur-la-realisation-et-l-exploitation-d-installations-de-production-d-electricite-a-partir-de-biomasse>].

¹⁸⁷⁰ Le cahier des charges de février 2016 est également disponible sur le site de la CRE [<http://www.cre.fr/documents/appels-d-offres/appel-d-offres-portant-sur-la-realisation-et-l-exploitation-d-installations-de-production-d-electricite-a-partir-de-biomasse>].

¹⁸⁷¹ A l'image de la centrale biomasse de Provence, à Gardanne (13). Cf. Paul MOLGA, « Comment la centrale à bois de Gardanne a éteint l'incendie allumé par les opposants », *Les Echos*, 27 mai 2016, consulté le 5 jan. 2017 [<http://www.lesechos.fr/thema/021973108373-comment-la-centrale-a-bois-de-gardanne-a-eteint-lincendie-allume-par-les-opposants-2001881.php#fZ4UTUGR14Vp8gfb.99>].

¹⁸⁷² Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à l'offre d'énergie, 27 oct. 2016, p. 23.

¹⁸⁷³ *Id.*, p. 25.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

atteindre une estimation de 168,7 €/MWh pour 2017¹⁸⁷⁴. La PPE fixe néanmoins des objectifs de progression de la filière, pour la seule méthanisation de résidus agricoles et déchets alimentaires, afin de passer de 100 MW installés en juin 2016¹⁸⁷⁵ à 137 MW en 2018 et de 237 à 300 MW en 2023¹⁸⁷⁶. Afin de développer cette source d'énergie, qui est non intermittente et permet d'éliminer (notamment) des effluents agricoles, l'Etat a regroupé cette catégorie avec celle du bois-énergie dans le calendrier des appels d'offres 2016-2018 susmentionné. Il a cependant laissé un accès en guichet ouvert à un tarif d'achat pour les installations de moins de 500 kW de capacité¹⁸⁷⁷. Ainsi qu'il sera développé dans les paragraphes suivants, la réglementation de l'approvisionnement et des modalités de soutien de la méthanisation a fortement évolué depuis 2015, du fait d'une rentabilité difficile à trouver et d'enjeux propres à la ressource exploitée. C'est d'ailleurs cette même ressource qui constituera, comme pour le reste des filières de biomasse, le facteur limitant du développement de la méthanisation. C'est aussi cet élément particulier de la biomasse, la concurrence de ses usages, qui nécessite que le droit de la transition énergétique soit une réglementation permettant des arbitrages. C'est une notion qui n'entre pas en ligne de compte dans le développement de l'éolien et du solaire. Par contre, la production d'électricité à partir de biomasse peut avoir des conséquences importantes sur un bien aussi basique que la nourriture. Le droit sera donc ici amené une nouvelle fois à trouver un mécanisme permettant de trouver l'équilibre entre des enjeux concurrentiels.

Les différentes filières de la biomasse ont donc toutes l'avantage important pour un réseau électrique d'être contrôlables, ce qui pousse l'Etat à soutenir leur développement. Elles sont cependant d'une maturité technologique ou économique très variable, ce qui conduit l'Etat à adapter sa réglementation afin de trouver le meilleur équilibre possible entre un développement ambitieux de ces énergies renouvelables et une limitation de leurs coûts pour la collectivité.

b) La méthanisation : l'accroissement du contrôle de l'Etat sur une filière fébrile

Le pays européen ayant (de loin) développé le plus la méthanisation agricole pour la production d'électricité est l'Allemagne, avec plus de 9000 méthaniseurs alimentés par des cultures énergétiques (principalement du maïs)¹⁸⁷⁸. Mais bien que le modèle mis en place outre-Rhin ait permis un développement de grande ampleur de cette énergie, il n'est pas exempt de critiques¹⁸⁷⁹ et ce n'est pas celui que la France a décidé de poursuivre. En effet,

¹⁸⁷⁴ Délibération de la CRE du 13 juillet 2016 relative à l'évaluation des charges de service public de l'énergie pour 2017 – Annexe 1 : Charges de service public de l'énergie prévisionnelles au titre de l'année 2017, p. 13, tab. 9 [<http://www.cre.fr/documents/deliberations/decision/cspe-2017>].

¹⁸⁷⁵ Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, « Tableau de bord : biogaz - Deuxième trimestre 2016 », août 2016, p. 3.

¹⁸⁷⁶ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 3 VIII.

¹⁸⁷⁷ Décret n° 2016-691 du 28 mai 2016 définissant les listes et les caractéristiques des installations mentionnées aux articles L. 314-1, L. 314-2, L. 314-18, L. 314-19 et L.314-21 du code de l'énergie.

¹⁸⁷⁸ ADEME, « Les Avis de l'ADEME – Méthanisation », nov. 2016, p. 6.

¹⁸⁷⁹ Ce choix pose la question de la concurrence dans l'usage des terres pour la production de nourriture ou d'énergie. C'est un débat qui a surtout eu lieu concernant les biocarburants de première génération. Cf. par exemple, Ling ZHU, "Quand la nourriture et l'énergie sont en concurrence", *Chronique ONU*, vol. XLV n° 2 & 3, avr. 2008 [<https://unchronicle.un.org/fr/article/quand-la-nourriture-et-l-nergie-sont-en-concurrence>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

suite à un décret du 7 juillet 2016, les installations de méthanisation ne « *peuvent être approvisionnées par des cultures alimentaires ou énergétiques, cultivées à titre de culture principale, [que] dans une proportion maximale de 15 % du tonnage brut total des intrants par année civile* »¹⁸⁸⁰. En sus, le responsable de l'installation reçoit une prime qui s'ajoute à son tarif d'achat si son approvisionnement en matière première est constitué d'au moins 60% d'effluents d'élevage¹⁸⁸¹. Enfin, la priorité pour le biogaz issu de la méthanisation est la production de chaleur, suivie de l'injection dans un réseau de gaz naturel s'il y en a à portée et en dernier recours, la valorisation par production d'électricité avec récupération de chaleur (cogénération)¹⁸⁸². La réglementation traduit ici un triple choix politique : la priorité donnée à une agriculture tournée vers la production de nourriture plutôt que de combustible pour la production électrique ; la volonté de solutionner le problème des effluents d'élevage, pouvant causer une pollution des sols et des eaux¹⁸⁸³ ; la maximisation de l'efficacité énergétique du biogaz et la mise à profit du réseau de gaz naturel existant. L'Etat a donc posé des règles contraignantes afin de ne pas se borner à encourager la production d'électricité renouvelable par tout moyen, mais à le faire d'une manière qui suive ses autres préoccupations.

Concernant ces mêmes installations, il a dû user là encore de la réglementation afin d'accroître son soutien à une filière fébrile mais a pris les dispositions nécessaires pour éviter la perpétuation de tels problèmes, *via* un contrôle renforcé sur celles-ci.

La méthanisation agricole a entamé son développement aux alentours de l'année 2010 et s'est appuyée sur l'arrêté tarifaire du 19 mai 2011 lui offrant un tarif d'achat supposé suffisant¹⁸⁸⁴. Or, suite à un audit sur la situation de la filière en 2014, la CRE a constaté « *qu'une partie des sites connaît des difficultés économiques, [alors que] d'autres bénéficient d'une rentabilité normale, voire excessive, dans le cadre tarifaire actuel* »¹⁸⁸⁵. Ce constat des difficultés économiques d'une partie de la filière a amené le Gouvernement à s'y reprendre à deux fois¹⁸⁸⁶ pour revaloriser l'arrêté tarifaire de 2011¹⁸⁸⁷ et l'étendre de 15 à 20 ans¹⁸⁸⁸. Ceci

¹⁸⁸⁰ Décret n° 2016-929 du 7 juillet 2016 pris pour l'application de l'article L. 541-39 du code de l'environnement, art 1.

¹⁸⁸¹ Arrêté du 13 décembre 2016 fixant les conditions d'achat pour l'électricité produite par les installations utilisant à titre principal le biogaz produit par méthanisation de déchets non dangereux et de matière végétale brute implantées sur le territoire métropolitain continental d'une puissance installée strictement inférieure à 500 kW telles que visés au 4° de l'article D. 314-15 du code de l'énergie, annexe 1.

¹⁸⁸² *Id.*, annexe 5.

¹⁸⁸³ Cf. par exemple, Assemblée nationale, Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, Rapport n° 1237 sur les activités agricoles et la protection de l'environnement, Marcelle RAMONET *et al.*, 19 nov. 2003, pp. 28 – 50.

¹⁸⁸⁴ Arrêté du 19 mai 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations qui valorisent le biogaz.

¹⁸⁸⁵ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 3 septembre 2015 portant avis sur le projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 19 mai 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations qui valorisent le biogaz, p. 2.

¹⁸⁸⁶ *Id.* ; Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 27 juillet 2016 portant avis sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat pour l'électricité produite par les installations utilisant à titre principal le biogaz produit par méthanisation de déchets non dangereux et de matière végétale brute.

¹⁸⁸⁷ Arrêté du 30 octobre 2015 modifiant l'arrêté du 19 mai 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations qui valorisent le biogaz.

¹⁸⁸⁸ Arrêté du 13 décembre 2016, *cit.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

du fait de l'application de la loi de transition énergétique par la CRE. En effet, l'article. L. 314-4 al. 5 du Code de l'énergie modifié dispose que :

« Les conditions d'achat ne peuvent conduire à ce que la rémunération totale des capitaux immobilisés, résultant du cumul de toutes les recettes de l'installation et des aides financières ou fiscales octroyées au titre de celle-ci, excède une rémunération raisonnable des capitaux, compte tenu des risques inhérents à son exploitation ».

Dès lors, la CRE, constatant de telles rémunérations excessives, ne pouvait valider la proposition du Gouvernement. Celui-ci passera néanmoins outre les deux avis de la CRE, et partant de l'article du Code de l'énergie, en revalorisant le tarif d'achat dans un premier temps puis étendant sous certaines conditions sa durée.

Au final, à la clôture de l'année 2016, le nouveau tarif d'achat des petites installations de méthanisation agricole propose un tarif différencié selon qu'elles soient de capacité inférieure ou égale à 80 kW (175 €/MWh) ou de 80 à 500 kW (150 €/MWh)¹⁸⁸⁹. Le tarif attribué aux nouveaux candidats est dégressif chaque trimestre à compter de 2018 afin de tenir compte de la courbe d'apprentissage escomptée de la technologie (qui jusqu'à présent a été plutôt ascendante si l'on se fie à l'augmentation tarifaire)¹⁸⁹⁰. Il a une durée de 20 ans mais est plafonné à 140 000 heures de fonctionnement pleine puissance¹⁸⁹¹. C'est-à-dire que si une installation produit à pleine puissance de l'électricité 8000 des 8760 heures de l'année, son tarif d'achat n'aura qu'une durée de 17 années et demie. Ainsi, les installations les plus productives devraient moins bénéficier du soutien public que celles avec des difficultés. Enfin, et c'est la partie la plus intéressante, cet arrêté tarifaire inclut une nouvelle condition à l'obtention du tarif pour les installations de plus de 300 kW. En effet, un avis préalable favorable du préfet de région est requis, fondé sur le plan d'approvisionnement du projet d'installation, afin de s'assurer que celle-ci s'engage sur « *une disponibilité minimale annuelle de 6 500 heures équivalent pleine puissance* »¹⁸⁹². Dans le cas contraire ou si « *un conflit d'usages sur la ressource est identifié* », le préfet rend un avis défavorable¹⁸⁹³.

S'agissant de cette énergie, le droit de la transition énergétique se traduit par le plein usage de droits souples à la fois répréhensifs et incitatifs, dans le but de développer cette filière mais sans avoir à subir les inconvénients par ricochet des cultures énergétiques intensives. A première vue, cela semble être une réussite en termes d'adaptation du droit aux réalités de l'énergie qu'il entend promouvoir dans l'objectif de la transition énergétique.

En parallèle, une autre branche composée de sources d'énergies renouvelables est en émergence et commence à être appréhendée par le droit, les énergies marines renouvelables.

¹⁸⁸⁹ Arrêté du 13 décembre 2016, *cit.*, annexe 1.

¹⁸⁹⁰ *Ibid.*

¹⁸⁹¹ *Id.*, art. 10.

¹⁸⁹² *Id.*, art. 4 et annexe 3.

¹⁸⁹³ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2) Les énergies marines renouvelables, un développement rapide porté par des évolutions techniques et un cadre juridique favorable

Les énergies marines renouvelables, basées principalement sur l'énergie cinétique du vent ou des courants à ce jour, ont connu un décollage plus récent que les énergies renouvelables terrestres, du fait de leur milieu inhospitalier. Elles ont cependant un avenir ouvert dans la transition énergétique, du fait de leurs progrès techniques et économiques et par certains de leurs avantages intrinsèques : une production soit variable – mais plus importante que sur terre – soit très régulière ; et une installation pas ou peu visible depuis les côtes, limitant ainsi en principe l'opposition locale¹⁸⁹⁴. Mais pour arriver à un développement harmonieux favorisant la baisse de leurs coûts, un cadre juridique favorable est essentiel. Depuis la loi de transition énergétique¹⁸⁹⁵, de nombreuses mesures sont allées dans ce sens, tout d'abord concernant l'éolien marin posé, la plus avancée des filières marines et ensuite concernant les autres énergies marines renouvelables.

a) L'éolien marin posé, un cadre juridique rénové pour accompagner le décollage d'une filière prometteuse

En 2015, c'était de loin en Europe que la plus grande capacité d'éolien marin était installée avec plus de 11 GW au total, ayant fourni cette année-là 1,5% de la consommation électrique totale de l'UE¹⁸⁹⁶. Les installations sont principalement implantées dans les eaux du Royaume-Uni, d'Allemagne et du Danemark¹⁸⁹⁷. En France, la PPE fixe un objectif de 500 MW installés au 31 décembre 2018 et 3000 à fin 2023 avec au surplus, 500 à 6000 MW à attribuer « *en fonction des concertations sur les zones propices, du retour d'expérience de la mise en œuvre des premiers projets et sous condition de prix* »¹⁸⁹⁸. L'Etat subordonne donc le taux de pénétration de cette technologie à différents facteurs dont en premier lieu son coût.

Sur ce sujet, les premiers appels d'offres attribués en France en 2011 et 2013¹⁸⁹⁹ sur 6 zones totalisant les 3 GW prévus pour 2023 ont abouti à des prix élevés de l'ordre de 200 €/MWh¹⁹⁰⁰. En revanche, l'année 2016 a vu de nouvelles capacités attribuées au Danemark et aux Pays-Bas à des prix défiant toute concurrence. Durant l'été, les 700 MW de capacité à construire des parcs de Borssele I et II étaient ainsi attribués par le gouvernement néerlandais

¹⁸⁹⁴ Dans la réalité cela ne semble cependant pas fonctionner. Cf. Florence ROUSSEL, « Eolien en mer : les recours contre les parcs s'enchaînent », *Actu-environnement.com*, 20 oct. 2016, consulté le 7 jan. 2017 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/recours-pars-eoliens-corseulles-normandie-27725.php4>].

¹⁸⁹⁵ S'agissant des enjeux juridiques antérieurs, cf. Gaëlle GUEGUEN-HALLOUËT, Harold LEVREL (dirs.), *Energies renouvelables maritimes – Enjeux juridiques et socio-économiques*, Pedone, 2013.

¹⁸⁹⁶ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Panorama énergies-climat – Edition 2016 », 2016, pp. 118 – 119.

¹⁸⁹⁷ EWEA, « The European offshore wind industry - key trends and statistics 2015 », fév. 2016, p. 11, fig. 12: Installed capacity - Cumulative share by country [<http://www.ewea.org/fileadmin/files/library/publications/statistics/EWEA-European-Offshore-Statistics-2015.pdf>].

¹⁸⁹⁸ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 3 IV.

¹⁸⁹⁹ Cf. Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, « Eolien en mer posé », consulté le 6 jan. 2017 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/-Eolien-en-mer-pose-.html>].

¹⁹⁰⁰ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 26 mai 2016 portant avis sur le projet de décret relatif à la procédure de dialogue concurrentiel pour les installations de production d'électricité, p. 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

pour un prix de 86,2 €/MWh (coûts de raccordement inclus)¹⁹⁰¹, soit à un prix équivalent à celui de l'éolien terrestre français, pourtant bien plus mature. En décembre, les tranches III et IV du même site, pour la même puissance, étaient attribuées à 54,5 €/MWh¹⁹⁰². Entre temps, le Danemark était cependant descendu encore plus bas, avec un prix de 49,9 €/MWh pour un parc de 600 MW (sans précision quant à l'inclusion des coûts de raccordement ou non)¹⁹⁰³, et l'Allemagne a attribué en avril 2017 des zones d'une capacité totale de 1,3 GW ne requérant aucune subvention¹⁹⁰⁴. Cette chute vertigineuse des prix a été rendue possible par des emplacements certes très favorables¹⁹⁰⁵, mais aussi par le système mis en place par les Gouvernements concernés. Dans le cas des Pays-Bas, un système d'attribution de capacités progressif et prévu à l'avance octroie ainsi 700 MW à cinq reprises jusqu'à 2020. Un tarif d'achat de 15 ans est instauré. Un seul gestionnaire de réseau a été désigné pour construire un système de transmission standardisé, et surtout, le Gouvernement a fait réaliser les études environnementales et géologiques au préalable¹⁹⁰⁶. C'est ce qui s'appelle « *dérisquer* » un projet et permet en fait d'attribuer un parc déjà en partie développé, avec peu de risques et permettant d'obtenir les coûts les plus optimisés (notamment de capitaux).

Pour Fabien Berdah, la définition du risque pour un projet correspond à « *un danger éventuel plus ou moins prévisible qui peut affecter l'issue du projet, avoir un impact défavorable sur l'atteinte de l'objectif du projet (délai, coûts, performance)* »¹⁹⁰⁷. Nous ne traitons donc pas ici du risque du projet pour les tiers, fondement du régime des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE), mais bien du risque de non réalisation du projet, en général pour des éléments techniques ou économiques extérieurs. Le cas de l'éolien en mer ici présenté se concrétise par une prise en charge du risque par l'Etat, qui effectue les études environnementales et géologiques et soumet ainsi un site de projet « *clé en main* ». En principe, et comme le montre l'exemple Néerlandais ci-dessus, cela doit permettre de réduire « *la subvention classique, à un point tel qu'il en provoquerait le déclin* »¹⁹⁰⁸. Cette forme d'appel à projet organise une mise en concurrence mais pour laquelle le droit a donné les outils devant garantir que le projet se fasse au meilleur coût pour les finances publiques car

¹⁹⁰¹ Eric MARX, « Offshore wind: a revolution is on the horizon », *Energypost*, 15 août 2016, consulté le 6 jan. 2017 [<http://energypost.eu/offshore-wind-revolution-horizon/>].

¹⁹⁰² Ivan SHUMKOV, « Shell-led group wins Dutch offshore wind tender with EUR 54.50/MWh bid », *Renewables.seenews.com*, 13 déc. 2016, consulté le 6 jan. 2017 [<http://renewables.seenews.com/news/shell-led-group-wins-dutch-offshore-wind-tender-with-eur-54-50-mwh-bid-550358/>].

¹⁹⁰³ *Enerdata*, « Denmark and Vattenfall sign agreement on 950 MW offshore wind projects », 27 déc. 2016, consulté le 6 jan. 2017 [http://www.enerdata.net/enerdatauk/press-and-publication/energy-news-001/denmark-and-vattenfall-sign-agreement-950-mw-offshore-wind-projects_39416.html].

¹⁹⁰⁴ Romain CHICHEPORTICHE, « L'éolien offshore n'a plus besoin de subvention en Allemagne », *Techniques de l'ingénieur*, 24 avr. 2017, consulté le 22 oct. 2017 [<https://www.techniques-ingenieur.fr/actualite/articles/leolien-offshore-na-plus-besoin-de-subvention-en-allemande-42830/>].

¹⁹⁰⁵ Ils ne représentent ainsi pas encore les prix moyens, néanmoins estimés pour le deuxième semestre 2016 à 118 €/MWh, en forte baisse. Cf. BNEF, « Giant fall in generating costs from offshore wind », 1 nov. 2016, consulté le 6 jan. 2017 [<https://about.bnef.com/blog/h2-2016-lcoe-giant-fall-generating-costs-offshore-wind/>].

¹⁹⁰⁶ Eric MARX, « Offshore wind: a revolution is on the horizon », *cit.*, 15 août 2016.

¹⁹⁰⁷ Fabien BERDAH, « Le risque projet : perception, danger et analyse », *Juris tourisme*, n° 178, 2015, p. 33.

¹⁹⁰⁸ Jean-François SESTIER, « L'appel à projets : déclin de la subvention et regain de la commande publique ? », *RFDA*, 2014, p. 411.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

les opérateurs privés réduiront d'autant leur « *prime de risque* »¹⁹⁰⁹, et que le projet soit quasiment garanti d'être réalisé car aucun risque majeur et insurmontable ne doit surgir une fois le projet attribué. Le droit doit donc ici donner les moyens à l'Etat d'opter pour une position de partenaire de l'opérateur privé, sans toutefois tomber dans le partenariat-public-privé. Il n'est que partenaire au sens où il réalise les études en assumant que le site pourrait se révéler inapproprié mais peut exiger de l'opérateur choisi le remboursement du coût des études si elles sont concluantes. C'est la voie sur laquelle s'est engagé le droit de la transition énergétique après les premiers appels d'offres, suivant le régime classique pré-transition, peu concluants.

Afin de favoriser une baisse des coûts suivant le même axe pour l'éolien marin posé au large des côtes françaises, le législateur et le Gouvernement ont donc mis en place un cadre juridique destiné à améliorer la mise en concurrence des pétitionnaires tout en leur offrant un risque minimal. L'année 2016 a marqué sur cette problématique un véritable chamboulement de l'état du droit. Dorénavant, les projets de parcs éoliens marins posés sont soumis à la procédure dite de dialogue concurrentiel¹⁹¹⁰, spécifique à l'électricité¹⁹¹¹ et organisée autour de trois phases permettant un dialogue avec si possible un nombre suffisant de pétitionnaires pour créer des conditions de concurrence¹⁹¹². La zone soumise à la procédure peut faire l'objet d'études préalables réalisées par des organismes publics et dont les coûts peuvent être remboursés ultérieurement par le lauréat de la procédure¹⁹¹³. Une fois le parc attribué et le prix d'achat contractualisé, le lauréat doit obtenir une autorisation unique¹⁹¹⁴. Les recours à l'encontre des autorisations dont il est question sont alors possibles dans un délai de quatre mois devant la Cour administrative d'appel de Nantes, qui dispose alors de 12 mois pour juger la requête en premier et dernier ressort¹⁹¹⁵. Sachant toutefois qu'un tiers peut toujours saisir le préfet d'une demande de modification des prescriptions de fonctionnement de l'installation durant toute sa durée de vie¹⁹¹⁶.

Toutefois, si l'ensemble de ces mesures devrait permettre d'accompagner la courbe d'apprentissage de l'éolien marin posé en France¹⁹¹⁷, force est de constater que la PPE ne

¹⁹⁰⁹ Un accroissement des coûts du projet pour compenser le risque accru. Cela correspond à une augmentation du coût du capital, dont nous verrons les enjeux plus avant, cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, I) B) 1) a).

¹⁹¹⁰ Décret n° 2016-1129 du 17 août 2016 relatif à la procédure de dialogue concurrentiel pour les installations de production d'électricité.

¹⁹¹¹ A l'instar de la procédure classique d'appel d'offres dans ce domaine. Cf. Florian FERJOUX, « Energie : les appels d'offres en matière de production d'électricité ne sont pas soumis au droit des marchés publics (CAA Bordeaux) », *Gossement Avocats*, 27 oct. 2016, consulté le 7 jan. 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2016/10/27/appels-d-offres-en-matiere-de-production-d-electricite-inapp-5866377.html>].

¹⁹¹² Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 26 mai 2016 portant avis sur le projet de décret relatif à la procédure de dialogue concurrentiel pour les installations de production d'électricité, p. 3.

¹⁹¹³ C. Ener., art. L. 311-10-2, issu de l'ordonnance n° 2016-1059 du 3 août 2016 relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables.

¹⁹¹⁴ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, art. 95.

¹⁹¹⁵ Décret n° 2016-9 du 8 janvier 2016 concernant les ouvrages de production et de transport d'énergie renouvelable en mer, art. 1 et 3 I.

¹⁹¹⁶ *Id.*, art. 3 II.

¹⁹¹⁷ Il est cependant nécessaire d'avoir du recul sur l'application de ces textes afin de certifier de leur efficacité. Cf. Patricia LAURENT, « EMR : analyse du décret sur la cour administrative d'appel unique (A. Gossement) »,

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

prévoit pas de calendrier doté de capacités et d'échéances fixes. En lieu et place, le ministère de l'Environnement lance les procédures de dialogue concurrentiel par à-coups¹⁹¹⁸.

S'agissant de cette source d'énergie, le cadre juridique a donc évolué extrêmement rapidement, afin d'accompagner le mouvement plutôt que de le suivre. Le droit de la transition énergétique peut ici être qualifié de facilitateur, en n'hésitant pas à désigner une « *cour administrative spécialisée dotée d'une compétence directe assortie de règles de procédure spéciales, essentiellement puisées dans le contentieux de l'urbanisme* », dans le but avoué de produire des effets notables « *en termes de sécurisation et d'accélération des projets d'[énergie marine renouvelable]* »¹⁹¹⁹. Ainsi que le souligne Frédéric Schneider, le droit de la transition énergétique remet ici en question le double degré de juridiction, non pas sur le fondement légal de l'article L. 311-1 du Code de justice administrative, « *volonté de réserver à une cour administrative spécialisée la connaissance de litiges d'une certaine importance à raison de leur enjeu financier, sinon de leur intérêt juridique, voire politique* »¹⁹²⁰. Un droit qui donc finalement remplit son rôle en offrant aux tiers intéressés un cadre actualisé et à la sécurité renforcée sur lequel prendre leur décision, mais avec quelles conséquences pour les droits de la défense ? Et surtout, un traitement de faveur qui ne s'applique qu'à des projets dépassant le milliard d'euros, portés par des consortiums industriels bien loin de l'idée de décentralisation qui puisse être attendue de la transition énergétique¹⁹²¹.

b) La cohorte des autres énergies marines renouvelables, encore au stade de la démonstration

Une fois écarté l'éolien marin posé, il reste cinq branches au sein des énergies marines renouvelables, à différents stades de développement. L'éolien marin flottant, l'hydrolien, l'énergie marémotrice, l'énergie houlomotrice et l'énergie thermique des mers. Sans compter les démonstrateurs, en 2015, 530 MW de capacités étaient installés dans le monde, principalement basés sur l'énergie marémotrice¹⁹²². La France a été pionnière s'agissant de cette énergie avec l'usine de la Rance, d'une puissance installée de 242,5 MW. Le site de production connaissant néanmoins des problèmes écologiques (envasement de l'estuaire, notamment), l'énergie des courants de marée bénéficie d'un avenir plus prometteur au large

GreenUnivers, 11 jan. 2016, consulté le 7 jan. 2017 [<http://www.greenunivers.com/2016/01/eolien-en-mer-analyse-du-decret-sur-la-cour-administrative-unique-a-gossement-137918/>].

¹⁹¹⁸ Cf. Philippe COLLET, « Eolien offshore : Ségolène Royal lance une consultation pour la zone de Dunkerque », *Actu-environnement.com*, 4 avr. 2016, consulté le 5 avr. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/appel-offres-eolien-offshore-lancement-concertation-dunkerque-26538.php4>] ; Sophie FABREGAT, « Eolien offshore : ouverture des consultations pour un parc au large d'Oléron », *Actu-environnement.com*, 23 nov. 2016, consulté le 24 nov. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/eolien-offshore-pose-appel-offres-oleron-27933.php4#xtor=EPR-1>].

¹⁹¹⁹ Frédéric SCHNEIDER, « Un régime contentieux spécial pour les projets d'énergies marines renouvelables », *AJDA*, 2016, p. 490.

¹⁹²⁰ *Id.*, p. 487.

¹⁹²¹ Cf. les débats sur ce point, Introduction, I) B) 1).

¹⁹²² REN21, *Rapport sur le statut mondial des énergies renouvelables 2016 – Faits essentiels*, 2016, p. 10.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

des côtes françaises (on parle alors d'hydrolien), avec un potentiel estimé de 2 à 3 GW¹⁹²³. Plus encore, l'éolien marin flottant, pouvant être installé par une profondeur plus importante que l'éolien posé, bénéficie d'un plus grand potentiel technique. A l'appui de ces faits, la PPE a précisé les objectifs pour 2023. Si l'énergie marémotrice est noyée dans les objectifs de l'hydroélectricité en faible progression¹⁹²⁴, les autres énergies marines renouvelables et en particulier l'éolien flottant et l'hydrolien sont créditées d'un objectif de 100 MW installés pour 2023 et de 200 à 2000 MW de projets attribués à la même date « *en fonction du retour d'expérience des fermes pilotes et sous condition de prix* »¹⁹²⁵. Nous noterons que la formulation de ces critères est égale à celle de l'éolien marin posé, à l'exception près de la concertation. Sachant que les éoliennes flottantes peuvent être installées loin des côtes et les hydroliennes sous la surface de la mer, l'Etat assume donc que la concertation ne sera pas une donnée limitante du potentiel à attribuer.

Pour le développement de l'hydrolien et de l'éolien flottant, plusieurs appels d'offres ont été publiés dans les années passées, accompagnés d'un soutien de l'Etat (soit une aide à l'investissement, soit des tarifs d'achat, soit les deux)¹⁹²⁶. Cet investissement de l'Etat a permis de lancer l'installation de plusieurs fermes pilotes. Leurs tarifs d'achat, ceux de modèles encore en tests, s'étalent de 150 à plus de 200 €/MWh¹⁹²⁷ et ne sont pas représentatifs de ceux qui pourraient être attribués dans les années à venir.

S'agissant du cadre juridique, en 2013 déjà, RTE soulignait dans une étude prospective sur l'hydrolien la nécessité d'adopter « *des mesures législatives et réglementaires, permettant de lever l'insécurité juridique autour des espaces dits remarquables, [afin de] réduire les aléas sur les délais de réalisation et les coûts pour la collectivité* »¹⁹²⁸. Le souci était de trouver un espace adapté à la réalisation de l'atterrage des réseaux électriques connectant les hydroliennes au réseau terrestre. Or, dans la principale région concernée par le potentiel hydrolien (le Cotentin), une large partie des côtes est constituée de zones protégées et la loi dite littoral¹⁹²⁹ trouve bien évidemment à s'appliquer dans tous les cas. En conséquence, les lois Brottes et de transition énergétique¹⁹³⁰ ont adopté des modifications utiles à l'ensemble des énergies marines renouvelables, afin de permettre la réalisation des travaux de connexion au réseau électrique, sous réserve du respect de conditions particulières tel l'usage de

¹⁹²³ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à l'offre d'énergie, 27 oct. 2016, p. 30.

¹⁹²⁴ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 3 III.

¹⁹²⁵ *Id.*, art. 3 V.

¹⁹²⁶ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Panorama énergies-climat – Edition 2016 », 2016, p. 133.

¹⁹²⁷ S'agissant de l'hydrolien, cf. Rachida BOUGHRIET, « Hydroliennes : les industriels français sur les rangs », *Actu-environnement.com*, 10 avr. 2014, consulté le 7 jan. 2017 [<https://www.actu-environnement.com/ae/news/hydroliennes-appel-offres-fermes-pilotes-21359.php4>] ; s'agissant de l'éolien flottant, le cahier des charges de l'appel d'offres prévoyait une fourchette de 150 à 275 €/MWh, cf. ADEME, « Investissements d'Avenir – Démonstrateurs pour la Transition Ecologique et Energétique – Appel à projets – Fermes pilotes éoliennes flottantes », jan. 2016, p. 6.

¹⁹²⁸ RTE, « Accueil de la production hydrolienne – Étude prospective de RTE », jan. 2013, p. 5.

¹⁹²⁹ Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral.

¹⁹³⁰ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 135.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

techniques « *souterraines et toujours celles de moindre impact environnemental* »¹⁹³¹. En 2016, l'ensemble des nouvelles dispositions législatives et réglementaires concernant la sélection des pétitionnaires, leur régime d'autorisation et les modalités de traitement des recours, servira également à l'ensemble des énergies de cette famille. Bien que chaque branche ait des spécificités nécessitant l'usage ultérieur de dispositions juridiques particulières, le droit des énergies marines renouvelables paraissait à l'aube de l'année 2017 plutôt unifié dans un régime commun. Chose qui ne peut qu'apporter en lisibilité et sécurité juridique.

L'ensemble de ces éléments met en lumière comment l'Etat fait évoluer la réglementation en matière de soutien des énergies renouvelables. Concernant les installations de grande taille, il privilégie les appels d'offres afin de faire baisser les coûts et fournit un calendrier des mises en concurrence pour donner de la visibilité à la filière. Concernant les installations de petite taille, il adopte des régimes dégressifs afin de suivre la courbe d'apprentissage, à l'image de son expérience dans le PV¹⁹³². Il met également en place des systèmes visant à assurer un tarif dans la durée, parfois au-delà de 15 ans, mais dont les revenus sur les dernières années dépendent de la production du site, à l'instar de l'éolien terrestre¹⁹³³. Enfin, et surtout, il n'hésite pas à se pencher sur le productible et la rentabilité escomptés de l'installation concernée. C'est le cas lorsqu'il exige un plan d'approvisionnement garantissant au moins 6500h de fonctionnement pour un méthaniseur ou lorsqu'il prend en compte le potentiel éolien pour définir les zones favorables des schémas régionaux éolien¹⁹³⁴.

En conséquence, l'Etat ne se contente clairement pas de n'être que régulateur de l'énergie. S'agissant d'un secteur stratégique vital pour la France et plus encore lorsqu'il en finance le développement par des fonds publics, il utilise ses instruments régaliens afin de s'assurer de la productivité de ses investissements, ou à tout le moins de ne pas créer les conditions de filières lui réclamant un soutien croissant. Ainsi, s'il se montre parfois facilitateur, le droit de la transition énergétique n'en reste pas moins un droit intrusif.

En effet, en partant cette fois non du droit de la transition énergétique par ses institutions et outils, mais de l'un de ses sujets, à savoir les énergies renouvelables électriques, leur développement, et le corollaire de la stagnation ou de la diminution d'autres sources d'énergie, nous avons vu (et verrons tout au long de cette partie) que ce droit peut, si son rédacteur le souhaite, faire usage de différents leviers pour obtenir ce qu'il souhaite. Ainsi des conditions d'attribution du tarif d'achat aux installations de méthanisation selon leurs intrants, et ainsi de la CAA unique et de premier ressort pour les énergies marines renouvelables. Encore une fois, ayant fait la preuve de ses capacités et de ses pouvoirs, l'instabilité ou la non adaptation d'un régime juridique régissant le développement d'une source d'énergie renouvelable, comme l'éolien terrestre ou le solaire PV ne peut s'expliquer

¹⁹³¹ Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, art. 25.

¹⁹³² Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, II, A).

¹⁹³³ Arrêté du 17 juin 2014 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent implantées à terre, annexe.

¹⁹³⁴ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, I) A) 1) a).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

par une faille intrinsèque de ce droit, mais bien davantage par l'indécision ou l'ambivalence de celui qui l'écrit, par ailleurs tenu par les objectifs dudit droit.

Section 2 :
Deux énergies bridées par une réglementation très versatile

La section précédente a permis de démontrer que sur les plans technique et économique, l'essor des énergies renouvelables électriques – et en particulier de l'éolien terrestre et du solaire PV – est déjà un acquis et que tout indique que leur progression va continuer de manière exponentielle dans le monde et, selon ces critères, en France.

Or, la troisième condition *sine qua non* à ce développement n'est autre que celle d'une réglementation adaptée et facilitatrice. C'était d'ailleurs ce qui ressortait déjà du Débat national pour la transition énergétique. La synthèse nationale des débats territoriaux plaçait ainsi la simplification de la réglementation en tête de sa liste de propositions de « *leviers d'actions pour le déploiement* » des énergies renouvelables¹⁹³⁵. Les constats amenant à appeler à une rationalisation de la réglementation se fondent tant sur le dossier soumis à l'instruction et les recours potentiels que sur la tarification d'achat. Ces éléments sont à la racine des développements qui vont suivre, tant concernant l'éolien que le solaire PV.

Ces deux énergies au potentiel si important sur le territoire national se retrouvent en effet bridées dans leur croissance par la réglementation qui les encadre et en particulier sa grande versatilité, faisant de la sécurité juridique de leur activité une gageure et allant à l'encontre des objectifs fixés par le droit de la transition énergétique.

Ainsi, si dans un cas, le député Philippe Plisson a pu qualifier le développement de l'éolien terrestre de « *véritable parcours du combattant* »¹⁹³⁶, du fait de son cadre juridique tentaculaire et instable ; dans l'autre, le développement du photovoltaïque fait l'objet d'un comportement timoré de la part de l'Etat, se traduisant là aussi par une réglementation handicapante.

I. L'éolien face à une réglementation complexe et instable

L'éolien est sujet à un cadre réglementaire particulièrement dense et fluctuant en France, subissant selon l'ADEME « *une modification tous les 2 ans en moyenne* » depuis 2003 et une complexification notable entre 2008 et 2012¹⁹³⁷. Le point d'orgue de cette complexification a été la loi dite Grenelle II, qui, malgré un avis déjà négatif du Conseil général des Mines de

¹⁹³⁵ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, « Synthèse nationale des débats territoriaux », 2013, consulté le 20 mars 2014, p. 19 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/dnte_synthese_nationale_des_debats_territoriaux.pdf].

¹⁹³⁶ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 3^e séance du 10 oct. 2014, « Après l'article 37 », Philippe PLISSON, [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150014.asp#P324703>].

¹⁹³⁷ ADEME, « Les Avis de l'ADEME – L'énergie éolienne », avr. 2016, p. 7.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2004¹⁹³⁸, a procédé au classement des éoliennes dans la nomenclature des ICPE, sous le régime le plus contraignant, celui de l'autorisation¹⁹³⁹. Le même texte de loi inclut également la distance minimale de 500 mètres aux habitations et zones destinées à l'habitation ainsi que le seuil de cinq aérogénérateurs par parc¹⁹⁴⁰. Si en 2013 la loi dite Brottes a procédé à des allègements¹⁹⁴¹, le cadre juridique antérieur à l'adoption de la loi de transition énergétique restait pesant¹⁹⁴². Les développements successifs ne s'attacheront pas à détailler l'ensemble de ce régime juridique – cela mériterait amplement un chapitre entier – mais se concentreront d'abord sur des évolutions législatives récentes soulignant l'indécision du législateur, et ensuite sur l'office du juge en la matière, œuvre pléthorique s'il en est.

A) Un législateur indécis et un cadre juridique erratique et contradictoire

Si des errances dans les orientations du législateur peuvent aisément s'expliquer lorsque s'exerce un changement de majorité (à l'image de la différence de perception de l'éolien entre la loi Grenelle II et la loi Brottes), ils surprennent en revanche lorsqu'ils prennent place au sein d'une même législature. Or, concernant l'éolien, excepté une certaine indécision, peu de raisons pourraient expliquer un comportement erratique consistant en l'adoption de la loi Brottes suivie quelques années plus tard par la perspective sérieuse de nouvelles mesures propres à hypothéquer grandement le développement éolien¹⁹⁴³ ou, dans une version édulcorée, à créer une nouvelle source contentieuse¹⁹⁴⁴. Plus frappant encore, à l'intérieur même du texte de loi emblématique de la transition énergétique, les mesures propres à l'éolien présentent un bilan largement négatif alors même que ce texte offrait de grandes opportunités de simplification ou d'encadrement aptes à renforcer la sécurité juridique du secteur. Plus récemment, la nouvelle autorisation environnementale, inspirée de l'autorisation unique testée notamment sur l'éolien, vient de nouveau modifier son cadre juridique, de manière contrastée.

¹⁹³⁸ Rémi GUILLET, Jean-Pierre LETEURTROIS, « Rapport sur la sécurité des installations éoliennes », juil. 2014, p. 29.

¹⁹³⁹ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, art. 90, VI.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁹⁴¹ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, II) A).

¹⁹⁴² Nous renvoyons à la lecture d'un ouvrage spécialisé sur le sujet : Gwendoline PAUL, *Le droit éolien*, Editions du Papyrus, 2014.

¹⁹⁴³ Stéphanie GANDET, Sébastien BECUE, « EOLIEN: Pourquoi l'amendement sur l'avis conforme de l'ABF à 10km est infondé et dangereux (amendement au projet de Loi liberté de création, architecture et patrimoine) », *Green Law Avocat*, 19 fév. 2016, consulté le 1^{er} fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/3874-2/>].

¹⁹⁴⁴ Arnaud GOSSEMENT, « Eolien : l'autorisation pourrait être délivrée après avis de la commission régionale du patrimoine et de l'architecture », *Gossement Avocats*, 17 mars 2016, consulté le 1^{er} fév. 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2016/03/17/eolien-l-autorisation-pourrait-etre-delivree-apres-5775646.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

1) L'exemple symbolique de la loi de transition énergétique pour la croissance verte

Selon Bernadette Le Baut-Ferrarese, le texte-phare de la transition énergétique ne fait que perpétuer « *le mouvement général plutôt favorable à l'essor des énergies vertes* »¹⁹⁴⁵. Cette sentence contient deux critiques – auxquelles nous souscrivons – : la première est de considérer que la loi de transition énergétique n'est qu'une loi parmi d'autres et non le texte fondamental de l'« *authentique objet juridique* » en construction¹⁹⁴⁶ ; la seconde révèle que cette loi et la transition dans son ensemble ne sont que « *plutôt* » favorables et non pleinement favorables aux énergies renouvelables, comme elles devraient l'être. S'agissant de l'éolien uniquement, il semble néanmoins que même cette qualification ne puisse être retenue, le bilan en particulier de la loi d'août 2015 étant plus que décevant.

a) Un bilan des mesures de la loi de transition énergétique concernant l'éolien largement négatif

Le chapitre premier du titre 7 de la loi, intitulé « *simplification des procédures* », contient des mesures visant directement ou indirectement l'éolien. Certaines constituent une amélioration, qu'il est cependant hasardeux de qualifier de simplification, quand d'autres constituent clairement des mesures de complexification du développement de l'éolien.

Concernant les mesures pouvant être considérées favorables à l'éolien, la loi de transition énergétique insère une exception au principe d'urbanisation en continuité de l'existant pour l'installation d'éoliennes sur les communes du littoral, sous conditions¹⁹⁴⁷. Cette disposition attendue afin de débloquent un potentiel conséquent sur les zones côtières ventées permet de résoudre la situation antérieure qui interdisait purement et simplement toute éolienne dans les communes assujetties à la loi littoral, du fait de la confrontation du principe de construction en continuité avec la limite des 500 m aux habitations¹⁹⁴⁸. Cette disposition constitue l'unique mesure pouvant avoir un impact positif notable sur le développement éolien.

La loi, au travers de son article 143, a également prévu une exception au principe du plein contentieux d'appréciation d'une situation au jour de la décision. La compatibilité de l'ICPE avec les documents d'urbanisme sera donc évaluée à la date d'autorisation, afin d'éviter un changement postérieur des documents d'urbanisme mettant rétroactivement en péril la validité de l'installation.

Enfin, l'article 145 du texte élargit l'autorisation unique alors en test sur les parcs éoliens et les installations de méthanisation dans certaines régions à l'ensemble de la France¹⁹⁴⁹. Cette mesure n'est pas en soi novatrice en tant qu'elle ne fait qu'étendre un dispositif avant la fin de son expérimentation.

¹⁹⁴⁵ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Les énergies renouvelables en transition », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, oct. 2015, dossier 8, p. 1.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁹⁴⁷ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 138, transposé à l'art. L. 121-12 du Code de l'urbanisme.

¹⁹⁴⁸ Confirmé par la décision CE, 14 nov. 2012, *société Néo Plouvien*, n° 347778.

¹⁹⁴⁹ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, I) B) 2) b).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

A l'opposé, les mesures de complexification du développement éolien se révèlent, elles, potentiellement très néfastes.

Le meilleur exemple en est fourni par l'article 139 de la loi, fixant la limite des 500m non plus comme une distance absolue en droit mais comme un seuil, pouvant être accrue par le préfet « *au regard de l'étude d'impact* ». Or, cette modification est non seulement superfétatoire mais en plus source d'insécurité juridique. Fruit d'un compromis avec le Sénat qui souhaitait voir cette limite repoussée à 1000m¹⁹⁵⁰ (entraînant *de facto* la fin du développement éolien en France¹⁹⁵¹), cette disposition prétend donner le pouvoir au préfet de mieux tenir compte des résultats de l'étude d'impact en allongeant si besoin la distance éolienne – habitations (ou zones destinées à). Or, c'est méconnaître le fait que cette distance de 500m agit déjà comme un seuil et que très peu d'éoliennes se trouvent réellement à de telles distances des habitations. Le facteur principal justifiant un éloignement supérieur étant le bruit généré par le mouvement des pales. En effet, si l'étude d'impact décèle un risque de non-respect de la réglementation, le développeur n'a que deux solutions : modifier l'emplacement de l'éolienne (bien souvent en l'éloignant) ou la brider (en réduisant son fonctionnement sur les plages incriminées). Cette mesure est donc complètement superflue car déjà couverte par la réglementation et la pratique actuelles. Elle constitue aussi un facteur d'insécurité additionnel dans l'élaboration du projet, sachant que le préfet peut décider d'un tel éloignement supplémentaire après la réalisation des études et du parti pris d'implantation¹⁹⁵².

L'article 141 pour sa part, a trait aux installations militaires et radars météorologiques et de circulation aérienne, sujet à frictions entre les opérateurs desdites installations et les développeurs éoliens, notamment du fait du potentiel conséquent actuellement inaccessible à leur proximité¹⁹⁵³. Il requiert tout d'abord la prise d'un décret précisant les règles d'implantation des éoliennes vis-à-vis de ces équipements. A la date d'écriture de ces lignes, début juillet 2017, les éléments ressortant des tractations autour du projet de décret¹⁹⁵⁴ font

¹⁹⁵⁰ Arnaud GOSSEMENT, « Eolien : les députés modifient la règle relative à la distance d'éloignement aux habitations », *Gossement Avocats*, 18 avr. 2015, consulté le 2 fév. 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2015/04/16/eolien-les-amendements-adoptes-en-commission-sur-le-projet-d-5604786.html>].

¹⁹⁵¹ Cf. FEE, « Des objectifs ambitieux pour la France mais des mesures qui ne permettront pas de les atteindre », 4 mars 2015, p. 2, carte [<http://fee.asso.fr/actu/loi-de-transition-energetique-des-objectifs-ambitieux-pour-la-france-mais-des-mesures-qui-ne-permettront-pas-de-les-atteindre/>].

¹⁹⁵² Stéphanie GANDET, « Loi sur la transition énergétique: des changements en matière de raccordement des EnR », *Green-law-avocat*, 24 juil. 2015, consulté le 2 fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/loi-sur-la-transition-energetique-des-changements-en-matiere-de-raccordement-des-enr/>].

¹⁹⁵³ Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016, p. 295.

¹⁹⁵⁴ Décret censé, être adopté en juin 2016 mais toujours l'un des rares non publiés en juillet 2017. Cf. Echancier de mise en application de la loi, article 141, I, *Légifrance*, consulté le 2 juil. 2017 [<https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000029310724&type=echeancier&typeLoi=&legislature=14>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

état d'une aggravation de la situation¹⁹⁵⁵. Des règles plus strictes seraient envisagées, hypothéquant près de 70% du territoire métropolitain¹⁹⁵⁶. Le II du même article dispose ensuite que dans le cas où l'érection du parc nécessite l'installation de moyens de détection militaire supplémentaire (appelés « *gap-filers* »), une convention de financement est passée. Les députés eux-mêmes admettront en novembre 2016 que cette disposition est « *particulièrement dissuasive* »¹⁹⁵⁷.

Enfin, l'article 142 de la loi étend aux communes de moins de 3500 habitants l'obligation d'envoyer une note explicative de synthèse au conseil municipal en cas de délibération envisagée sur un projet d'ICPE. Si cette mesure se présente sous les atours louables d'une meilleure information des élus s'agissant d'une installation pouvant avoir un impact significatif sur leur commune, elle risque de difficilement atteindre son but et de se révéler une nouvelle source de contentieux. En effet, les communes peu peuplées n'ont souvent pas les moyens d'employer plus d'une secrétaire, travaillant souvent pour plusieurs communes dans les espaces ruraux. Dès lors, il est unimaginable que cette personne déjà fortement sollicitée par les affaires courantes de la commune rédige une telle note. Dans la réalité, elle viendra directement du développeur (éolien) qui dans la grande majorité des cas effectuait déjà une présentation du projet avant de demander la prise d'une délibération aux élus locaux. Ceux-ci ne seront donc pas informés par une source plus indépendante qu'auparavant, mais, lors des recours contentieux à l'encontre d'une ICPE, et en particulier de parcs éoliens autorisés, le respect des formalités de cette procédure inefficace sera scruté et pourrait constituer un nouveau motif d'annulation¹⁹⁵⁸.

Avec le recul, sur l'ensemble des mesures concernant l'éolien dans la loi de transition énergétique, l'Assemblée nationale a reconnu en novembre 2016 son échec par la formulation suivante : « *il semble difficile de conclure que la loi marque une réelle impulsion nouvelle en matière d'éolien* »¹⁹⁵⁹. De fait, le législateur aurait dû éviter toute mesure de complexification et surtout se saisir de l'opportunité d'un tel texte pour répondre à des questions en suspens.

b) Les propositions que la loi de transition énergétique aurait pu intégrer à profit

Lors des débats sur le projet de loi pour la transition énergétique, des amendements prévoyant une simplification du cadre juridique des parcs éoliens ont bien été déposés mais tous ont été

¹⁹⁵⁵ Julien BONNEAU, « Les développeurs éoliens pourront désormais contester directement les avis défavorables des opérateurs radars », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 7, juil. 2016, comm. 51, p. 2.

¹⁹⁵⁶ Yannick BOTREL, « Restrictions au développement de l'éolien générées par la présence de radars militaires », Question écrite n° 21159, JO Sénat du 07/04/2016, p. 1369.

¹⁹⁵⁷ Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 ..., *cit.*, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016, p. 296.

¹⁹⁵⁸ Arnaud GOSSEMENT, « Transition énergétique : le Sénat complique la convocation des conseils municipaux des petites communes par un amendement anti-éolien », *Gossement Avocats*, 19 fév. 2015, consulté le 2 fév. 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2015/02/19/transition-energetique-le-senat-5562374.html>].

¹⁹⁵⁹ Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 ..., *cit.*, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016, p. 543.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

rejetés¹⁹⁶⁰. Sur le sujet en particulier du classement au sein du régime d'autorisation ICPE, le député De Rugy avait ainsi proposé par son amendement n° 2106 de faire passer les éoliennes du régime de l'autorisation à celui de la déclaration¹⁹⁶¹. Il y a beaucoup à dire sur le remplacement par la loi Grenelle II de la police administrative spéciale des éoliennes par leur intégration à la police des ICPE¹⁹⁶². Par exemple, le fait que l'article L. 553-1 al. 5 du Code de l'environnement dispose que les éoliennes soient classées au sein du régime de l'autorisation, le plus lourd, alors que l'article L. 511-2 précise que c'est un décret en Conseil d'Etat qui « *soumet les installations à autorisation, à enregistrement ou à déclaration suivant la gravité des dangers ou des inconvénients que peut présenter leur exploitation* ». Lors de l'examen du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la prévention des risques, adopté le 2 décembre 2015, le député Denis Baupin tentera de réparer cet empiètement du pouvoir législatif sur le pouvoir réglementaire¹⁹⁶³, en vain.

Un autre aspect fait l'objet de demandes claires d'établissement d'un « *cadre réglementaire simple* » : le renouvellement des installations de production d'énergie renouvelable¹⁹⁶⁴. Dans le cas de l'éolien, de nombreux exploitants de parcs construits il y a plus d'une décennie commencent à envisager ce qui est appelé le « *repowering* », c'est-à-dire l'installation de nouveaux aérogénérateurs en remplacement des anciens sur le même site de production¹⁹⁶⁵. Or, ces parcs ont été autorisés et construits sous l'empire d'un régime juridique très différent du régime actuel. Pour cette seule raison, de nombreux parcs ne se verraient pas attribuer de nouvelle autorisation aujourd'hui (des entorses à la loi littoral et surtout des distances inférieures aux 500m n'en seraient que deux causes parmi d'autres). De plus sur certaines communes, des habitations ont pu être construites après l'érection des éoliennes dans un rayon de 500m, bénéficiant alors d'une antériorité problématique en cas de nouvelle demande. Or, la loi de transition énergétique reste muette sur le sujet et l'exécutif envisageait des mesures pour juin 2017 – toujours non adoptées plusieurs mois après –, par voie d'une doctrine d'instruction publiée sous la forme d'une circulaire technique¹⁹⁶⁶. Or, bien que les instruments de droit souple puissent avoir une flexibilité attrayante, il paraît audacieux de

¹⁹⁶⁰ Géraud GUIBERT *et al.*, « La loi de 2015 sur la transition énergétique : Des objectifs ambitieux, une mise en œuvre pour le moment décevante », La Fabrique Ecologique, juin 2016, p. 15.

¹⁹⁶¹ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 3^e séance du 10 oct. 2014, « Après l'article 37 », François de Rugy, [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150014.asp#P324703>].

¹⁹⁶² Cf. par exemple, Arnaud GOSSEMENT, « Eolien : un classement ICPE grenello incompatible », *Gossement Avocats*, 4 avr. 2010, consulté le 2 fév. 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2010/04/03/eoliennes-le-classement-installations-classees-icpe-est-ille.html>].

¹⁹⁶³ Amendement n° CD96, retiré [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/2982/CION-DVP/CD96.asp>].

¹⁹⁶⁴ Syndicat des Energies Renouvelables (SER), « Énergies renouvelables : S'inscrire dans l'élan mondial », 13 jan. 2017, p. 11 [<http://www.enr.fr/userfiles/files/LIVRE-BLANC-2017.PDF>].

¹⁹⁶⁵ Sophie FABREGAT, « Prolongation de la vie des parcs éoliens : un véritable flou juridique », *Actu-environnement.com*, 22 mars 2016, consulté le 24 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/prolongation-vie-parcs-eoliens-juridique-permis-construire-26454.php4>].

¹⁹⁶⁶ Florence ROUSSEL, « Vers une facilitation du repowering éolien », *Actu-environnement.com*, 24 oct. 2016, consulté le 25 oct. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/mesures-simplification-eolien-balisage-repowering-27741.php4>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

souhaiter faire l'impasse sur une action cette fois justifiée du législateur sur ce sujet, tant les nouvelles éoliennes qui devraient être installées présenteront des différences avec celles mises en fonctionnement dans les années 2000. Sur ce sujet, une police administrative spécifique aux éoliennes serait plus indiquée¹⁹⁶⁷, afin de faire bénéficier les emplacements déjà équipés d'un régime dérogatoire permettant de renouveler son occupation avec du matériel nouveau, sous condition de nouvelles études et d'un nouveau cycle de participation du public.

En somme, ressort de l'examen des mesures ayant trait à l'éolien au sein de la loi de transition énergétique une œuvre du législateur contraire à ce qui en était attendue, surtout s'agissant du texte-phare du droit de la transition énergétique. Une complexification accrue du développement des parcs éoliens à quelques exceptions près et un manque total d'ambition dans le rétablissement d'un cadre juridique raisonnable alors que cette loi dite majeure du quinquennat offrait la possibilité de mener de front des débats essentiels pour la réussite des objectifs de la loi. C'est ici d'un droit nuisible et incohérent de la transition énergétique qu'il s'agit, tant les outils ne sont pas à la hauteur de l'atteinte des objectifs fixés par l'article 1^{er} du même texte.

Néanmoins, ainsi qu'il a été évoqué dans la partie précédente¹⁹⁶⁸, la transition énergétique ne se résume pas à la loi éponyme, et un texte datant de janvier 2017 vient apporter un nouvel éclairage sur le cadre juridique erratique et contradictoire de l'éolien.

2) L'autorisation environnementale, un bilan mitigé pour l'éolien

Il a déjà été question précédemment de l'autorisation unique¹⁹⁶⁹, testée sur les parcs éoliens et installations de méthanisation, et généralisée par la loi de transition énergétique. Si cette réforme constituait une avancée importante en termes de simplification, elle nécessitait encore quelques ajustements. La nouvelle autorisation environnementale, c'est son nom, vient répondre à certaines insuffisances relevées.

a) L'autorisation environnementale, regroupement d'autorisations et nouvelles interrogations

Le rapport d'évaluation de l'expérimentation d'autorisation ICPE unique rédigé en application de l'article 19 de l'ordonnance du 20 mars 2014¹⁹⁷⁰ dresse un bilan globalement satisfaisant de celle-ci, en particulier du fait de l'allègement des dossiers à fournir et du passage en « *mode projet* » de l'administration¹⁹⁷¹. Il appelle donc à le généraliser, sous réserve de certaines recommandations¹⁹⁷², mais avance aussi qu'« [a]u-delà d'une démarche

¹⁹⁶⁷ Cf. également à ce sujet, Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) 2) b).

¹⁹⁶⁸ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1.

¹⁹⁶⁹ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, I) B) 1).

¹⁹⁷⁰ Ordonnance n° 2014-355 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement.

¹⁹⁷¹ CGAAER, CGEDD, CGEJET, CGEfi, IGA, rapport au Premier ministre, « Evaluation des expérimentations de simplification en faveur des entreprises dans le domaine environnemental », déc. 2015, p. 6.

¹⁹⁷² Dont le passage d'un délai de recours de 2 à 6 mois, par crainte d'une insécurité juridique basée sur le droit au recours effectif. Cf. *Id.*, p. 5.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

circonscrite à la simplification des procédures, les acteurs appellent de leurs vœux une simplification des règles du droit de l'environnement elles-mêmes »¹⁹⁷³.

En se basant en partie sur l'expérimentation lancée en 2014 et les recommandations du rapport évoqué à l'instant, une ordonnance et deux décrets ont été adoptés le 26 janvier 2017¹⁹⁷⁴, en application de la loi dite Macron¹⁹⁷⁵, afin de mettre en place l'autorisation environnementale. Depuis le 1^{er} mars 2017, l'ensemble des installations soumises au régime des ICPE et de celles nécessitant une autorisation au titre de la loi sur l'eau¹⁹⁷⁶ bénéficient de cette procédure de dossier unique regroupant les différentes autorisations nécessaires¹⁹⁷⁷.

Depuis cette date¹⁹⁷⁸, tout projet de parc éolien suit un processus en trois étapes. Le pétitionnaire peut d'abord demander un cadrage préalable¹⁹⁷⁹, afin de présenter son projet à l'administration et de recueillir ses recommandations tant que les études ne sont pas encore terminées, afin de les compléter si besoin. Cette disposition était déjà mise en place dans l'expérimentation de 2014 et plébiscitée par l'administration tout comme les pétitionnaires. Ensuite, le pétitionnaire peut demander un certificat de projet détaillant la réglementation s'y appliquant¹⁹⁸⁰. Alors que la version de 2014 de ce certificat de projet n'a pas rencontré un grand succès (il permettait principalement de cristalliser la réglementation applicable au projet durant 18 mois et de fixer des plafonds de délais d'instruction¹⁹⁸¹), il permet dans cette mouture de fixer un calendrier d'instruction du projet s'il trouve l'accord de l'administration et du pétitionnaire. Sachant que la méconnaissance de ce calendrier ou l'inexactitude des informations données par l'administration engagent la responsabilité de cette dernière pour tout préjudice du porteur de projet¹⁹⁸², peut-être offrira-t-il une visibilité et une sécurité juridique accrues. Enfin, le pétitionnaire peut alors déposer son dossier de demande d'autorisation afin que le processus d'instruction commence.

Pour les projets de parc éolien, la principale nouveauté dans la composition du dossier de demande d'autorisation consiste en la dispense de permis de construire¹⁹⁸³, remplacé par « *[u]n document établissant que le projet est conforme aux documents d'urbanisme* »¹⁹⁸⁴. Ce nouveau document pose de nombreuses questions : quelle est sa valeur juridique ? Est-ce un document préparatoire ? Quelle en sera la réception par le juge ?

¹⁹⁷³ *Id.*, p. 6.

¹⁹⁷⁴ Ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale ; Décret n° 2017-81 du 26 janvier 2017 relatif à l'autorisation environnementale ; Décret n° 2017-82 du 26 janvier 2017 relatif à l'autorisation environnementale

¹⁹⁷⁵ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 103.

¹⁹⁷⁶ C. Env., art. L. 181-1.

¹⁹⁷⁷ C. Env., art. L. 181-2.

¹⁹⁷⁸ Sachant qu'entre le 1^{er} mars et le 30 juin 2017, les porteurs de projet pourront choisir entre l'ancien et le nouveau régime, selon l'ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale, art. 15, 5°.

¹⁹⁷⁹ C. Env., art. L. 181-5.

¹⁹⁸⁰ C. Env., art. L. 181-6.

¹⁹⁸¹ Ordonnance n° 2014-356 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'un certificat de projet, art. 2 et 3, I.

¹⁹⁸² C. Env., art. L. 181-6, al. 4.

¹⁹⁸³ C. Env., art. R. 425-29-2.

¹⁹⁸⁴ C. Env., art. D. 181-15-2, I, 12° a).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Selon notre lecture du décret 2017-82 du 26 janvier 2017, ce document fait partie de la liste des pièces à fournir par le pétitionnaire lors du dépôt de son dossier¹⁹⁸⁵, il ne constituerait donc pas un avis que demande le préfet durant l'instruction du dossier. Il s'agirait donc d'un acte indépendant de l'acte de délivrance (ou de refus) de l'autorisation environnementale. Or, si l'on suit une jurisprudence récente du Conseil d'Etat concernant l'avis rendu par Météo-France à propos d'un parc éolien à proximité d'un de ses radars, s'il est impossible d'obtenir ce document prouvant la conformité du projet aux normes d'urbanisme, cela « *rend impossible la constitution d'un dossier susceptible d'aboutir à une décision favorable* »¹⁹⁸⁶. Partant, un tel document fait grief et est attaquant en justice. Cela pourrait alors créer un nouveau contentieux séparé de celui, uni, de l'autorisation environnementale.

La réception par le juge pose alors question. Si le nouvel article L. 181-17 du Code de l'environnement soumet au contentieux de pleine juridiction la décision de rejet à l'issue de la phase d'examen, la décision d'autorisation (ou de refus) et ses prescriptions, l'édiction de nouvelles prescriptions suite à des modifications notables ou à tout moment en cas de manquements dans l'application des précédentes, il ne dit rien s'agissant de ce nouveau palliatif au permis de construire. S'agissant du contentieux de l'urbanisme, il devrait logiquement tomber sous le recours pour excès de pouvoir, mais le mouvement actuel penchant vers un rassemblement du contentieux éolien sous l'égide du plein contentieux, cela laisse augurer de prochaines modifications. En tout état de cause, si le contentieux sur ce document se retrouve au sein du plein contentieux, il est alors à se demander quels en seront les effets sur l'imposante jurisprudence ayant trait aux articles du règlement national d'urbanisme (RNU) et en particulier en ses articles R. 111-2 et -27 concernant notamment la sécurité des riverains et la préservation des paysages. Sans oublier le contentieux sur la qualification juridique des parcs éoliens¹⁹⁸⁷.

Il semble donc que ce nouveau cadre juridique d'instruction des projets éoliens doive vivre pour pouvoir faire la part de ses avantages et inconvénients, du fait de certaines zones d'ombre persistantes¹⁹⁸⁸.

b) Un double effet boomerang

*« Longtemps l'éolienne aura été saisie par le droit, pour ralentir son implantation. On assiste ces dernières [sic] mois à une situation inverse et pour ainsi dire à un effet boomerang : les solutions particulières obtenues et exigées par la filière éolienne au nom d'une simplification du droit se systématisent aux matières juridiques qui les ont concédées »*¹⁹⁸⁹.

¹⁹⁸⁵ C. Env., art. D. 181-15-2, I : « Le dossier est complété des pièces et éléments suivants ».

¹⁹⁸⁶ CE, 11 mai 2016, *Sté Météo France*, n° 387484, cons. 4.

¹⁹⁸⁷ Pour ces derniers éléments, cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) B) 1) b).

¹⁹⁸⁸ Ce qui constitue aussi la conclusion de Thibaut GEIB, Mathilde VERVYNCK, « L'autorisation environnementale unique : une vitrine de la modernisation du droit de l'environnement ? », *RDI*, 2017, pp. 264 – 272.

¹⁹⁸⁹ David DEHARBE, « La revanche de l'éolien sur le droit : l'effet boomerang », *Green-law-avocat*, 9 jan. 2016, consulté le 3 fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/la-revanche-de-leolien-sur-le-droit-leffet-boomerang/>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

L'image du boomerang utilisée par maître Deharbe en janvier 2016 a donc trouvé une nouvelle consécration un an plus tard. Le droit a imposé un régime souvent très lourd et toujours instable à l'éolien, et voilà que celui-ci teste une simplification d'ampleur non négligeable et qu'elle s'étend finalement à l'ensemble des ICPE et installations soumises à des autorisations au titre de la loi sur l'eau. De même, l'évolution du contentieux de l'éolien vers un plein contentieux qui pourrait traiter de dispositions de droit de l'urbanisme constitue peut-être un pas de plus vers la fin de l'indépendance des législations entre droit de l'urbanisme et droit de l'environnement¹⁹⁹⁰.

Cependant, le bilan de l'autorisation environnementale en comparaison de l'autorisation unique testée de 2014 à 2017 est mitigé pour l'éolien. Il constitue même un nouveau retour de boomerang à son encontre. En effet, s'agissant d'une autorisation environnementale concernant l'ensemble des ICPE, le régime est moins taillé sur mesure pour les aérogénérateurs et certaines règles plus conservatrices s'appliquent, de manière amplement justifiée, s'agissant à l'origine d'installations pouvant créer de graves dangers pour leur environnement humain, naturel ou matériel proche. L'une de ces mesures est le délai de recours des tiers, fixé à 4 mois, prorogeable de 2 mois en cas de recours gracieux¹⁹⁹¹. Or, si 4 mois ne représentent que le tiers de l'ancien délai général de recours des tiers¹⁹⁹², il représente le double de celui de l'éolien suite à l'ordonnance de mars 2014. Dès lors, s'il apparaît légitime que les associations de défense de l'environnement s'élèvent à l'encontre du délai de 4 mois jugé trop court pour assurer le respect du droit au recours effectif¹⁹⁹³, s'agissant de l'éolien, le Conseil d'Etat a estimé que le délai de 2 mois offert aux tiers permettait « *de ménager un juste équilibre entre les intérêts du pétitionnaire, de l'administration et du justiciable* »¹⁹⁹⁴. Les acteurs du développement de l'énergie éolienne se retrouve alors perdante du fait de son intégration dans un régime, certes unifié, voire simplifié, mais la soumettant encore davantage aux recours.

Ce bilan mitigé plaide de nouveau pour le rétablissement d'une police administrative spéciale dédiée exclusivement à l'éolien afin de prendre en compte certes ses nuisances, mais aussi son potentiel essentiel à la réalisation des objectifs français de réduction des émissions de CO₂¹⁹⁹⁵. Sachant qu'a par exemple récemment été créée une nouvelle police administrative spéciale pour la conservation et l'utilisation des ressources génétiques, en ajout à « *de*

¹⁹⁹⁰ Sur ces interrogations, cf. Jean-Charles ROTOULLIE, « Contentieux des ICPE et opposabilité des règles d'urbanisme », *AJDA*, 2017, pp. 694 – 696.

¹⁹⁹¹ *C. Env.*, art. R. 181-50, 2° et R. 181-51.

¹⁹⁹² *C. Env.*, art. R. 514-3-1, dans sa version jusqu'au 1^{er} mars 2017.

¹⁹⁹³ Cf. notamment la contribution de France Nature Environnement (FNE) lors de la consultation du public pour les projets d'ordonnance et de décrets créant l'autorisation environnementale. « Les commentaires du public », 26 jan. 2017, p. 52 [http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/extract_commentaires_format_pdf.pdf].

¹⁹⁹⁴ CE, 30 déc. 2015, n° 380503, cons. 11.

¹⁹⁹⁵ Rétablissement demandé depuis la soumission des éoliennes au régime ICPE, cf. Arnaud GOSSEMENT, Sarah NATAF, « Eoliennes : un nouveau droit », *Actu-environnement.com*, 25 août 2011, consulté le 2 juil. 2017 [<https://www.actu-environnement.com/ae/news/eoliennes-ICPE-13329.php4>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

nombreuses polices spéciales en droit de l'environnement »¹⁹⁹⁶, le législateur ne devrait avoir aucun problème à en faire de même pour l'éolien. Cette police spéciale pourrait offrir les mêmes garanties que la police des ICPE, notamment *via* l'établissement de prescriptions et d'un droit de réclamation des tiers durant l'exploitation du parc éolien, à l'instar du système mis en place par l'ordonnance du 26 janvier 2017¹⁹⁹⁷.

De ces propos sur l'autorisation environnementale et la loi de transition énergétique concernant spécifiquement l'éolien, ressort une déception par rapport aux attentes qu'ont fait naître tant les objectifs mêmes de la loi que l'autorisation unique testée pour s'avérer au final moins favorable sur certains points clés. En contradiction avec le régime facilitateur qu'a adopté le droit de la transition énergétique pour l'utilisation d'autres sources d'énergie¹⁹⁹⁸, il se montre donc particulièrement propice à des dispositions mitigées voire négatives s'agissant de l'éolien terrestre, pourtant destinataire d'objectifs fixés par la PPE qui ne peuvent souffrir de nouveaux retards pour être respectés¹⁹⁹⁹.

A la réflexion, le point commun de l'ensemble de ces éléments négatifs est qu'ils accroissent une faiblesse propre à cette énergie, son contentieux fourni et varié.

B) L'éolien, générateur d'un contentieux fourni et varié mais de plus en plus restreint

Dans les domaines du droit de l'environnement et de l'urbanisme (entre autres), le juge administratif est incité de manière croissante à réguler les effets de ses décisions afin de favoriser la réalisation d'un projet ou éviter sa démolition une fois construit. Les lois récentes l'incitent et lui donnent des moyens en ce sens. La loi dite Macron, en particulier, aborde ces deux branches du droit « *sous l'angle du développement économique* »²⁰⁰⁰. Le régime de l'autorisation environnementale permet par exemple au juge d'isoler, s'il le peut, la partie viciée d'une demande d'autorisation et de demander à l'autorité administrative de reprendre l'instruction sur cette partie ou phase irrégulière²⁰⁰¹. Il peut aussi surseoir à statuer et accorder un délai afin qu'une autorisation modificative soit délivrée²⁰⁰². Ces dispositions renforcent les pouvoirs du juge du plein contentieux, qui disposait déjà depuis le fameux arrêt *Danthony* des pouvoirs de limiter ou réguler dans le temps les effets d'une décision lorsque son « *annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives* »²⁰⁰³. Ces éléments, prompts à garantir une meilleure sécurité juridique des projets, en principe sans

¹⁹⁹⁶ Agathe VAN LANG, « La loi Biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée ; Le droit renouvelé : la reprise des procédés efficaces (2 e Partie) », *AJDA*, 2016, p. 2492.

¹⁹⁹⁷ *C. Env.*, art. R. 181-52.

¹⁹⁹⁸ *Cf.* Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, II) B) 2) a).

¹⁹⁹⁹ *Cf.* Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II) B) 2) b).

²⁰⁰⁰ Pascal PLANCHET, « Quand les droits de l'urbanisme et de l'environnement font cause commune », *AJDA*, 2015, p. 2193.

²⁰⁰¹ *C. Env.*, art. L. 181-18, I. 1°.

²⁰⁰² *Id.*, 2°.

²⁰⁰³ CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, n° 335033, cons. 8.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

nuire au contrôle des atteintes à l'environnement²⁰⁰⁴, seront les bienvenues dans le cas du développement éolien, soumis à un contentieux massif majoritairement basé sur la recherche d'un vice de forme. Les paragraphes suivants donneront en ce sens un aperçu du contentieux éolien et surtout de ses évolutions récentes.

1) Un contentieux d'interprétation voire de substitution au législateur

Le rôle classique du juge consiste à interpréter l'œuvre du législateur afin de l'appliquer à la diversité des cas qui se présentent devant lui. En cela, le contentieux éolien lui offre de nombreuses occasions d'interpréter le droit, surtout dans des domaines qui laissent place à une certaine subjectivité, tels les moyens portant sur l'atteinte aux paysages, au patrimoine ou aux risques causés par l'impact sur un radar météorologique. Cependant, en addition à cette branche du contentieux, l'éolien donne également au juge le rôle de suppléant du législateur lorsque celui-ci est resté muet. C'est notamment le cas s'agissant de la qualification juridique des parcs éoliens.

a) L'éolien, générateur d'un contentieux fourni sur des questions diverses

Le contentieux de l'éolien s'est d'abord construit sur celui du permis de construire avant d'y ajouter celui des autorisations ICPE et d'ici quelques années devrait avoir achevé son basculement sur ces dernières, à la faveur des dispositions de l'autorisation environnementale vues précédemment.

Sous l'empire de la jurisprudence urbanistique, le juge a pu façonner une méthode d'évaluation du si conflictuel impact paysager des aérogénérateurs. Ainsi qu'il ressort de l'arrêt *Association Engoulevent*, le juge administratif apprécie au titre de l'article R. 111-21 du Code de l'urbanisme, « *dans un premier temps, la qualité du site naturel sur lequel la construction est projetée et d'évaluer, dans un second temps, l'impact que cette construction, compte tenu de sa nature et de ses effets, pourrait avoir sur le site* »²⁰⁰⁵. Cette méthode est similaire à celle d'élaboration de l'étude d'impact environnementale, qui commence par un état des lieux (recensement des espèces présentes et de leurs caractéristiques) avant d'évaluer les effets de l'édification d'un éventuel parc éolien.

Partant, moins le paysage considéré est protégé (par exemple *via* son intégration dans un parc naturel régional), plus le juge aura de latitude dans son analyse afin de caractériser l'impact du parc projeté sur un paysage plus ou moins anthropisé et sur la qualité des lieux ou constructions environnants²⁰⁰⁶. Le tout évalué selon la perspective de l'œil humain (par exemple depuis les routes ou depuis des points de vue emblématiques aux alentours) et non *in abstracto*²⁰⁰⁷. Dès lors, cette marge de manœuvre du juge se retrouve réduite, voire, depuis

²⁰⁰⁴ Par exemple, ces dispositions ne permettent pas d'autoriser un parc éolien qui serait manifestement incompatible avec les paysages environnants, par contre elles permettraient sous certaines conditions de valider un projet à l'intégration vertueuse dans l'environnement local mais dont l'enquête publique aurait été entachée d'un vice de forme.

²⁰⁰⁵ CE, 13 juil. 2012, *Association Engoulevent*, n° 345970, cons. 8.

²⁰⁰⁶ David DEHARBE, Lou DELDIQUE, « Éoliennes et sites classés au patrimoine mondial de l'Unesco : vers la tolérance zéro ? », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} mars 2016, p. 110.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

une jurisprudence récente, quasi-inexistante dans le cas de covisibilités même légères avec des sites classés au patrimoine mondial de l'UNESCO²⁰⁰⁸. A noter que sur ce litige particulier, la CAA de Nantes a qui a été renvoyée la décision après l'arrêt en cassation du Conseil d'Etat, renoue avec la jurisprudence plus classique d'analyse de l'impact paysage éolien²⁰⁰⁹. De plus, de manière assez surprenante, le juge administratif a fondé cette même décision sévère en partie sur un document dénué de valeur normative, le schéma éolien départemental. Fin 2014, il a également pu se référer à deux documents non normatifs afin d'évaluer l'impact environnemental d'un projet de parc éolien²⁰¹⁰. S'il est indéniablement positif que le juge s'appuie sur des documents de droit souple afin de renforcer le bien-fondé de sa décision, la doctrine relève que « [l]'absence de rappel de la valeur indicative du document donne ainsi l'impression que ses préconisations auraient en tout état de cause dû être suivies par la cour »²⁰¹¹.

Si les cas présentés ne sont que quelques extraits du volumineux contentieux paysager de l'éolien²⁰¹² à l'appui desquels il est possible de constater le champ des possibles en la matière pour le juge, il existe un autre contentieux lui aussi volumineux et dont le champ du débat commence à s'ouvrir.

La cohabitation des parcs éoliens avec les radars météorologiques ou de circulation aérienne est souvent conflictuelle dans un rayon atteignant parfois 30 km²⁰¹³. A première vue, ce contentieux est beaucoup plus technique que celui du paysage et ne laisse donc que peu de marge d'appréciation au juge. En résumé, si l'opérateur du radar rapporte un risque d'impact excédant ce qu'il est prêt à supporter, le juge a tendance à suivre son avis et rejeter le projet d'implantation²⁰¹⁴. En revanche, lorsqu'il est possible de confronter l'étude ayant fondé l'avis de l'opérateur radar à celle d'un organisme indépendant, le juge retrouve un pouvoir d'interprétation plus important. Il peut alors procéder à une étude en deux temps qui suit le raisonnement inverse à celui de l'impact paysager. Il s'intéresse tout d'abord à l'impact du projet de parc éolien sur le fonctionnement du radar avant de se pencher sur les effets que pourraient avoir l'érection et le fonctionnement dudit parc sur les missions de prévision et de

²⁰⁰⁸ CE, 9 oct. 2015, *Société Eco Delta*, n° 374008. Cf. analyse de David DEHARBE, Lou DELDIQUE, « Éoliennes et sites classés au patrimoine mondial de l'Unesco : vers la tolérance zéro ? », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} mars 2016, pp. 109 – 112.

²⁰⁰⁹ CAA Nantes, 9 janvier 2017, n° 15NT03122. Cf. Lou DELDIQUE, « Projet éolien et sites UNESCO : la Cour administrative d'appel de Nantes maintient sa position ! (CAA Nantes, 9 janvier 2017, n°15NT03122) », *Green-law-avocat*, 25 avr. 2017, consulté le 2 juil. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/projet-eolien-et-sites-unesco-la-cour-administrative-dappel-de-nantes-maintient-sa-position-cao-nantes-9-janvier-2017-n15nt03122/>].

²⁰¹⁰ CAA Marseille, 28 nov. 2014, n° 13MA00344. Cf. analyse de David DEHARBE, « Les éoliennes et la L.P.O. : le contentieux sans le discernement ? », *Green-law-avocat*, 24 jan. 2015, consulté le 1^{er} fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/les-eoliennes-l-p-o-jusquou-au-contentieux/>].

²⁰¹¹ David DEHARBE, Lou DELDIQUE, « Éoliennes et sites classés au patrimoine mondial de l'Unesco : vers la tolérance zéro ? », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} mars 2016, p. 112.

²⁰¹² Pour une analyse détaillée de ce contentieux, cf. Clément CRESPIY, *Eoliennes et paysages : Recherche sur les critères jurisprudentiels de l'insertion paysagère des éoliennes*, Université Montpellier I, 2013.

²⁰¹³ Arrêté du 26 août 2011 relatif aux installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent au sein d'une installation soumise à autorisation au titre de la rubrique 2980 de la législation des installations classées pour la protection de l'environnement, art. 4.

²⁰¹⁴ Cf. par exemple, CE, 30 déc. 2013, n° 352693, cons. 9 ; CE, 30 déc. 2016, n° 397049, cons. 5.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

suivi pour la sécurité du territoire concerné (sites industriels à risques, topographie et risques d'inondation, couverture éventuelle des zones troublées par d'autres radars, etc.)²⁰¹⁵.

Enfin, du fait des délais nécessaires à l'intégration d'une réforme comme celle soumettant les parcs éoliens au régime des ICPE et des délais d'instruction des projets puis de traitement des recours, c'est plus de 4 ans après l'adoption de la loi dite Grenelle 2 du 12 juillet 2010 que le juge a rendu sa première décision de contentieux ICPE éolien²⁰¹⁶. Il ressort des premiers jugements en la matière que la jurisprudence environnementale suit le raisonnement de la jurisprudence urbanistique²⁰¹⁷, nouvelle preuve de la distinction souvent artificielle issue de l'indépendance des législations. Il est dès lors fort probable que le contentieux de l'autorisation environnementale suivra les mêmes canons d'une interprétation au champ variable en fonction du contexte du projet litigieux qui lui sera soumis.

Dans d'autres branches du contentieux éolien, le juge se retrouve même à pallier le silence du législateur et doit faire œuvre prétorienne afin de traiter les moyens qui lui sont soumis.

b) Le juge, suppléant du législateur

« Les règles d'urbanisme ne prévoient pas de qualification particulière pour les parcs éoliens. Des pratiques locales variées et une jurisprudence encore hésitante fragilisent les décisions. L'attribution aux parcs éoliens d'un statut "d'équipement public" ou assimilé les considérant comme des installations techniques (à l'instar d'un château d'eau ou d'une station d'épuration) améliorerait la situation »²⁰¹⁸.

Déjà en 2011, à la suite du Grenelle de l'environnement et de sa traduction législative, le CGEDD proposait de remédier à l'absence de qualification législative des éoliennes en droit de l'urbanisme. En 2017, ce n'était toujours pas chose faite et cette qualification résulte d'une construction prétorienne.

Ainsi que Clément Crespy le notait en 2013, « [l]'étude jurisprudentielle révèle qu'il n'existe pas une, mais une multitude de qualifications potentielles »²⁰¹⁹. En effet, si les éoliennes peuvent potentiellement être qualifiées d'ouvrages publics²⁰²⁰ voire d'équipements d'infrastructure²⁰²¹, elles ont été plus clairement reconnues comme équipements publics²⁰²²,

²⁰¹⁵ CAA Douai, 24 sept. 2015, n° 14DA00808, cons. 5 et 7.

²⁰¹⁶ TA Caen, 4 déc. 2014, n° 1301339. Cf. Marie Coline GIORNO, « Contentieux I.C.P.E. éolien : premier jugement, premières tendances », *Green-law-avocat*, 23 fév. 2015, consulté le 1^{er} fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/contentieux-icpe-eolien-premier-jugement-premieres-impressions/>].

²⁰¹⁷ Lou DELDIQUE, « Contentieux ICPE des éoliennes : à l'ouest et à l'est, rien de très nouveau », *Green-law-avocat*, 27 avr. 2015, consulté le 2 fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/contentieux-icpe-des-eoliennes-a-louest-et-a-lest-rien-de-tres-nouveau/>] : « S'agissant de l'impact paysager des machines, on constate que les deux juridictions mènent un raisonnement très proche de celui tenu par le juge du permis, puisqu'elles s'attachent d'une part à qualifier le paysage dans lequel les éoliennes s'insèrent, et d'autre part à caractériser leur impact visuel ».

²⁰¹⁸ CGEDD, « Instruction administrative des projets éoliens », mai 2011, p. 5.

²⁰¹⁹ Clément CRESPIY, *Eoliennes et paysages : Recherche sur les critères jurisprudentiels de l'insertion paysagère des éoliennes*, Université Montpellier I, 2013, p. 108.

²⁰²⁰ *Id.*, p. 122, § 294.

²⁰²¹ *Id.*, pp. 123 – 128.

²⁰²² *Id.*, pp. 138 – 141.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

constructions à usage d'équipement collectif²⁰²³, installation nécessaire aux services publics ou d'intérêt collectif²⁰²⁴, installations nécessaires aux équipements d'intérêt général²⁰²⁵, ou encore installation nécessaire aux services publics²⁰²⁶. Au final, le lecteur retiendra que les éoliennes peuvent retenir plusieurs qualifications, parfois en fonction de la taille du parc éolien, mais surtout dépendant de la vente de l'électricité produite au réseau, concourant ainsi au service public de l'électricité²⁰²⁷.

Le foisonnement des qualifications aux variations parfois minimales ne dépend en réalité ni du juge, ni des exploitants éoliens, mais bien des nombreuses formulations diverses inscrites dans les documents d'urbanisme. En effet, lorsqu'un porteur de projet s'intéresse à une zone pour y construire un parc éolien, l'un des premiers critères impératifs est d'être en conformité avec les zones du document d'urbanisme et leur règlement. Or, par leur situation à l'écart des habitations, les éoliennes élisent plus facilement domicile au milieu de zones entendues comme agricoles ou naturelles. La règle générale dans ces zones est celle de la non-constructibilité à l'exception d'une liste de constructions, incluant par exemple les bâtiments nécessaires à l'exploitation agricole. Certaines autres exceptions sont jugées nécessaires afin d'autoriser tout type d'équipement ou d'ouvrage devant avoir un intérêt général (ou collectif ou public). Partant, la variété des possibilités qui pourraient se présenter dans le futur incite les rédacteurs des documents d'urbanisme à utiliser des formulations relativement générales mais surtout qui ne sont absolument pas harmonisées. C'est alors le juge qui doit interpréter *in concreto* le sens de la formulation retenue dans le document d'urbanisme et déterminer si le projet éolien peut y entrer.

En définitive, il apparaît que le rôle du juge administratif, qu'il soit d'interpréter ou de suppléer à la législation appelée à régir le développement de l'éolien, est conséquent. Il est de plus en règle générale porteur de davantage de sécurité juridique pour le développement de l'énergie éolienne que le droit des énergies renouvelables et plus récemment celui de la transition énergétique, accumulant les freins ou les vides juridiques. Récemment cependant, le droit de la transition énergétique a pris la voie d'un encadrement et d'une restriction de l'accès au prétoire dans ce domaine, qui atteint toutefois elle-même ses limites.

2) Une restriction du contentieux qui atteint ses limites

Face à de longs délais de jugement dans le domaine de l'urbanisme ne permettant « *l'épuisement des voies de recours [...] qu'au terme de plusieurs années* » et le constat de recours dilatoires voire malhonnêtes²⁰²⁸, le législateur s'est mobilisé ces dernières années pour modifier les règles d'ouverture du contentieux en la matière et dissuader tout abus. Le rapport dit Labetoulle de 2013²⁰²⁹ a marqué les esprits sur ce sujet et s'est traduit par une

²⁰²³ *Id.*, p. 148, § 377.

²⁰²⁴ *Id.*, p. 148, § 378.

²⁰²⁵ *Id.*, p. 150, § 383.

²⁰²⁶ *Id.*, p. 151, § 385.

²⁰²⁷ *Id.*, p. 145, § 368.

²⁰²⁸ Daniel LABETOULLE *et al.*, *Construction et droit au recours : Pour un meilleur équilibre*, 25 avr. 2013, p.

1.

²⁰²⁹ Daniel LABETOULLE *et al.*, *Construction et droit au recours ...*, cit., 25 avr. 2013.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

ordonnance de la même année²⁰³⁰. Malgré l'inscription dans le droit positif de limitations à l'intérêt à agir et la possibilité ouverte de demander des dommages et intérêts au juge administratif en cas de recours excessif causant des préjudices excessifs, de nouvelles mesures ont été soumises au débat parlementaire sur l'initiative d'un rapport du Sénat²⁰³¹. Toutefois, ainsi que le précisait le rapport Labetoulle, il s'impose que ces mesures respectent les « *principes les mieux établis du droit constitutionnel, administratif et international, qui sont au fondement de l'Etat de droit dans une société démocratique ; le droit au juge est de ceux-là* »²⁰³².

a) Un contentieux de plus en plus resserré

Depuis 2013, le nouvel article L. 600-1-2 du Code de l'urbanisme resserre la condition de l'intérêt à agir contre une autorisation d'urbanisme. Le requérant (excepté l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements ou les associations) doit désormais démontrer qu'il est affecté directement par les travaux envisagés. Cependant, l'application de cette nouvelle réglementation par le juge, si elle a immanquablement mené à une sévérité accrue, fait aussi l'objet de certains assouplissements.

C'est d'abord dans sa décision *Brodelle* que le Conseil d'Etat a posé son considérant de principe sur l'intérêt à agir. S'il y appelle le requérant à faire « *état de tous éléments suffisamment précis et étayés de nature à établir que cette atteinte est susceptible [de l'] affecter directement* », il ne peut « *pour autant exiger de l'auteur du recours qu'il apporte la preuve du caractère certain des atteintes qu'il invoque au soutien de la recevabilité* »²⁰³³. Ainsi, s'il se montre plus sévère à l'égard du tiers requérant, il ne peut exiger de produire la preuve du trouble certain, sachant que celui-ci, à la date du contentieux n'a en règle général pas commencé et que cela obligerait à tout le moins le requérant à réaliser de coûteuses études. Le 13 avril 2016, le Conseil d'Etat apporte une précision à son considérant de principe attribuant au « *voisin immédiat* » (sans plus de précision) une présomption d'intérêt à agir en n'ayant qu'à faire référence à des « *éléments relatifs à la nature, à l'importance ou à la localisation du projet de construction* »²⁰³⁴.

La sévérité du juge est donc renforcée à l'égard des requérants ne vivant pas à proximité directe de l'opération contestée²⁰³⁵, et ce même dans des instances n'étant pas soumises aux articles tirés du rapport Labetoulle. Ainsi, des requérants vivant à plus de 3 km d'un projet de parc éolien et ayant une visibilité présumée sur l'ouvrage à venir voient leur intérêt à agir

²⁰³⁰ Ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme.

²⁰³¹ Sénat, Délégation aux collectivités territoriales, Rapport n° 720 sur la simplification législative du droit de l'urbanisme, de la construction et des sols, François CALVET, Marc DAUNIS, 23 juin 2016. Ce rapport fonda la proposition de loi n° 770 portant accélération des procédures et stabilisation du droit de l'urbanisme, de la construction et de l'aménagement, déposée par François CALVET, Marc DAUNIS, le 6 juil. 2016, encore en navette parlementaire début juillet 2017.

²⁰³² Daniel LABETOULLE et al., *Construction et droit au recours ...*, cit., 25 avr. 2013, p. 5.

²⁰³³ CE, 10 juin 2015, *Brodelle*, n° 386121, cons. 5.

²⁰³⁴ CE, 13 avr. 2016, *Bartolomei*, n° 389798, cons. 2.

²⁰³⁵ Sébastien BECUE, David DEHARBE, « De l'intérêt à agir contre un projet industriel en contentieux de l'urbanisme », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} juil. 2016, pp. 263 – 264.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

rejeté car n'étant pas considérés dans le voisinage et devant alors apporter des éléments supplémentaires pour être recevables²⁰³⁶.

En sus de ces mesures censées limiter l'accès au prétoire aux seules personnes réellement concernées par un projet, l'ordonnance de 2013 a également mis en place des mesures visant à s'assurer de la bonne foi des requérants, en faisant usage de la menace d'une sanction pécuniaire. L'article L. 600-7 du Code de l'urbanisme dispose qu'en cas de recours « *mis en œuvre dans des conditions qui excèdent la défense des intérêts légitimes du requérant et qui causent un préjudice excessif au bénéficiaire du permis* », ce dernier peut demander des dommages et intérêts. Afin de parfaire cette disposition et dissuader la pratique du chantage au désistement, l'article L. 600-8 du même code exige qu'une transaction pour acter d'un désistement soit enregistrée auprès du Trésor Public, sous peine d'être sujette à répétition.

Avant l'entrée en vigueur de ces mesures destinées au juge administratif, le juge judiciaire a déjà eu l'occasion de se déclarer compétent pour juger un recours indemnitaire fondé sur l'usage abusif du recours pour excès de pouvoir²⁰³⁷. Il ne se prononce alors pas sur le fond du recours, matière réservée au juge administratif, mais bien sur l'usage fait du recours en lui-même. Plus récemment et s'agissant de l'éolien, la Cour d'appel de Rennes a confirmé un jugement du TGI de Quimper condamnant à des dommages et intérêts des requérants qui, après avoir épuisé toutes les voies de recours devant le juge administratif (17 procédures et 11 ans de retard sur le projet), ont saisi le juge des référés pour arrêter les travaux finalement entamés²⁰³⁸.

Du côté du juge administratif, les premières décisions ont été rendues sur les modalités de présentation des conclusions indemnitaires²⁰³⁹, et la première condamnation sur le fondement de l'article L. 600-7 s'est appliquée à ce qui s'apparente à un cas d'école. Etant donné que les conditions ayant permis au juge de forger sa conviction étaient nombreuses et particulièrement grossières, les dommages et intérêts en résultant s'élevèrent à pas moins de 82 700 €²⁰⁴⁰.

Quoi qu'il en soit, malgré l'ensemble de ces mesures, il est à craindre qu'il existe toujours des moyens de retarder un projet, en particulier éolien, de plusieurs années, en contournant

²⁰³⁶ CAA Douai, 2 juin 2016, n° 14DA00881, cons. 2.

²⁰³⁷ Cass., 3^e civ., 9 mai 2012, n° 11-13597. Cf. Stéphanie GANDET, Etienne POULIGUEN, « Recours abusif contre un permis de construire: la voie est ouverte à l'indemnisation devant la juridiction judiciaire », *Green-law-avocat*, 25 oct. 2012, consulté le 7 fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/recours-abusif-contre-un-permis-de-construire-la-voie-est-ouverte-a-lindemnisation-devant-la-juridiction-judiciaire/>].

²⁰³⁸ CA Rennes, 7 juin 2016, n° 15/08835. Cf. sur l'historique du projet, Paul-Guillaume BALAY, « Eoliennes : la lourde et légitime sanction des recours abusifs », *Fidal Avocats*, 23 nov. 2015, consulté le 7 fév. 2017 [<http://www.fidal-avocats-leblog.com/2015/11/eoliennes-lourde-legetime-sanction-recours-abusifs/>].

²⁰³⁹ Cf. Marie-Coline GIORNO, « Conclusions indemnitaires pour recours abusif : deux ans de pratique ... », *Green-law-avocat*, 24 août 2015, consulté le 7 fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/conclusions-indemnitaires-pour-recours-abusif-deux-ans-de-pratique/>].

²⁰⁴⁰ TA Lyon, 17 novembre 2015, n° 1303301. Cf. Fanny ANGEVIN, « Urbanisme : première condamnation à des dommages et intérêts pour recours abusif au titre de l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme (TA de Lyon) », *Gossement Avocats*, 17 mars 2016, consulté le 8 fév. 2017, [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2016/03/17/droit-de-l-urbanisme-une-premiere-application-de-l-article-l-5775689.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

par exemple les règles d'intérêt à agir *via* un recours porté par une association²⁰⁴¹, ou simplement avec l'aide d'un avocat suffisamment connaisseur du contentieux éolien pour invoquer des arguments qui ne mettraient pas le juge sur la piste d'un recours manifestement dilatoire ou abusif.

Mais il semble surtout vain de vouloir expurger les cours et tribunaux de tous les recours dits abusifs (déjà faudrait-il se mettre d'accord sur la définition de cette notion et pouvoir en faire la preuve) et le risque est grand en s'engageant sur ce chemin de causer plus de mal encore, par une atteinte disproportionnée au droit de recours.

b) De la difficulté de fixer la ligne à ne pas franchir

Tel que l'a rappelé le rapport Labetoulle, il est impératif de trouver un équilibre « *entre sécurité juridique des autorisations d'urbanisme et principe de légalité* »²⁰⁴². D'ailleurs, à force de repousser les conditions d'accès au prétoire toujours plus loin, nul doute que le Conseil constitutionnel censurerait les dispositions à un moment ou un autre, sans parler de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui s'attacherait à faire respecter la lettre de l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH).

Maître Deharbe va plus loin sur ce sujet et avance même que « *le droit contribue bien plus à la canalisation de la contestation des projets qu'à la remise à plat du projet industriel* » et suggère que le contentieux constitue « *une forme de participation canalisée de façon ultime par le juge* »²⁰⁴³. A l'heure où le citoyen critique souvent, et non sans raison, l'absence de prise en compte de son avis concernant des projets qui auront un impact direct ou indirect sur son quotidien, les pouvoirs publics sont tiraillés entre la revendication d'une démocratie plus participative d'un côté et celle de la croissance, fût-elle qualifiée de verte, de l'autre. En sont le signe les grands projets, parfois affublés de l'adjectif « *inutiles* », tel le désormais bien connu projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes.

D'aucuns diront que l'Etat reprend d'une main ce qu'il donne de l'autre. S'il adopte une ordonnance pour réformer le dialogue environnemental d'un côté²⁰⁴⁴, il en adopte une autre pour instaurer l'autorisation environnementale réduisant grandement le délai de recours des ICPE. Plus récemment encore, le législateur envisageait de nouvelles dispositions pour « *[f]aciliter l'octroi de dommages et intérêts en cas de recours abusif* »²⁰⁴⁵. De manière presque ironique, cette proposition de loi évoque l'instauration d'un délai maximum de 6 mois pour que le tribunal administratif se prononce en matière d'urbanisme²⁰⁴⁶, alors que ce

²⁰⁴¹ Sébastien BECUE, David DEHARBE, « De l'intérêt à agir ... », *cit.*, 1^{er} juil. 2016, pp. 263 – 264.

²⁰⁴² Daniel LABETOULLE *et al.*, *Construction et droit au recours ...*, *cit.*, 25 avr. 2013, p. 5.

²⁰⁴³ David DEHARBE, « Réflexions, sans fétichisme ni désenchantement sur la police des ICPE 40 ans après la loi du 19 juillet 1976 », *RJE*, 2016/4, p. 686.

²⁰⁴⁴ Ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement.

²⁰⁴⁵ Sénat, Proposition de loi n° 770 portant accélération des procédures et stabilisation du droit de l'urbanisme, de la construction et de l'aménagement, François CALVET, Marc DAUNIS, 6 juil. 2016, art. 2.

²⁰⁴⁶ *Id.*, art. 1^{er}, II.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

retard dans l'instruction des dossiers est dû dans une large mesure à un défaut de financement du service public de la Justice. Partant, fixer un délai plafond de jugement peut être une très bonne mesure, à condition que les moyens soient donnés au juge de rendre une justice rapide et de qualité. Si ce n'était pas le cas, cette injonction renverrait alors à l'ambivalence du législateur évoquée plus avant. L'efficacité et le caractère facilitateur du droit de la transition énergétique ne suffiront donc pas à respecter les objectifs fixés si d'autres mesures, tel un financement de la Justice suffisant ne sont prises.

De ces développements au sujet de l'éolien terrestre ressort le sombre constat que la réglementation a connu une évolution plus souvent négative que l'inverse, même au sein du texte emblématique qu'est la loi de transition énergétique, et que la question d'un cadre juridique stable et favorable à son développement n'est toujours pas réglée. Le droit de la transition énergétique s'apparente donc à un frein dans ce cas de figure, handicapant l'achèvement des objectifs qu'il a lui-même fixés. Quant à l'action du juge, très fortement sollicité s'agissant de cette énergie, son propre cadre d'interprétation n'est pas plus stable, quand il en a un sur lequel s'appuyer. Au final, si la démarche de restriction de l'accès au prétoire permet d'éventuellement rééquilibrer la balance entre requérants et porteurs de projet devant le juge, la fin des ralentissements causés par le traitement des recours par le juge ne réside pas tant dans le droit mais bien dans la politique budgétaire de l'Etat.

II. Le solaire photovoltaïque, entre cadre réglementaire en pleine tempête et jurisprudence conciliatrice

Le rapport de l'Assemblée nationale en date du 26 octobre 2016 sur l'application de la loi de transition énergétique déplore « *un développement trop faible* » du photovoltaïque en France alors même qu'il reconnaît que cette énergie « *est parvenu[e] à un degré de maturité technologique avancé* »²⁰⁴⁷. C'est donc que le problème se trouve ailleurs et le cadre réglementaire n'y est pas étranger.

Il semble en effet nécessaire de comprendre pourquoi, fin 2016, la France comptait une puissance installée de 6772 MW, suite à l'ajout « *du plus faible volume annuel enregistré depuis 2009* »²⁰⁴⁸. En comparaison, à la même date, l'Allemagne totalisait plus de 40 GW installés dont 1,5 pour la seule année passée, qui constitue pourtant l'une de ses plus mauvaises depuis 10 ans²⁰⁴⁹.

²⁰⁴⁷ Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 ..., *cit.*, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016, pp. 49 – 50.

²⁰⁴⁸ RTE, SER, Enedis, ADEeF, « Panorama de l'Electricité Renouvelable en 2016 », déc. 2016, pp. 21 – 22.

²⁰⁴⁹ Fraunhofer ISE, Energy Charts, « Net installed electricity generation capacity in Germany », 3 fév. 2017, consulté le 10 fév. 2017 [https://www.energy-charts.de/power_inst.htm].

A) L'instabilité chronique du cadre réglementaire tarifaire photovoltaïque enfin solutionnée ?

Ainsi que l'énonce RTE, « [c]ette filière a été marquée successivement par des cycles d'accélération et de retournement importants, en France comme dans le reste des pays de l'Union européenne, au gré de l'évolution des dispositifs de soutien »²⁰⁵⁰. Ce phénomène, qualifié de « *Boom and bust* »²⁰⁵¹, que l'on pourrait traduire par expansion-récession ou explosion-effondrement, n'est donc pas l'apanage du seul hexagone. En fait, c'est une caractéristique de l'industrie photovoltaïque de nombreux pays et au premier chef des pays européens. Il se crée *via* des tarifs d'achat incitatifs mais peu flexibles. Suite à la spectaculaire baisse des prix des panneaux solaires depuis la fin des années 2000²⁰⁵², le système des tarifs d'achat en guichet ouvert produit un effet d'aubaine et une seule année suffit pour voir des demandes de raccordement de plusieurs GW. L'Etat se rendant alors compte du coût insupportable pour les finances publiques d'un tel régime et le suspend brutalement avant d'édicter un nouveau système qui se voudrait corrélé à la baisse des prix des panneaux solaires. C'est ce qu'il s'est passé en Espagne en 2008, en République Tchèque en 2009, en France en 2010, en Allemagne sur une période de 3 ans (2010-2012), ou encore au Royaume-Uni plus récemment²⁰⁵³. Dans chacun de ces pays, l'industrie solaire ne s'est pas relevée de ce choc. Pourtant, ainsi qu'il vient d'être évoqué, la France aurait pu se préparer à une telle expérience, mais il n'en n'a rien été, mettant de nouveau en lumière l'impératif premier de flexibilité du droit si cher au doyen Carbonnier²⁰⁵⁴ afin qu'il s'adapte aux évolutions de son objet.

1) La mortifère instabilité du cadre réglementaire tarifaire photovoltaïque de la dernière décennie

C'est l'article 10 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité qui instaure en France l'obligation d'achat. EDF ou les entreprises locales de distribution (ELD) sont alors obligés d'acheter la production d'un certain nombre d'installations de production d'électricité autorisées, dont celles à partir d'énergie renouvelable. C'est ensuite l'arrêté du 13 mars 2002 qui instaure le premier tarif d'achat pour l'électricité photovoltaïque²⁰⁵⁵. Il sera le premier de nombreux décrets et arrêtés pris pour un régime soumis à des vents violents jusqu'à une époque récente.

²⁰⁵⁰ RTE, « Bilan prévisionnel de l'équilibre offre-demande d'électricité en France – Edition 2016 », 2016, p. 56.

²⁰⁵¹ Eric Wesoff « Slideshow: 'The State of Solar' From GTM's Solar Summit », *gtm*, 19 mai 2016, consulté le 10 fév. 2017 [https://www.greentechmedia.com/articles/read/Slide-Show-The-State-of-Solar-From-GTMs-Research-Summit].

²⁰⁵² Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, I) A) 1) b).

²⁰⁵³ Eric Wesoff « Slideshow: 'The State of Solar' From GTM's Solar Summit », *cit.*, 19 mai 2016.

²⁰⁵⁴ Jean-Jacques SARFATI, « Des limites de l'idée du droit flexible », *cit.*, 2012, p. 215.

²⁰⁵⁵ Arrêté du 13 mars 2002 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Ainsi que le présente la figure 17, le tarif d'achat de 2002 était unique (il y avait un tarif pour la métropole et un pour la Corse et l'Outre-mer, mais il n'y avait pas de différence selon la capacité installée) mais trop bas à l'époque par rapport au coût des installations.

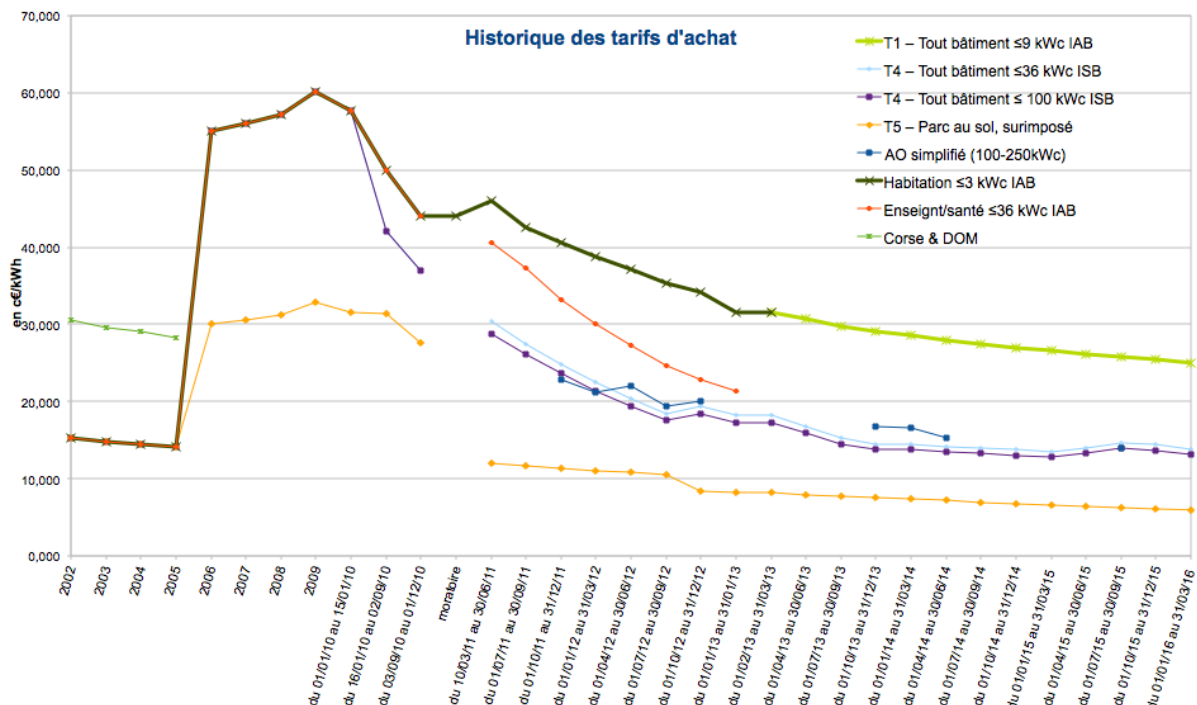


Figure 17 : Historique des tarifs d'achat. « Tarif d'achat », Photovoltaïque.info, 31 mai 2016, consulté le 11 fév. 2017 [<http://www.photovoltaïque.info/-Tarif-d-achat-.html>].

En 2006, un régime beaucoup plus avantageux a été créé, proposant de rémunérer d'un côté les installations intégrées au bâti et de l'autre, celles au sol ou surimposées à la toiture²⁰⁵⁶. En 2009, ces tarifs ayant crû avec l'inflation et le prix des panneaux solaires ayant chuté dans le même temps, l'installation de tels équipements est devenue très lucrative. Le Gouvernement se prévalait d'ailleurs cette année-là d'offrir les « *tarifs d'achat de l'électricité parmi les plus élevés du monde, représentant un effort important de la collectivité* »²⁰⁵⁷, prise en charge par les consommateurs d'électricité via la contribution au service public de l'électricité (CSPE). Il déchantait cependant dès 2010, à la vue de cet effort de la collectivité qui allait s'avérer insupportable. D'où la prise de deux arrêtés, en date des 12 janvier²⁰⁵⁸ et 31 août 2010²⁰⁵⁹ afin de faire baisser le tarif d'achat, comme le montre à nouveau la figure 17, mais trop peu, trop tard. Devant l'ampleur de ce qui fut nommé la « *bulle photovoltaïque* », un décret du 9 décembre 2010 est venu suspendre le tarif d'achat pour toutes les installations

²⁰⁵⁶ Arrêté du 10 juillet 2006 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.

²⁰⁵⁷ Circulaire du 18 décembre 2009 relative au développement et au contrôle des centrales photovoltaïques au sol, p. 1.

²⁰⁵⁸ Arrêté du 12 janvier 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.

²⁰⁵⁹ Arrêté du 31 août 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

de puissance supérieure à 3 kilowatts crête (kWc), et ce pour une durée de 3 mois²⁰⁶⁰. L'application de ce moratoire enclencha un vaste contentieux du tarif d'achat, qui sera traité plus en profondeur subséquemment²⁰⁶¹. Cependant, il est important de citer l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 novembre 2011, qui, en son 29^e considérant, rejeta la requête de nombreux professionnels du photovoltaïque ayant invoqué la rupture du principe de confiance légitime. En l'espèce, les juges du Palais-Royal estimèrent que :

« [L]e développement trop rapide des installations de production d'électricité à partir de l'énergie radiative du soleil et le niveau excessif du tarif d'achat, pesant sur le coût de l'électricité pour le consommateur, avaient été soulignés notamment, par différents avis de la [CRE et qu'] il ne ressort pas des pièces du dossier qu'un opérateur prudent et avisé n'aurait pas été mis en mesure de prévoir la suspension provisoire de l'obligation d'achat et la remise en cause des tarifs applicables aux installations »²⁰⁶².

Il ressort donc de cette décision que tant les professionnels du photovoltaïque que le Gouvernement n'ignoraient pas que le précédent système menait à des rémunérations excessives. Ce dernier opta cependant pour une révision abrupte du mécanisme, rompant la dynamique de développement de cette énergie, à l'encontre de ce que nous soulignons comme de première importance en ouverture de ce chapitre²⁰⁶³. En effet, ainsi que le note la doctrine: *« bien qu'elle soit limitée sur le papier, cette suspension peut avoir des effets importants sur l'équilibre de certaines sociétés »²⁰⁶⁴.*

Au sortir de ce moratoire, l'arrêté du 4 mars 2011²⁰⁶⁵ mit en place un système dégressif basé sur différentes tranches de puissance. Chaque trimestre, la CRE fixe via une délibération la baisse du tarif d'achat de chaque catégorie, calculée en fonction des volumes de raccordement demandés au trimestre précédent²⁰⁶⁶. Ce cadre en guichet ouvert a été modifié à quelques reprises notamment en 2015 pour revaloriser le tarif d'achat d'une filière encore fragile²⁰⁶⁷. Il semble cependant offrir enfin un cadre prévisible d'évolution des tarifs afin de ne pas reproduire le moratoire désastreux de 2010.

S'agissant des plus grandes installations, surtout les centrales au sol, elles ont après 2010 dépendu *« totalement d'appels d'offres désordonnés et imprévisibles »²⁰⁶⁸*. En effet, après

²⁰⁶⁰ Décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil.

²⁰⁶¹ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, II) B) 1) b).

²⁰⁶² CE, 16 nov. 2011, *Société Ciel et terre*, n° 344972, cons. 29.

²⁰⁶³ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, I) A) 1) a).

²⁰⁶⁴ Alice MINET-LELEU, « La suspension de l'obligation de rachat de l'électricité issue de l'énergie solaire engage-t-elle la responsabilité de l'Etat ? », *AJDA*, 2016, p. 453.

²⁰⁶⁵ Arrêté du 4 mars 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.

²⁰⁶⁶ Cf. par exemple, la délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 25 janvier 2017 portant communication au Gouvernement des valeurs des coefficients S23 et V23 définis dans l'arrêté du 4 mars 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil.

²⁰⁶⁷ Arrêté du 30 octobre 2015 modifiant l'arrêté du 4 mars 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.

²⁰⁶⁸ *Droit de l'Environnement*, « Énergies renouvelables (Janvier 2014 - janvier 2015) », 1^{er} jan. 2015, p. 37.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

le moratoire, un tarif spécial a été créé pour les installations de plus de 250 kWc (le tarif T5, voir figure 17) mais fixé à une valeur volontairement trop basse. Dès lors, tous ces projets sont canalisés vers des appels d'offres lancés sans calendrier. Pour la période 2011-2015, trois ont ainsi été lancés, en septembre 2011²⁰⁶⁹, mars 2013²⁰⁷⁰ et novembre 2014²⁰⁷¹. Enfin, en 2016, un nouveau système d'obligation d'achat a remplacé les tarifs par un complément de rémunération, mais sur ce point aussi, la prévisibilité n'a pas été de mise²⁰⁷².

Jusqu'à récemment, le cadre réglementaire, en particulier concernant la rémunération, du photovoltaïque a donc été marqué par une insécurité juridique très forte ayant profondément nui au développement de cette filière, expliquant la faible capacité installée actuelle. Au commencement, le droit de la transition énergétique et ses instruments n'y ont pas apporté de modification, reconduisant ce cadre porteur d'insécurité. Ainsi que nous le verrons dans les lignes ci-dessous, l'instauration notamment de la PPE ont cependant permis d'apporter davantage de prévisibilité au développement de cette énergie.

2) L'instauration d'un cadre prévisible espéré de longue date

Si le cadre du solaire photovoltaïque de petite et moyenne puissance (inférieure à 100 kWc) semble donc avoir trouvé un régime apportant un certain degré de sécurité juridique, le sujet qui nous intéresse le plus, celui des centrales au sol de grande puissance n'a connu que plus récemment des avancées réelles en ce domaine. Avancées réelles mais qui pourtant essuient des critiques quant à la véracité de la simplification qu'elles apportent.

a) Un cadre fondé sur une procédure d'appel d'offres renouée et simplifiée

Par un décret du 18 février 2015, le Gouvernement a fusionné les deux procédures d'appel d'offres antérieures – dites « *ordinaire* » et « *d'urgence* » – pour n'en faire qu'une, tout « *en réduisant les délais entre la décision de lancement de l'appel d'offres et celle de désignation des lauréats* »²⁰⁷³. La CRE, par son avis du 3 février 2016 sur le projet de décret dont il est question reconnaît l'instauration d'un « *cadre simplifié, fondé sur une dématérialisation des échanges, un raccourcissement des délais et, si l'appel d'offres s'y prête, un classement*

²⁰⁶⁹ CRE, « Appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'énergie solaire d'une puissance supérieure à 250 kWc », 15 sept. 2011 [<http://www.cre.fr/documents/appels-d-offres/appel-d-offres-portant-sur-la-realisation-et-l-exploitation-d-installations-de-production-d-electricite-a-partir-de-l-energie-solaire-d-une-puissance-superieure-a-250-kwc>].

²⁰⁷⁰ *Id.*, 13 mars 2013 [<http://www.cre.fr/documents/appels-d-offres/appel-d-offres-portant-sur-la-realisation-et-l-exploitation-d-installations-de-production-d-electricite-a-partir-de-l-energie-solaire-d-une-puissance-superieure-a-250-kwc2>].

²⁰⁷¹ *Id.*, 27 nov. 2014 [<http://www.cre.fr/documents/appels-d-offres/appel-d-offres-portant-sur-la-realisation-et-l-exploitation-d-installations-de-production-d-electricite-a-partir-de-l-energie-solaire-d-une-puissance-superieure-a-250-kwc3>].

²⁰⁷² Philippe COLLET, « Solaire : Enerplan présente ses doléances à deux parlementaires influents », *Actu-environnement.com*, 9 oct. 2015, consulté le 11 fév. 2017 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/solaire-enerplan-doleances-sabine-buis-bertrand-pancher-transition-remuneration-appels-offres-25437.php4#>].

²⁰⁷³ Décret n° 2016-170 du 18 février 2016 relatif à la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité, notice.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

automatisé des offres »²⁰⁷⁴. Cette réforme de la procédure d'appel d'offres semble donc aller dans le sens d'une simplification accrue permettant de sortir définitivement la filière photovoltaïque de l'ornière et renforcer les probabilités pour la France de remplir les objectifs fixés dans la loi de transition énergétique.

Mais, plus encore que cette nouvelle procédure rationalisée, c'est un autre document qui va apporter la prévisibilité tant espérée. Il faudra en l'occurrence attendre octobre 2016, soit deux mois après le lancement du premier appel d'offres nouvelle version pour les installations PV au sol²⁰⁷⁵, pour que paraisse le décret PPE. Le calendrier (indicatif) des appels d'offres permet enfin d'avoir la visibilité nécessaire sur 3 ans avec une capacité cible totale d'attribution de 3 GW²⁰⁷⁶ et représente une mesure simple mais très efficace à mettre au crédit de du principal outil de planification issu du droit de la transition énergétique.

En sus de cette mesure fondamentale au développement de l'énergie photovoltaïque, nous citerons également le décret du 27 mai 2016 qui relève le seuil de puissance à partir duquel une installation de production d'électricité nécessite une autorisation d'exploiter délivrée par le ministre en charge de l'Energie (une autorisation différente de celle concernant les ICPE)²⁰⁷⁷. Jusqu'à une puissance installée de 50 MW, les parcs photovoltaïques ne nécessitent plus cette autorisation, à la différence d'un seuil de 12 MW précédemment²⁰⁷⁸. La voie empruntée vise donc à mettre en œuvre un principe inspiré par l'autorisation unique, en cherchant à concentrer la faisabilité des parcs PV autour de l'obtention du permis de construire puis de l'obligation d'achat par appel d'offres.

Cependant, un examen plus approfondi du nouveau cadre réglementaire des centrales photovoltaïques au sol conduit à prononcer un jugement beaucoup plus mitigé.

b) Un système réellement simplifié ?

La principale critique qui puisse être faite s'agissant de ce nouveau régime s'attache aux relations entre la nécessaire autorisation d'urbanisme et l'appel d'offres. Dans son avis du 3 février 2016 sur le projet de décret de réforme de la procédure d'appel d'offres, la CRE *« observe que certaines pièces aujourd'hui exigées des candidats dès le dépôt de leurs dossiers de candidature ne sont pas nécessaires à la notation et au classement des*

²⁰⁷⁴ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 3 février 2016 portant avis sur le projet de décret modifiant le décret n°2002-1434 du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour des installations de production d'électricité, p. 1.

²⁰⁷⁵ CRE, « Appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'Installations de production d'électricité à partir de l'énergie solaire « Centrales au sol de puissance comprise entre 500 kWc et 17 MWc », 24 août 2016 [<http://www.cre.fr/documents/appels-d-offres/appele-d-offres-portant-sur-la-realisation-et-l-exploitation-d-installations-de-production-d-electricite-a-partir-de-l-energie-solaire-centrales-au-sol-de-puissance-comprise-entre-500-kwc-et-17-mwc>].

²⁰⁷⁶ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 3, XI.

²⁰⁷⁷ Décret n° 2016-687 du 27 mai 2016 relatif à l'autorisation d'exploiter les installations de production d'électricité, art. 1.

²⁰⁷⁸ Décret n° 2011-1893 du 14 décembre 2011 modifiant le décret n° 2000-877 du 7 septembre 2000 relatif à l'autorisation d'exploiter les installations de production d'électricité, art. 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

offres »²⁰⁷⁹. Ces pièces, sans préciser lesquelles, nécessiteraient un « *effort significatif de la part des candidats, sans garantie de pouvoir mener à bien leur projet* »²⁰⁸⁰. Partant, elles auraient un coût et risqueraient d'une part de limiter le volume de projets potentiels et d'autre part de faire augmenter mécaniquement le niveau de la rémunération demandée par les pétitionnaires, afin de couvrir leurs coûts échoués. Enfin, « *[l]'exigence de la fourniture de ces pièces dans le dossier sous peine d'irrecevabilité crée un risque important d'élimination pour les candidats compte tenu de la complexité des dossiers* »²⁰⁸¹. Et la CRE d'ajouter que ces documents se traduiraient par une surcharge de travail importante pour ses services afin de procéder à leur vérification.

Si ces éléments permettent de mettre la puce à l'oreille quant au caractère réellement simplificateur de la réforme, l'avis rendu par la CRE sur le projet de cahier des charges du premier appel d'offres de centrales solaires au sol se montre beaucoup plus clair et direct :

*« La CRE demande que soit supprimée l'exigence des pièces relatives à l'autorisation d'urbanisme, qui alourdit considérablement la préparation des offres et leur instruction, augmente les risques d'irrecevabilité, est totalement inutile et va à l'encontre de l'objectif de simplification de la procédure d'appel d'offres pourtant visé par sa récente réforme »*²⁰⁸².

La CRE s'appuie sur le fait qu'avec la garantie financière d'exécution demandée²⁰⁸³, il n'est nul besoin de requérir de tels documents en plus, car une institution bancaire n'acceptera de financer que des projets bénéficiant des meilleures chances de réalisation, celles-ci étant bien évidemment suspendues à l'obtention de toutes les autorisations nécessaires. L'exigence de production d'autorisations surnuméraires entraîne donc des lourdeurs administratives pour la CRE, qui informe alors qu'elle « *ne sera pas en mesure d'instruire les offres dans les délais prévus par le cahier des charges* »²⁰⁸⁴. Entre cet aspect et le fait que de nombreux projets pourraient alors être éliminés pour des vices de forme dans leur dossier soumis à l'appel d'offres alors qu'ils représenteraient sinon des opportunités de production d'électricité solaire vertueuse et économique, il semble que le nouveau cadre réglementaire de développement de cette énergie ne permette pas d'obtenir toutes les garanties de l'atteinte des objectifs de la PPE via les meilleurs projets et dans les meilleurs délais. Ces dispositions devraient plutôt faire l'objet d'une « *Danthonisation* » et suivre la jurisprudence du Conseil d'Etat²⁰⁸⁵ en se penchant sur le fond des dossiers plutôt que sur leur forme.

²⁰⁷⁹ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 3 février 2016 portant avis sur le projet de décret modifiant le décret n°2002-1434 du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour des installations de production d'électricité, p. 2.

²⁰⁸⁰ *Ibid.*

²⁰⁸¹ *Ibid.*

²⁰⁸² Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 5 juillet 2016 portant avis sur le projet de cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'énergie solaire « centrales au sol de puissance comprise entre 500 kWc et 17 MWc », p. 3.

²⁰⁸³ *Id.*, p. 3.

²⁰⁸⁴ *Id.*, p. 4.

²⁰⁸⁵ En référence à l'arrêt CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, n° 335033, cons. 8.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

S'agissant du fond des dossiers, le cahier des charges finalement adopté et soumis aux pétitionnaires contient un autre aspect lié aux documents d'urbanisme et qui ajoute une complexité supplémentaire au déroulement des projets et surtout à leur chance d'obtention de l'obligation d'achat. En son point 2.6, il exclut d'office tout projet de centrale solaire dont le terrain d'implantation ne serait pas situé dans une zone urbanisée ou à urbaniser d'un POS ou d'un PLU, sur un site dégradé, ou sur un terrain rassemblant 3 conditions : si situé en zone naturelle d'un POS ou d'un PLU, le document d'urbanisme doit spécifiquement autoriser les énergies renouvelables ; il ne doit pas être en zone humide ; il ne doit en principe pas nécessiter d'autorisation de défrichement ou avoir été défriché dans les cinq années précédentes. En conclusion, ces dispositions écartent toute possibilité d'obtenir un complément de rémunération pour des projets situés en zone agricole alors que le juge administratif a construit une jurisprudence au cas par cas démontrant la possible harmonie de projets mêlant activité agricole et production photovoltaïque, ainsi que le détaillera le B) ci-dessous. Elles écartent aussi tout projet en zone naturelle lorsque le document d'urbanisme ne le prévoit pas spécifiquement, requérant très souvent une modification desdits documents demandant un délai d'au moins un an et souvent un coût de plusieurs dizaines de milliers d'euros. Elles rendent aussi impossible tout projet dans une commune sans document d'urbanisme. En revanche, est à mettre au crédit du Gouvernement une dérogation insérée dans le cahier des charges afin d'aligner le régime du défrichement pour les terrains communaux sur celui des terrains privés, plus flexible²⁰⁸⁶.

Ainsi que l'indique M^e Gossement, « [l]es cahiers des charges des appels d'offres ont tendance à utiliser le droit de l'urbanisme comme un outil de sélection des projets »²⁰⁸⁷. Or, cette utilisation qui en est faite, en plus d'être nocive au développement de cette énergie et de faire l'impasse sur des solutions alternatives²⁰⁸⁸, va plus loin que le droit. Le décret du 18 février 2016 ne mentionne effectivement pas la possibilité de fixer dans le cahier des charges des conditions quant au terrain d'implantation, sauf à tordre les notions de « zone géographique concernée »²⁰⁸⁹, de « caractéristiques techniques du type d'installation »²⁰⁹⁰, de prescriptions²⁰⁹¹ alors que celles-ci sont normalement fixées pour des installations autorisées et non pour les refuser, ou de faire usage du terme « notamment » en tête de liste des composantes du cahier des charges²⁰⁹².

²⁰⁸⁶ Sophie FABREGAT, « Centrales photovoltaïques au sol : comment limiter les conflits d'usage », *Actu-environnement.com*, 13 avr. 2016, consulté le 21 avr. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/centrales-photovoltaïques-sol-conflits-usage-defrichage-agriculture-acceptabilite-26602.php4>].

²⁰⁸⁷ Arnaud GOSSEMENT, « Appel d'offres pour centrales solaires sur bâtiments, serres et hangars agricoles et ombrières de parking de puissance comprise entre 100kWc et 8 MWc : l'avis de la Commission de régulation de l'énergie », *Gossement Avocats*, 6 sept. 2016, consulté le 12 fév. 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2016/09/06/appe-d-offres-pour-centrales-solaires-sur-batiments-serres-5844590.html>].

²⁰⁸⁸ Rien n'empêcherait par exemple de demander que pour chaque arbre coupé, deux autres soient plantés par le lauréat, afin de compenser cette perte.

²⁰⁸⁹ C. Ener., art. R. 311-13, 1^o.

²⁰⁹⁰ C. Ener., art. R. 311-13, 2^oa).

²⁰⁹¹ C. Ener., art. R. 311-13, 2^o c).

²⁰⁹² C. Ener., art. R. 311-13.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Il ressort de ces éléments que s'agissant du cadre réglementaire enserrant le développement de l'énergie photovoltaïque au sol, si la situation a été stabilisée avec l'émergence du droit de la transition énergétique prenant probablement davantage en compte la finalité de réduction des émissions de gaz à effet de serre que le droit applicable auparavant – et profitant de la chute cette fois amorcée et suivie des prix de cette source d'énergie –, et qu'un horizon prévisible a été fixé, les outils juridiques mais également ceux de non droit ont souvent été utilisés pour imposer des contraintes en décalage avec le discours de simplification et d'incitation porté par l'Etat. Sur ces aspects, le juge se retrouve en réalité bien plus progressiste.

B) Un contentieux urbanistique de conciliation d'intérêts publics majeurs

Ainsi que le souligne Mme Verdier Maillot, « *la préservation des terres agricoles [constitue] au même titre que le développement des énergies renouvelables, un intérêt public majeur* »²⁰⁹³. Il en est de même s'agissant du développement de centrales photovoltaïques au sol se heurtant parfois à la préservation des espaces naturels, des espaces littoraux ou des espaces de montagne, entre autres. Du fait de la superficie importante nécessaire à l'implantation d'une installation de grande taille fonctionnant à l'énergie radiative du soleil, la conciliation de ces différents intérêts doit nécessairement être recherchée en premier lieu par le législateur et l'administration avant d'être mise en balance par le juge.

1) Une jurisprudence sur les zones agricoles plus favorable que la doctrine administrative

Selon Mme Le Baut-Ferrarese, une activité peut être qualifiée d'agricole par nature ou par prolongement²⁰⁹⁴, ce qui exclut d'office l'exploitation d'une centrale photovoltaïque d'envergure selon la qualification juridique en vigueur. En revanche, une activité peut également être juridiquement qualifiée d'agricole si elle a pour support l'exploitation agricole. Un tel cas ouvre davantage de potentialités²⁰⁹⁵. Une seconde contrainte juridique s'impose cependant au travers de la législation urbanistique, opposant « *des restrictions qui résultent de deux grands principes : la constructibilité limitée et l'urbanisation en continuité, pour ne citer que ceux-là* »²⁰⁹⁶. C'est donc sur la base de cette double contrainte juridique, concernant l'activité même mais également la situation géographique des terrains d'implantation visés, que tant l'administration que les juges doivent se prononcer. Ressortent cependant du même cadre des différences de conception prononcées.

a) L'appréciation sévère d'une législation sélective par l'administration

Le 18 décembre 2009, une circulaire du ministre d'Etat, ministre de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la Mer, en charge des Technologies vertes et des

²⁰⁹³ Armelle VERDIER MAILLOT, « Le contentieux des permis de construire de "serres agricoles photovoltaïques" », *AJDA*, 2015, p. 740.

²⁰⁹⁴ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Les énergies renouvelables, nouveau champ d'activité pour les entrepreneurs agricoles », *Droit rural*, n° 399, dossier 2, jan. 2012, p. 2.

²⁰⁹⁵ *Id.*, p. 2.

²⁰⁹⁶ *Id.*, p. 8.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Négociations sur le climat destinée aux préfets de région et département présente une explication de texte du décret 2009-1414 publié un mois plus tôt²⁰⁹⁷. Relative au développement et au contrôle des centrales photovoltaïques au sol, comme son titre l'indique, elle déclare sans sourciller après quelques préliminaires que de tels projets « *n'ont pas vocation à être installés en zones agricoles* »²⁰⁹⁸. Or, si les terrains agricoles n'ont effectivement pas pour vocation première d'accueillir des centrales photovoltaïques, la sentence ministérielle semble pour le moins radicale, surtout après avoir encouragé le développement de ce type d'installation deux lignes auparavant. L'unique exception envisagée dans la circulaire concernant les zones signalées comme agricoles dans les documents d'urbanisme concerne des terrains qui « *n'ont pas fait l'objet d'un usage agricole dans une période récente* »²⁰⁹⁹, sans plus de précision. Aux questionnements à ce sujet de Mme Le Baut-Ferrarese²¹⁰⁰, bien qu'il ne soit pas possible d'apporter une réponse claire et définitive sur cette ambiguïté de la circulaire, le cahier des charges de l'appel d'offres photovoltaïque d'août 2016 apporte un indice de réponse. Ce document exige en effet que le terrain concerné n'ait « *pas fait l'objet de défrichement au cours des cinq années [précédentes]* »²¹⁰¹. Cette durée semble donc suffisante pour acter une qualification juridique nouvelle du terrain objet. Il n'est dès lors pas impossible que cette durée soit retenue lors de prochains appels d'offres pour les situations concernées.

La dernière phrase du corps de la circulaire retiendra également l'attention :

*« Enfin, je vous invite à examiner la pertinence des projets au regard de l'objectif de développement de la filière industrielle et du bilan carbone global de l'installation en cause »*²¹⁰².

S'agissant de la partie sur le bilan carbone global de l'installation, c'est un outil essentiel qui devrait être davantage utilisé pour l'allocation de l'obligation d'achat. Bien qu'intégré à la notation de l'appel d'offres sus cité, sa prise en compte reste encore limitée²¹⁰³. En lieu et place de critères d'exclusion ferme de défrichement ou d'implantation sur des terres agricoles, cet outil permettrait de séparer le bon grain de l'ivraie. En effet, entre un parc photovoltaïque dont l'exploitation est réalisée en parallèle d'une activité agricole locale sur le même terrain (élevage ovin, apiculture, etc.) et une culture énergétique intensive, un doute peut émerger quant aux bilans carbone respectifs.

²⁰⁹⁷ Décret n° 2009-1414 du 19 novembre 2009 relatif aux procédures administratives applicables à certains ouvrages de production d'électricité.

²⁰⁹⁸ Circulaire du 18 décembre 2009 relative au développement et au contrôle des centrales photovoltaïques au sol, p. 1.

²⁰⁹⁹ *Id.*, p. 2.

²¹⁰⁰ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Les énergies renouvelables, ... », *cit.*, jan. 2012, p. 12.

²¹⁰¹ Cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'énergie solaire « Centrales au sol de puissance comprise entre 500 kWc et 17 MWc », p. 11, 2.6 [http://www.cre.fr/documents/appels-d-offres/appel-d-offres-portant-sur-la-realisation-et-l-exploitation-d-installations-de-production-d-electricite-a-partir-de-l-energie-solaire-centrales-au-sol-de-puissance-comprise-entre-500-kwc-et-17-mwc].

²¹⁰² Circulaire du 18 décembre 2009 relative au développement et au contrôle des centrales photovoltaïques au sol, p. 2.

²¹⁰³ Cahier des charges de l'appel d'offres..., *cit.*, p. 18, 4.1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

S'agissant de la pertinence des projets au regard de l'objectif de développement de la filière, ce critère peut se révéler une arme à double tranchant. Tant que les objectifs fixés sont ambitieux et que le rythme d'installation peine à suivre, cela peut représenter un aiguillon pour les services administratifs afin de les inciter à juger la pertinence des projets de manière positive. A l'opposé, lorsque les objectifs de développement fixés sont sous évalués (par rapport au potentiel disponible et aux besoins en électricité renouvelable), alors cette précision permet de se montrer excessivement exigeant sur la pertinence des projets. C'est dans ce contexte qu'a d'ailleurs été adopté le moratoire de décembre 2010²¹⁰⁴, dont le décret se réfère à la PPI de 2009 et à son objectif très insuffisant de 5400 MW installés en 2020²¹⁰⁵.

Or, à la lecture des dispositions du code de l'urbanisme, il ressort que l'administration a fait preuve d'un zèle excessif. En effet, le régime tant du RNU²¹⁰⁶, de la carte communale²¹⁰⁷ que du PLU²¹⁰⁸ permet d'autoriser des « *équipements collectifs dès lors qu'ils ne sont pas incompatibles avec l'exercice d'une activité agricole, pastorale ou forestière sur le terrain sur lequel elles sont implantées* »²¹⁰⁹. Le législateur a ainsi, dans sa sagesse, cherché à accorder une priorité claire aux activités agricoles et assimilées sur les terrains qui leur sont attribués, tout en préservant la possibilité d'un examen au cas par cas d'installations qui n'y seraient pas directement liées mais permettraient la satisfaction d'un besoin collectif. C'est manifestement cette voie à laquelle s'est conformé le juge dans les affaires l'ayant amené à mettre en balance l'intérêt de préservation des terres agricoles avec celui de la production d'électricité d'origine renouvelable.

b) Une jurisprudence à la recherche d'un équilibre entre les intérêts en présence

En premier lieu, il importera de préciser qu'au vu de l'état de la jurisprudence en matière d'intérêt à agir à l'encontre d'une centrale PV au sol, il apparaît que le juge se montre plus strict qu'à l'égard d'un parc éolien. Ainsi, un voisin de seulement quelques mètres de la parcelle d'implantation d'un projet doit établir le risque d'affectation de ses conditions de jouissance²¹¹⁰. Le développement de cette énergie est donc au moins à cette aune vu comme dépourvu de nuisance intrinsèque pour le voisinage.

En second lieu, voyons le cas des centrales au sol en zones classées agricoles par les documents d'urbanisme, ou en dehors des parties actuellement urbanisées de la commune (PAUC) s'agissant du RNU. Nous relèverons tout d'abord qu'étant considérés comme des opérations d'urbanisation par le juge²¹¹¹ mais n'étant pas pour autant incompatibles avec le

²¹⁰⁴ Décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil.

²¹⁰⁵ Arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité, art. 1.

²¹⁰⁶ C. Urb., art. L. 111-4, 2°.

²¹⁰⁷ C. Urb., art. L. 161-4.

²¹⁰⁸ C. Urb., art. L. 151-11, 1°.

²¹⁰⁹ Les dispositions du PLU ajoutent l'exigence de ne pas porter atteinte « à la sauvegarde des espaces naturels et des paysages », et celles de la carte communale ajoutent à la liste de ces atteintes « l'exploitation agricole ou forestière et [...] la mise en valeur des ressources naturelles ».

²¹¹⁰ CAA Marseille, 11 janvier 2016, n° 15MA02488, cons. 7.

²¹¹¹ CAA Lyon, 13 décembre 2016, n° 15LY00920.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

voisinage des zones habitées²¹¹², les parcs photovoltaïques au sol se retrouvent relégués en dehors des PAUC, pour celles soumises au RNU, sauf à bénéficier d'une appréciation *in concreto* de l'intégration du projet dans son environnement ou de son intérêt collectif²¹¹³. Fort heureusement pour cette source d'énergie, c'est dans cette voie que se dirige la jurisprudence. Si le juge tire de la vente au public de l'électricité produite la qualification d'« *équipement présentant un caractère d'utilité publique* »²¹¹⁴ ou d'« *installations nécessaires à un équipement collectif* »²¹¹⁵ à l'instar des parcs éoliens²¹¹⁶, cette reconnaissance ne suffit pas. Le juge se livre alors à une analyse *in concreto* du projet d'implantation et d'exploitation du projet, afin de déterminer sa cohabitation possible avec la préservation des terres agricoles. Partant, il n'hésite pas à refuser des projets n'établissant pas le maintien d'une activité agricole après leur implantation²¹¹⁷. En revanche, il valide un projet établi dans le périmètre de captages d'eau potable, sur des terrains classés en jachère, du fait de la protection de la ressource en eau par la même occasion renforcée²¹¹⁸. Au surplus, du fait du caractère démontable d'une centrale PV, le juge en déduit une absence d'atteinte tant à l'environnement naturel qu'à la valeur agronomique des terrains concernés²¹¹⁹. Dans une autre décision, le juge administratif valide également un projet de centrale PV couplé avec une activité d'apiculture²¹²⁰. Nous retiendrons la leçon donnée par ailleurs au ministère du Logement, de l'Egalité des territoires et de la Ruralité concernant sa vision réductrice de l'agriculture *via* un projet :

*« de nature à permettre la continuation d'une activité agricole "douce" compatible avec la vocation agricole des parcelles en cause, l'activité agricole mentionnée à l'article L. 123-1 du code de l'urbanisme ne pouvant se réduire, contrairement à ce soutient le ministre, au maintien des activités céréalières existant antérieurement au projet ou à la transformation des parcelles concernées en zone d'élevage, dès lors que les dispositions de cet article n'exigent nullement la pérennisation d'une forme particulière de culture sur des terres ayant une vocation agricole »*²¹²¹.

En troisième et dernier lieu, à propos des hangars et serres agricoles. Ces bâtiments peuvent accueillir des centrales solaires d'une capacité non négligeable et c'est alors le rôle du juge de déterminer si leur édification ne sert pas à la production d'électricité de manière prépondérante et non accessoire²¹²². Il procède également par une analyse *in concreto* qui résulte en la validation de projets permettant d'accroître la production agricole²¹²³, consommant une partie de l'électricité produite²¹²⁴, et potentiellement de produire sur une

²¹¹² Ne pouvant donc bénéficier de l'exception de l'art. L. 111-4, 3° du Code de l'urbanisme.

²¹¹³ Afin de bénéficier de l'exception de l'art. L. 111-4, 2° du Code de l'urbanisme.

²¹¹⁴ CAA Bordeaux, 13 oct. 2015, n° 14BX01130, cons. 6.

²¹¹⁵ CAA Nantes, 23 oct. 2015, n° 14NT00587, cons. 5.

²¹¹⁶ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) B) 1) b).

²¹¹⁷ Cf. par exemple CAA Marseille, 21 avril 2016, n° 15MA00872, cons. 8.

²¹¹⁸ CAA Bordeaux, 13 oct. 2015, n° 14BX01130, cons. 8.

²¹¹⁹ *Ibid.*

²¹²⁰ CAA Nantes, 23 oct. 2015, n° 14NT00587, cons. 7.

²¹²¹ *Ibid.*

²¹²² S'agissant des serres photovoltaïques, cf. l'étude détaillée de Armelle VERDIER MAILLOT, « Le contentieux des permis de construire ... », *cit.*, 2015, pp. 740 – 745.

²¹²³ CAA Bordeaux, 14 nov. 2013, n° 12BX00465.

²¹²⁴ CAA Nantes, 25 oct. 2013, n° 12NT00936, cons. 3.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

plus longue période de l'année²¹²⁵. Mais aussi pour un hangar dont le besoin pour l'exploitation agricole était prouvé²¹²⁶. Plus récemment, le Conseil d'Etat a seulement exigé que les panneaux solaires sur un projet de serre ne remettent pas en cause sa destination agricole « *avérée* »²¹²⁷. Par l'aspect succinct de la rédaction, il est cependant possible de se demander si la jurisprudence qui en ressortira ne sera pas davantage favorable à ces projets.

En conclusion de ces développements concernant la compatibilité des centrales photovoltaïques avec l'activité agricole et son interprétation variable entre le législateur, l'administration et le juge, il nous semble que la formule de Mme Le Baut-Ferrarese s'impose toujours mais doit être complétée. Ainsi, si « *l'évolution irrépressible du droit rural vers un droit assumant [...] sa dimension environnementale* »²¹²⁸ se retrouve corroborée tant par les conditions posées par la circulaire de 2009 que par l'examen *ad hoc* du juge administratif sur l'insertion environnementale des centrales PV au sol, force est de constater que c'est bien le droit de la transition énergétique qui sert de passerelle à la réconciliation de l'activité agricole avec son milieu.

2) La conciliation prétorienne de la protection de l'environnement avec les centrales solaires, les cas particuliers des zones de montagne et du littoral

Quel que soit le classement de la zone au sein des documents d'urbanisme et même dans le cas de communes soumises uniquement au RNU, le seul élément qui concerne toute installation de centrale PV au sol de plus de 250 kWc²¹²⁹, c'est l'obligation de mener une évaluation environnementale en bonne et due forme²¹³⁰. La réalisation de ce document permet, quelle que soit le degré de protection environnementale du milieu dans lequel le projet est envisagé, de s'assurer que les atteintes qui pourraient lui être faites sont évitées, réduites ou compensées. Selon la doctrine, la jurisprudence administrative penche d'ailleurs vers la réalisation de ce « *contrôle de proportionnalité, comme s'il s'agissait d'apprécier la légalité d'une dérogation à un principe de protection de l'environnement, [...] après confrontation des inconvénients et des avantages qu'elle présente pour l'intérêt général* »²¹³¹.

Du fait de leur particularité reconnue en droit, les communes qualifiées de montagne ou du littoral font l'objet d'un régime spécifique, inséré dans le code de l'urbanisme avant les dispositions concernant les documents d'urbanisme. Cette mise en avant repose sur l'impératif de protection d'un côté de la montagne, considérée comme « *un ensemble de territoires dont le développement équitable et durable constitue un objectif d'intérêt national en raison de leur rôle économique, social, environnemental, paysager, sanitaire et*

²¹²⁵ CAA Lyon, 25 mars 2014, n° 11LY23465, cons. 2.

²¹²⁶ CAA Bordeaux, 8 mars 2016, n° 14BX00234, cons. 5.

²¹²⁷ CE, 3 oct. 2016, n° 390716, cons. 5.

²¹²⁸ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Les énergies renouvelables, ... », *cit.*, jan. 2012, p. 18.

²¹²⁹ Décret n° 2016-1110 du 11 août 2016 relatif à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, annexe, pt. 30.

²¹³⁰ CAA Marseille, 18 mars 2016, n° 14MA03823.

²¹³¹ Gilles J. MARTIN, Jean-Charles MSELLATI, « Le juge de l'urbanisme, le règlement national d'urbanisme et la primauté des préoccupations environnementales », *AJDA*, 2013, p. 756.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

culturel »²¹³² ; et de l'autre du littoral, sujet d'une « *politique d'intérêt général* » visant notamment à protéger « *les équilibres biologiques et écologiques, [et] la préservation des sites et paysages et du patrimoine* »²¹³³. Au sein de ces régimes spéciaux, la principale limite aux centrale PV au sol se trouve dans le principe de l'urbanisation en continuité de l'existant.

Or, s'agissant des communes de montagne, ces installations ne peuvent bénéficier de la dérogation habituellement ouverte aux parcs éoliens basée sur leur incompatibilité avec le voisinage²¹³⁴. Dès lors, pour une installation compatible avec le voisinage mais souhaitant être construite à l'écart de l'urbanisation existante, une délibération du conseil municipal est requise afin d'arguer de l'intérêt de la commune dans cette opération, et ne peut se contenter d'avancer des éléments généraux telle la mention de ressources économiques devant être perçues²¹³⁵.

Pour ce qui est des communes littorales, la règle est la même et les exceptions plus rares encore. Le juge s'appuie par exemple sur un faisceau d'indices notamment fondé sur la densité d'urbanisation de la zone pour déterminer la continuité avec des bâtiments²¹³⁶. Mais certains espaces, du fait d'une valeur reconnue plus importante encore, censurent par principe toute urbanisation et les centrales solaires au sol ne trouveront certainement pas grâce en ces espaces dits remarquables, proches du rivage ou dans la bande littorale des 100m²¹³⁷.

Au bout du compte, la conciliation de l'intérêt environnemental global prêté à la production d'électricité d'origine renouvelable avec la protection de l'environnement local peut difficilement se faire, dans les zones de montagne ou du littoral, lorsque le projet de centrale solaire est prévu à l'écart de l'urbanisation existante. Sur cette problématique, le droit de la transition énergétique ne donne pas au juge les moyens de faire évoluer sa jurisprudence vers une acceptation au cas par cas de projets PV qui bien que situés dans des espaces *a priori* impropres ne devraient pas se retrouver bloqués par une interdiction de principe.

²¹³² Loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne, art. 1^{er}.

²¹³³ Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral, art. 1^{er}.

²¹³⁴ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) 1) a).

²¹³⁵ CAA Lyon, 13 décembre 2016, n° 15LY00920, cons. 7.

²¹³⁶ Marcel SOUSSE, « L'implantation de champs de panneaux photovoltaïques dans les communes littorales », *AJDA*, 2016, pp. 469 – 470.

²¹³⁷ *Id.*, pp. 470 – 472.

Conclusion du Chapitre 1^{er}

La transition énergétique est un défi posé à notre société érigée sur les énergies fossiles et fissile. La bonne nouvelle, c'est que le défi technique et économique est en train d'être remporté dans le domaine de la production d'électricité, à l'échelle mondiale. La mauvaise nouvelle, c'est qu'en France, le droit, au lieu de mettre en place un cadre stable et incitatif afin d'accompagner ce mouvement mené de l'avant par l'éolien et le photovoltaïque, se révèle plus souvent un frein qu'un facilitateur. Or, il est impératif que tant le législateur que le pouvoir réglementaire adoptent des mesures qui concilient plusieurs intérêts publics majeurs. Ainsi, si la préservation des terres agricoles, de la biodiversité et des paysages sont indéniablement de ces intérêts, la production d'électricité renouvelable non (ou très peu) émettrice de CO₂, l'est au moins tout autant. Le cadre juridique devrait alors évoluer afin d'adopter une approche au cas par cas, ainsi que le fait le juge administratif. Une police administrative spéciale réservée aux parcs éoliens terrestres en serait un bon exemple. Une politique de sélection de projets photovoltaïques non exclusive par principe de certains terrains le serait également.

À plusieurs égards, les textes de la transition énergétique sont apparus décevants s'agissant du développement des énergies renouvelables, alors que l'inverse était attendu. Ce constat négatif n'est cependant pas uniquement causé par des faiblesses intrinsèques au droit de la transition énergétique mais bien souvent par l'indécision et l'ambivalence du législateur ou du pouvoir réglementaire. Des caractéristiques qui sont à l'œuvre dans de nombreux aspects de l'écriture et de la mise en œuvre de ce droit et que nous allons retrouver à plusieurs reprises dans cette partie, dont le chapitre qui suit.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Chapitre 2nd :

Les complexités juridiques parallèles de la réduction du nucléaire et du développement des réseaux électriques intelligents

Il a été vu au fil des chapitres antérieurs que l'ampleur de l'usage de l'énergie nucléaire était source de nombreuses discordes au sein des institutions françaises dont la législature. A l'échelle de la société française, ces discordes, notamment juridiques, ne sont pas nouvelles et étaient déjà présentes lors du commencement du programme électronucléaire, réalisé, selon le professeur Colson, « *sans les Français* »²¹³⁸. Toutefois, par le biais du droit de la transition énergétique, il est indispensable de prendre le taureau par les cornes et de planifier le plus tôt possible l'évolution du mix électrique pour les années à venir et surtout de donner les outils adéquats pour la réalisation des objectifs fixés par la loi. En application des promesses de campagne de 2012 puis des promesses présidentielles, la loi de transition énergétique (ou une de ses sœurs) se devait d'organiser la réduction de la part du nucléaire dans le mix électrique par la mise en place d'un cadre juridique clair donnant au pouvoir politique les moyens d'ordonner la mise à l'arrêt d'un réacteur pour des raisons autres que la seule sûreté.

En parallèle, d'autres évolutions du cadre juridique se révèlent nécessaires afin de l'adapter à des innovations techniques qui vont de pair avec l'évolution des sources de production électrique. Dans le chapitre précédent, il est apparu que l'émergence des énergies renouvelables a été accompagnée de la mise en place d'une réglementation *sui generis*, voire même de plusieurs branches de logiques différentes concourant toutes à l'atteinte des objectifs du droit de la transition énergétique, d'autant plus efficacement qu'elles créent des synergies. L'éolien et le solaire ont ainsi été soumises à une réglementation fleuve (dont la métaphore ne renie pas les nombreux méandres), précisée par un contentieux abondant. La pénétration croissante de ces sources d'énergie, aux modalités de production fondamentalement différentes du parc installé actuel, requiert néanmoins une adaptation majeure de l'ensemble du système électrique, des sites de production aux consommateurs, en passant par les réseaux.

Ces deux évolutions simultanées se trouvent alors face à la question de l'évolution du droit, qui se montre bien souvent en retard, imparfait, et finalement maladroit lorsqu'il se décide à agir. Elles constituent aussi deux évolutions juridiques qui doivent s'insérer dans un état du droit préexistant, l'amenant parfois à questionner les conceptions et limites actuelles de droits anciens, tels que la propriété ou la vie privée.

A la vue de ces éléments, les développements de ce chapitre amèneront à se poser en particulier la question de savoir si la loi de transition énergétique, symbole du droit éponyme, n'aura pas été, avec le recul, une occasion manquée.

²¹³⁸ Jean-Philippe COLSON, *Le Nucléaire sans les Français : Qui décide, qui profite ?*, Maspero, 1977.

Section 1 :

**La diminution de la part du nucléaire dans le mix électrique,
épreuve pour le droit de la transition énergétique**

Le droit s'appliquant à l'énergie nucléaire est qualifié par la doctrine de « *pointilliste* »²¹³⁹, modifié par petites touches, dans différents textes, à différentes périodes. Selon la même source doctrinaire, la période récente constituerait « *une étape dans l'amélioration continue de ce droit* »²¹⁴⁰. Afin de rester dans l'allégorie pittoresque, il faut alors s'éloigner du tableau pour en comprendre le sens. A nos yeux, l'éparpillement évoqué du cadre juridique ayant trait à l'électricité nucléaire résulte surtout de la mauvaise volonté du peintre – ici, le législateur – se refusant à chambouler une toile qu'il travaille depuis des décennies. Il apporte donc de menues touches de peintures à son œuvre, alors que celle-ci ne correspond plus aux canons de son époque.

Si le rééquilibrage du mix électrique est si difficile, c'est parce qu'il a lieu au sein d'un système captif où tout est construit autour de l'énergie nucléaire, aussi bien le système énergétique physique que les cadres juridiques du droit de l'énergie. Y apporter des modifications qui ne seraient de petits points mais de grands traits requiert alors les pinceaux adéquats, ce qui n'est ici pas le cas. Qui plus est, cette transition énergétique devant s'insérer dans des moules non seulement techniques mais aussi juridiques préexistants, certaines mesures nécessaires, telle la fermeture de réacteurs nucléaires, posent question, notamment s'agissant du respect du droit à la propriété privée.

I. Système électrique captif et outils de transition insuffisants

Le parc de production électrique français est soumis aux aléas climatiques extrêmes. Si la relation entre sécheresse et production d'hydroélectricité semble assez simple, cette source d'énergie n'est pas la seule affectée par ce genre d'évènement particulier, par ailleurs prévu à un accroissement en occurrence et en intensité²¹⁴¹. Elles le sont en réalité toutes, mais à des degrés divers et selon des conditions différentes. Ainsi, une forte vague de chaleur s'accompagnera souvent d'un anticyclone néfaste à l'éolien mais bénéfique au solaire. A l'inverse, une période de grand vent sera souvent liée à une couverture nuageuse handicapante pour le solaire et positive pour l'éolien. En revanche, s'agissant des autres sources d'électricité majeures du mix hexagonal, c'est principalement la disponibilité de l'eau pour alimenter le circuit de refroidissement qui peut se révéler un facteur extérieur naturel

²¹³⁹ Pierre BRINGUIER, « Droit nucléaire Juillet 2015-juillet 2016 », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} nov. 2016, p. 39.

²¹⁴⁰ *Id.*, p. 38.

²¹⁴¹ Giec, 5^e rapport, « Changements climatiques 2013 - Les éléments scientifiques - Résumé à l'intention des décideurs », p. 20, E.1, pt 4 [https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SummaryVolume_FINAL_FRENCH.pdf].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

limitant. Les fossiles tout comme le nucléaire en sont donc victimes. Cette dernière énergie représentant néanmoins 75% de notre approvisionnement électrique, une canicule comme celle de 2003 peut se révéler périlleuse²¹⁴². Sans parler de l'indisponibilité de nombreux réacteurs à l'approche d'un hiver 2017 rigoureux, du fait d'une faille technique de conception en série²¹⁴³.

Or, du fait de la part écrasante d'une unique source de production d'électricité dans le mix actuel, la sécurité d'approvisionnement, pourtant partie intégrante et fondamentale de la politique énergétique française comme proclamé à l'article L. 100-1 du Code de l'énergie, s'en retrouve affaiblie. Sa dépendance au nucléaire se retrouve alors exposée en plein jour lors d'événements exceptionnels le fragilisant. C'est cependant un état de captivité permanent et de long terme qui caractérise le système électrique français vis-à-vis de l'atome. Et face à cela, les moyens de pilotage existants de ce mix s'en retrouvent insuffisants, malgré les récentes modifications apportées par la loi de transition énergétique.

A) Un besoin urgent de prévisibilité pour l'avenir du parc nucléaire français

Du fait de la prépondérance du nucléaire dans le mix électrique français, tout le système actuel est construit autour de cette technologie. Un réseau centralisé, des institutions centralisées, une recherche publique grandement mise à disposition²¹⁴⁴, etc. En réduire la part dans des proportions non négligeables ne se traduit alors pas simplement par un changement d'approvisionnement énergétique, mais bien par un changement systémique, surtout s'agissant de la faire cohabiter²¹⁴⁵ voire la remplacer par des sources d'énergie au fonctionnement différent. Afin de trancher le nœud gordien posé par la sortie de ce système captif, il faut alors offrir une visibilité accrue à tous les acteurs du mix électrique.

1) Un système électrique captif du nucléaire

Développée à la fin des années 1980, la théorie du verrouillage technologique (« *technological lock-in* » en anglais) transpose la théorie de l'évolution Darwiniste au monde

²¹⁴² Sur les conséquences de cette canicule sur le secteur énergétique, cf. Sénat, Mission commune d'information, Rapport n° 195, Valérie LÉTARD, Hilaire FLANDRE, Serge LEPELTIER, 3 fév. 2004, pp. 67 – 87.

²¹⁴³ Cf. par exemple, Agnès SINAÏ, « EDF obtient le report des contrôles du réacteur 2 de Tricastin en raison de la vague de froid », *Actu-environnement.com*, 16 jan. 2017, consulté le 17 jan. 2017 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/asn-report-controles-tricastin-28273.php4#xtor=EPR-1>].

²¹⁴⁴ S'agissant de la recherche publique, cf. Sénat, Commission d'enquête sur le coût réel de l'électricité ..., *cit.*, Rapport n° 667, Ladislav PONIATOWSKI, Jean DESESSARD, 11 juil. 2012, pp. 52 – 59 ; s'agissant de la recherche interne à EDF ces dernières années, cf. par exemple Sonja van Renssen, « Jean-Paul Chabard, Scientific Director at EDF's R&D: "Electrical storage is the grail for an electricity producer" », *Energypost*, 8 sept. 2016, consulté le 28 fév. 2017 [<http://energypost.eu/jean-paul-chabard-scientific-director-edfs-rd-electrical-storage-grail-electricity-producer-like-edf/>].

²¹⁴⁵ Cf. par exemple, Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 3^e séance du 1^{er} oct. 2014, « Discussion générale », Julien AUBERT [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150003.asp#P311164>] : « on ne peut pas cumuler une énergie jacobine, nucléaire, centralisée, portée par de grandes entreprises et à la gestion plutôt parisienne, avec un modèle décentralisé et girondin d'énergies vertes décidées par les collectivités locales sans concertation ni mécanisme national de coordination ou d'articulation ».

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

de la technologie. Ainsi, l'avènement d'une technologie dans son secteur n'est pas dû à un hasard mais bien à une trajectoire historique²¹⁴⁶. Cependant, l'accroissement des retours sur investissement de cette technologie risque de verrouiller le système dans son ensemble alors que ses résultats ne sont pas nécessairement meilleurs que ceux d'une technologie différente²¹⁴⁷, notamment dans le cas d'une technologie émergente plus tard et bénéficiant d'innovations postérieures.

Les pouvoirs publics ne sont pas extérieurs à cette émergence technologique pouvant mener à une souveraineté sur un secteur entier. De fait, le verrouillage technologique procède bien souvent d'un verrouillage institutionnel. Selon Gregory Unruh, les institutions et les industriels interagissent pour créer un système qui s'auto-renforce afin d'accroître sa propre valeur. Le rôle de l'Etat est alors essentiel car il permet par son pouvoir normatif de se soustraire au moins en partie aux règles du marché²¹⁴⁸. Le nucléaire n'aurait jamais pu se développer sans cette protection de l'Etat, vu les sommes importantes à investir dans la recherche et les longs délais de retour sur investissement. Tout comme pour les énergies renouvelables bénéficiant ou ayant bénéficié de tarifs d'achat indépendants du marché de l'électricité. D'après le même auteur, ces rapports peuvent être renforcés au-delà de l'outil normatif, par la création de monopoles publics ou d'entreprises détenues majoritairement par l'Etat (à l'instar d'EDF), pouvant ainsi décourager l'innovation dans d'autres technologies mais aussi en réorientant les incitations vers la recherche d'un accroissement de la rente. Le comportement d'aversion au risque (en l'occurrence de panne de courant ou « *black-out* ») oriente également le législateur vers la perpétuation de la technologie dominante au détriment d'alternatives. Enfin, certaines pratiques dues à la proximité entre l'industrie et l'Etat créent un Etat dans l'Etat afin de garder la mainmise sur le système concerné dans son entier²¹⁴⁹.

William Walker renchérit lorsqu'il expose que les systèmes technologiques de grande taille, surtout s'ils sont complexes et demandent de vastes quantités de capital, nécessitent un cadre social sûr, fondé sur des garanties légales, organisationnelles et politiques²¹⁵⁰. Christian Poncet et Jean-Michel Salles dressent également le constat de la nécessité d'une incitation publique *via* la réglementation pour les activités pouvant causer des pollutions environnementales²¹⁵¹, et donc de l'importance du droit (de l'environnement d'abord, de la transition énergétique ensuite, ou concomitamment) dans la prise en compte des externalités des activités de production d'énergie et de leur changement.

²¹⁴⁶ William Brian ARTHUR, « Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Events », *The Economic Journal*, vol. 99, n° 394, mars 1989, p. 128.

²¹⁴⁷ *Ibid.*

²¹⁴⁸ Gregory C. UNRUH, « Understanding carbon lock-in », *Energy Policy*, n° 28, 2000, p. 824.

²¹⁴⁹ *Id.*, p. 825. Pour le cas français et les critiques émises sur les relations entre EDF, le corps des Mines et l'Etat, cf. Mycle SCHNEIDER, « France's great energy debate », *Bulletin of the Atomic Scientists*, vol. 69, pp. 31 – 33.

²¹⁵⁰ William WALKER, « Research Policy, Entrapment in large technology systems: institutional commitment and power relations », *Research Policy*, n° 29, 2000, p. 833.

²¹⁵¹ Christian PONCET, Jean-Michel SALLES, « Les normes constituent-elles des incitations à innover pour les écoindustries ? Une approche en termes de décisions », *Revue d'économie industrielle*, n° 83, 1998, pp. 147 – 148.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Une fois bloqué dans une situation de verrouillage technologique, un secteur (si ce n'est l'ensemble d'une société) suit alors une trajectoire dont il est dépendant (« *path dependance* »). Ce phénomène se réfère à l'inertie exercée par les choix antérieurs contraignant les choix futurs, sur la base de limites autoalimentées, telles le remboursement des coûts d'investissement passés, les retours croissants, l'interconnexion voire interdépendance des technologies et les effets de réseau²¹⁵². Nous avons vu en introduction que cette trajectoire peut être « *hard* », ce qu'elle fut jusqu'à présent, ou « *soft* » ce qu'elle peut devenir avec la transition énergétique²¹⁵³ sous condition d'un droit qui le permette et le promeuve. Afin de sortir de la trajectoire actuelle, le législateur doit se faire violence et adopter les réglementations nécessaires afin d'inciter au développement des nouvelles technologies. Mais s'il n'agit pas du fait de l'inertie évoquée, l'obligation d'action repose alors sur la société civile²¹⁵⁴.

Ce phénomène de verrouillage débouchant sur une dépendance peut se retrouver dans une variété de secteurs, dont par exemple l'agriculture et sa dépendance aux produits phytosanitaires²¹⁵⁵. Il apparaît clairement que dans le secteur de l'électricité, la France subit un verrouillage technologique au profit du nucléaire, autoentretenu par la recherche publique et privée²¹⁵⁶. L'Etat, dans son inertie, garde des réflexes favorables à la perpétuation de cette énergie en France²¹⁵⁷ et de son développement accru à l'étranger²¹⁵⁸. Si ce verrouillage technologique garantit encore l'activité des entreprises du secteur nucléaire pour les décennies à venir, du fait de la prolongation ou du démantèlement des réacteurs²¹⁵⁹, il n'est cependant pas inviolable. En effet, « *l'histoire montre que [les barrières créées pour empêcher l'entrée de nouvelles technologies dans le système] ne peuvent que repousser le moment auquel [la technologie dominante] sera remplacée par de nouvelles technologies dominantes qui résolvent les contradictions environnementales existantes* »²¹⁶⁰.

Le rôle joué par le droit est donc essentiel dans la captivité organisée du système électrique par l'énergie nucléaire, mais aussi afin d'en sortir. Idéalement, le droit de la transition énergétique, s'il était développé en accord tant avec les discours de ses rédacteurs que dans l'idée de respecter ses propres objectifs, devrait jouer le même rôle que la réglementation

²¹⁵² Kathleen ARAUJO, « The emerging field of energy transitions: Progress, challenges, and opportunities », *Energy Research & Social Science*, 2014, p. 118.

²¹⁵³ Cf. Introduction, I) B) 1).

²¹⁵⁴ Gregory C. UNRUH, « Escaping carbon lock-in », *Energy Policy*, n° 30, 2002, p. 323. Cf. les développements sur le rôle du citoyen dans la transition, Partie 2, titre 2, chap. 2.

²¹⁵⁵ Jean-Marc MEYNARD, « Pourquoi certains progrès subissent un verrouillage technologique », *Agrapresse.fr*, 20 mai 2013, consulté le 1^{er} mars 2017 [<http://www.agrapresse.fr/pourquoi-certains-progrs-subissent-un-verrouillage-technologique-art357099-30.html>].

²¹⁵⁶ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, II) A) 2) a).

²¹⁵⁷ Ainsi que le montre l'absence de décision sur la fermeture de réacteurs nucléaires dans la PPE.

²¹⁵⁸ Cour des comptes, « La stratégie internationale d'EDF », nov. 2015, p. 54 : « *Le développement de l'industrie nucléaire française à l'étranger est demeuré un objectif constant des pouvoirs publics comme d'EDF, voire un objectif renforcé par la perspective d'une réduction-plafonnement des capacités nationales* ».

²¹⁵⁹ Joseph SZARKA, « From exception to norm – and back again? France, the nuclear revival, and the post-Fukushima landscape », *Environmental Politics*, vol. 22, n° 44, 2013, p. 660.

²¹⁶⁰ Gregory C. UNRUH, « Understanding carbon lock-in », *cit.*, 2000, p. 828.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

applicable au développement du nucléaire dans les années 1970 à 1990 : un critère *sine qua non* par sa grande stabilité, prévisibilité et son attitude favorable à ce mouvement²¹⁶¹.

Le devoir des pouvoirs publics est dans tous les cas, et quelle que soit l'époque, de maintenir des options extérieures en développement afin de pouvoir changer de technologie si une émergente est prouvée meilleure pour la sécurité du système énergétique, la sûreté publique et l'environnement²¹⁶². Mais surtout, ce sont des outils de droit qui permettront d'accompagner la transition d'une technologie à une ou plusieurs autres à condition « *d'élaborer un calendrier d'échéances permettant le déploiement progressif de stratégies d'innovation technologique, car la mise en place fréquente, sans annonce préalable, de réglementation dont le coût économique est élevé tend à stériliser les démarches innovantes* »²¹⁶³. La question de la prévisibilité du droit est donc à nouveau posée.

2) Le besoin accru de visibilité pour sortir de l'impasse

Un système électrique fortement dépendant d'une seule technologie est par nature plus risqué qu'un système plus diversifié. En France, la découverte d'un vice de conception en série dans certaines pièces centrales des réacteurs nucléaires en menace ainsi 18 des 58 en fonctionnement²¹⁶⁴, soit une part non négligeable de notre production électrique si ils devaient s'arrêter, et une somme qu'il ne serait certainement pas possible de compenser dans les mois ou années qui suivent, rendant donc le pays dépendant des importations et à la merci d'une panne généralisée. C'est pourquoi il est essentiel d'adopter un mécanisme de diversification de la production électrique basé sur la prévisibilité pour tous les acteurs (industriels et population). Pour ce faire, certains pays européens offrent des exemples de politique de sortie du nucléaire sur le long terme aptes à nous éclairer sur la mise à l'arrêt de réacteurs.

a) Différentes stratégies étrangères pour anticiper une sortie du nucléaire

Les réacteurs nucléaires ont été construits dès l'origine afin de fonctionner plusieurs décennies durant et les Etats, afin de leur apporter une sécurité d'investissement, leur ont attribué dès le début des licences d'exploitation, soit limitées dans le temps mais d'au moins 40 ans²¹⁶⁵, soit illimitées dans le temps, comme en France ou en Suisse²¹⁶⁶. Cependant, les accidents nucléaires majeurs qui se sont produits dans le monde (*Three Mile Island*, USA,

²¹⁶¹ Cf. Introduction, I) B) 1).

²¹⁶² Cécile PATRIS, Françoise WARRANT, Gérard VALENDUC, « L'innovation technologique au service du développement durable », Fondation Travail-Université asbl, Centre de recherche Travail & Technologies, fév. 2001, p. 50

²¹⁶³ *Id.*, p. 24, en référence au document de préparation du XI^e plan du Commissariat général au Plan, Christian STOFFAËS, *L'économie face à l'écologie*, La Découverte, Paris, 1993.

²¹⁶⁴ Philippe COLLET, « Défauts de la cuve EPR : les experts s'inquiètent depuis 2006 », *Actu-environnement.com*, 7 juil. 2016, consulté le 14 juil. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/hctisn-historique-cuve-epr-asn-areva-edf-27168.php4#xtor=EPR-1>].

²¹⁶⁵ Comme aux USA, cf. Assemblée nationale, Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Rapport n° 2233 sur le coût de la fermeture anticipée de réacteurs nucléaires : l'exemple de Fessenheim, Marc GOUA, Hervé MARITON, 30 sept. 2014, p. 14.

²¹⁶⁶ Céline ZUBER-ROY, « Le cadre législatif suisse relatif à la fermeture des centrales nucléaires et à la gestion des déchets radioactifs », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} juil. 2015, p. 260.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

1979 ; *Tchernobyl*, Ukraine, 1986 ; *Fukushima*, Japon, 2011) ont systématiquement influencé les politiques de sortie du nucléaire, de manière précipitée après un accident ou sur le long terme. Les pays étudiés ci-après – Suisse, Suède, Belgique et Allemagne – partent tous de contextes différents, et ont tous emprunté des chemins différents dans leur décision de sortie du nucléaire. Ils s'efforcent néanmoins tous d'apporter de la prévisibilité à leur programme de transition.

Suite à la catastrophe de *Fukushima*, la confédération helvétique a décidé rapidement d'opter pour l'abandon progressif de cette technologie une fois que les réacteurs auront atteint 50 ans²¹⁶⁷. Sachant que la construction des 5 réacteurs en fonctionnement s'est étalée sur 15 ans, leur fermeture peut s'appuyer sur un mécanisme lié à l'âge des réacteurs. En effet, leur fermeture sera naturellement échelonnée de 2019 à 2034 et permettra de trouver des moyens de compenser leur production pas à pas. L'interdiction de construire de nouveaux réacteurs a d'ailleurs été approuvée par le Parlement le 30 septembre 2016²¹⁶⁸.

La Suède et la Belgique, pour leur part, ont prévu une sortie du nucléaire longtemps à l'avance, mais se sont retrouvées au pied du mur lorsque l'échéance a été atteinte et que le système électrique n'avait pas engagé une transition suffisante.

En Suède, l'accident de *Three Miles Island* secoua fortement le paysage politique de l'époque à propos du nucléaire²¹⁶⁹ et mena à un referendum en 1980 aboutissant à la programmation de la sortie du nucléaire en 2010 par une limitation de la durée de vie des réacteurs à 25 ans²¹⁷⁰. Si 30 ans ont ainsi été laissés afin de prévoir la construction d'autres sources de production d'électricité, en 2009, le pays en produisait toujours plus de 40% *via* l'atome. Cette année-là, le moratoire sera donc levé et de nouveaux réacteurs pourront être construits uniquement pour remplacer les anciens, sur le même site²¹⁷¹. C'est donc une sortie prévue longtemps à l'avance mais échouée. Ce type de cas laisse à penser que la loi a fixé un objectif sans donner les moyens de l'atteindre. Ce qui n'est pas sans rappeler un constat dressé de nombreuses fois dans ce travail concernant le droit de la transition énergétique²¹⁷² et qui risque donc de se produire également dans l'Hexagone, les mêmes causes produisant les mêmes conséquences.

²¹⁶⁷ Même s'il n'est pas exclu que cette durée soit allongée à 60 ans selon les conditions de sécurité. Cf. *Swissinfo.ch*, « La Suisse pourrait sortir du nucléaire d'ici 2034 », 25 mai 2011, consulté le 1^{er} mars 2017 [<http://www.swissinfo.ch/fre/la-suisse-pourrait-sortir-du-nucl%C3%A9aire-d-ici-2034/30316296>].

²¹⁶⁸ Lucie MONNAT, « Les exploitants d'usines nucléaires n'en veulent de nouvelles », *Tribune de Genève*, 13 oct. 2016, consulté le 1^{er} mars 2017 [<http://www.tdg.ch/suisse/exploitants-usines-nucleaires-nen-veulent-nouvelles/story/30203150>].

²¹⁶⁹ Daniel NOHRSTEDT, « External shocks and policy change: Three Mile Island and Swedish nuclear energy policy », *Journal of European Public Policy*, vol. 16, n° 6, 2005, pp. 1041 – 1059.

²¹⁷⁰ Olivier TRUC, « La Suède lève son moratoire sur la construction de centrales nucléaires », *Le Monde*, 6 juin 2009, consulté le 1^{er} mars 2017 [http://www.lemonde.fr/europe/article/2009/02/06/la-suede-leve-son-moratoire-sur-la-construction-de-centrales-nucleaires_1151702_3214.html].

²¹⁷¹ *Ibid.*

²¹⁷² Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, I) B) 2) b) ; Partie 2, titre 1, chap. 2, conclusion ; etc.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

En Belgique, une loi du 31 janvier 2003 décida de la fermeture des 7 réacteurs nucléaires existants à l'atteinte de leurs 40 ans, soit entre 2015 et 2025²¹⁷³. Cependant, à l'approche des premières échéances, les réacteurs les plus anciens ont été prolongés de 10 ans en 2013 et 2015. Au final, le royaume d'outre-Quévrain se retrouve dans une situation plus complexe encore suite à ces extensions de dernier recours. En effet, alors que la part du nucléaire dans la production d'électricité y représentait 37,5% en 2015²¹⁷⁴, l'ensemble de ces réacteurs devrait être arrêté entre 2022 et 2025²¹⁷⁵, obligeant à remplacer à un rythme insoutenable leur production par d'autres sources. Une commission d'experts avait pourtant proposé en 2009 un mécanisme permettant d'échelonner cette transition, en prolongeant la durée de vie des 3 anciens réacteurs de 10 ans et des 4 plus récents de 20 ans²¹⁷⁶. Un tel mécanisme, finalement non adopté, permettait au moins de fixer des échéances de long terme et réalistes quant au remplacement des capacités de production. Ce cas nous rappelle également certains doutes soulignés dans les chapitres précédents de nos travaux, en particulier concernant l'objectif de réduction du nucléaire dans le mix électrique à 50% en 2025²¹⁷⁷. La question des outils de planification de cette évolution fera l'objet de plusieurs paragraphes ci-après.

Enfin, le cas de l'Allemagne présente probablement le plus emblématique en termes de sortie du nucléaire pensée, réclamée puis organisée sur le long terme. Le 25 juillet 2002, suite à des négociations entre le Gouvernement et les producteurs d'électricité nucléaire, la loi de 1959 encadrant cette énergie en Allemagne a été modifiée²¹⁷⁸. Il en résulte qu'aucune nouvelle centrale ne sera construite et que les réacteurs existants disposeront d'un quota limité de production. Ces quotas représentant une moyenne de 32 ans de fonctionnement pour chaque réacteur mais sont transférables entre eux²¹⁷⁹. Ce mécanisme est fondé sur une logique de long terme et est empreint d'une sécurité juridique forte. C'est d'ailleurs pour cette raison que la négociation a pu aboutir et que les industriels ont adapté leurs plans en fonction. Mais un double évènement chamboula ces plans et réduisit à néant la prévisibilité acquise. Fin 2010, une nouvelle modification de la loi de 1959 augmenta les quotas de production, avec pour effet d'étendre la durée de vie des réacteurs de 8 à 14 ans selon leur âge²¹⁸⁰. A peine quelques mois plus tard, Fukushima devenait tristement célèbre et le gouvernement allemand faisait machine arrière, rétablissant les quotas de production précédents et décrétant une sortie totale

²¹⁷³ Belgique, Loi sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité, 31 jan. 2003.

²¹⁷⁴ Fédération Belge des Entreprises Electriques et Gazières, « Statistiques électricité - Production, consommation et capacités de production d'électricité en Belgique - Production d'électricité nette en Belgique pour l'année 2015 », *FEPEG*, consulté le 1^{er} mars 2017 [<https://www.febeg.be/fr/statistiques-electricite>].

²¹⁷⁵ Belgique, Loi sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité, 31 jan. 2003, art. 4, § 1^{er}.

²¹⁷⁶ Groupe GEMIX, « Quel mix énergétique idéal pour la Belgique aux horizons 2020 et 2030 ? », 30 sept. 2009, p. 13, pt. 1.4.4 [http://economie.fgov.be/fr/modules/publications/general/quel_mix_energetique_ideal_pour_la_belgique.jsp].

²¹⁷⁷ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II) B) 2) b).

²¹⁷⁸ Gerd WINTER, « L'ascension et la chute de l'utilisation de l'énergie nucléaire en Allemagne : les processus, les explications et le rôle du droit », *RJE*, vol. 2, 2014, p. 236.

²¹⁷⁹ *Ibid.*

²¹⁸⁰ *Id.*, p. 237.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

du nucléaire pour 2022²¹⁸¹. Le problème est qu'entre temps, les opérateurs avaient pu réaliser des investissements importants sur les réacteurs ayant bénéficié d'une extension et se sont donc retournés contre l'Etat allemand afin d'obtenir réparation pour les pertes causées par cette volte-face²¹⁸².

Ces différents exemples montrent à quel point il peut être difficile de mener une politique de long terme face à la volatilité de l'opinion publique lorsque des catastrophes nucléaires se produisent. Partant, il est impératif que le législateur mette en place les conditions pour que l'Etat ne soit pas dépendant dans une mesure trop importante d'une énergie sensible aux événements tant externes (ex : accident à l'étranger) qu'internes (ex : malfaçon technique générique) comme le nucléaire mais surtout de prévoir cette diversification sur le long terme et de donner les moyens nécessaires à l'accomplissement de la tâche fixée.

b) Un besoin urgent de visibilité afin d'anticiper la fin de vie de 58 réacteurs

Les cas étudiés ci-dessus révèlent les difficultés de fournir un cadre juridique de long terme à la fois prévisible et efficace pour organiser la sortie du nucléaire, dans des pays n'étant pas autant dépendants de l'atome que la France. L'ampleur de la tâche pour la seule réduction de la part du nucléaire dans le mix électrique d'un tiers est donc considérable. Les périls s'additionnant comptent alors le mur d'investissement, les choix à faire pour le démantèlement ou la prolongation des réacteurs et les conséquences en termes de provisionnement et d'essor des énergies renouvelables, mais aussi les risques de surcapacités et de chute des prix. L'ensemble de ces éléments plaide donc pour l'élaboration d'un mécanisme de valeur légale clair, fiable et prévisible.

Les réacteurs nucléaires français actuellement en fonctionnement ont été construits en série et souvent concomitamment, sur une période réduite. A titre d'exemple, en seulement 16 ans, de 1978 à 1994, 54 réacteurs ont été mis en service. 4 de plus complèteront le tableau en 2000 et 2002. Pour la seule année 1981, ce sont 8 réacteurs qui sont accouplés au réseau²¹⁸³. Dès lors, si le législateur fixe une durée maximale de fonctionnement, cela voudra dire qu'il faudra compenser la production de plusieurs GW de capacité installée chaque année durant plus d'une décennie²¹⁸⁴, réclamant des efforts très importants de réduction de la consommation et de mise en service d'autres moyens de production. Afin d'éviter de se retrouver au pied du mur – pour ne pas dire, de la falaise – il est donc impératif de lancer le plus tôt possible de telles mesures de relai mais surtout d'avoir un calendrier précis de fermeture des installations nucléaires. Que l'approche du législateur ou du pouvoir réglementaire soit celle de la prolongation de la durée de vie ou celle du démantèlement et du remplacement par d'autres réacteurs nucléaires ou des énergies alternatives, le mur d'investissement est élevé et réclame

²¹⁸¹ *Id.*, p. 238.

²¹⁸² Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, II) A) 2) b).

²¹⁸³ Assemblée nationale, Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Rapport n° 3952 sur la situation du groupe Électricité de France et de la filière nucléaire, Marc GOUA, Hervé MARITON, 13 juil. 2016, pp. 34 – 35, tableau.

²¹⁸⁴ Andreas RÜDINGER *et al.*, « La transition du système électrique français à l'horizon 2030 - Une analyse exploratoire des enjeux et des trajectoires », Institut du développement durable et des relations internationales (IDDRI), 17 fév. 2017, p. 15, fig. 9.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

également de la prévisibilité. Afin de donner une idée, pour la prolongation de l'ensemble du parc nucléaire actuel, il est estimé par la Cour des comptes à 100 milliards d'€²⁰¹³ entre 2014 et 2030²¹⁸⁵. Quant aux coûts de démantèlement des réacteurs existants et de construction de réacteurs EPR en remplacement, ils restent très incertains²¹⁸⁶.

Or, plusieurs rapports parlementaires transpartisans ont dénoncé l'absence de visibilité²¹⁸⁷, « *le dilatoire [qui] ne peut être considéré comme satisfaisant* »²¹⁸⁸, du droit de la transition énergétique sur ce cas précis. Et cette impréparation risque d'entraîner toute une série de réactions amenant à subir la transition plutôt qu'à la choisir. EDF risque d'investir de fortes sommes à perte si au final ses réacteurs ne sont pas prolongés au-delà de 40 ans²¹⁸⁹. Si la prolongation a finalement lieu pour tous ou presque tous les réacteurs nucléaires, alors cela risque de perpétuer les surcapacités actuelles au niveau européen et d'alimenter une chute des prix nocive pour tous les producteurs²¹⁹⁰. Si les choix sont repoussés comme ils le sont actuellement par la PPE à l'échéance de sa prochaine version, c'est-à-dire 2023, la France se retrouvera dans une situation similaire à celle de la Belgique en devant fermer une part importante de ses capacités de production en seulement 2 ans, ou alors renoncer clairement à l'atteinte de l'objectif dont dispose l'article L. 110-4, I, 5° du Code de l'énergie. Dans le premier cas de figure, les surcoûts entraînés seraient alors massifs en plus de rendre irréaliste cette perspective²¹⁹¹. Dans le même temps, il est impératif de prévoir des courbes de progression de l'électricité renouvelable et de diminution de la demande en fonction de la baisse du nucléaire afin de gérer correctement ce changement majeur et rapide du système électrique français. Dans le deuxième cas de figure, c'est confirmer ouvertement que l'article 1^{er} de la loi de transition énergétique, celui qui définit ses ambitions et partant permet d'apporter une certaine sécurité à la transition énergétique en en décrivant les étapes²¹⁹², n'a pas le moindre commencement d'une valeur juridique. Ce qui en soi ne serait pas une surprise²¹⁹³, mais affaiblirait plus encore la partie non purement technique de ce droit.

²¹⁸⁵ Cour des comptes, « Rapport public annuel 2016 – La maintenance des centrales nucléaires : une politique remise à niveau, des incertitudes à lever », 10 fév. 2016, p. 123.

²¹⁸⁶ Pour le démantèlement : cf. Assemblée nationale, Mission d'information relative à la faisabilité technique et financière du démantèlement des installations nucléaires de base, Rapport n° 4428, Julien AUBERT, Barbara ROMAGNAN, 1^{er} fév. 2017, pp. 49 – 52. Pour la construction des réacteurs EPR : cf. Assemblée nationale, Commission d'enquête relative aux coûts passés, présents et futurs de la filière nucléaire, à la durée d'exploitation des réacteurs et à divers aspects économiques et financiers de la production et de la commercialisation de l'électricité nucléaire, dans le périmètre du mix électrique français et européen, ainsi qu'aux conséquences de la fermeture et du démantèlement de réacteurs nucléaires, notamment de la centrale de Fessenheim, Rapport n° 2007, François BROTTES, Denis BAUPIN, 5 juin 2014, p. 96.

²¹⁸⁷ Assemblée nationale, Commission des finances ..., Rapport n° 3952 sur la situation du groupe Électricité de France ..., cit., Marc GOUA, Hervé MARITON, 13 juil. 2016, p. 26.

²¹⁸⁸ Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET et al., 26 oct. 2016, p. 235.

²¹⁸⁹ Andreas RÜDINGER et al., « La transition du système électrique français à l'horizon 2030 - Une analyse exploratoire des enjeux et des trajectoires », IDDRI, 17 fév. 2017, p. 17.

²¹⁹⁰ Géraud GUIBERT et al., « La loi de 2015 sur la transition énergétique : Des objectifs ambitieux, une mise en œuvre pour le moment décevante », La Fabrique Ecologique, juin 2016, p. 7.

²¹⁹¹ Andreas RÜDINGER et al., « La transition du système électrique français ... », cit., 17 fév. 2017, p. 1, 29.

²¹⁹² Afin d'éclairer le « *mouvement vers l'ailleurs* », cf. Introduction, I) A) 2).

²¹⁹³ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 2, I) chapeau.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Le résultat actuel de l'absence de prévisibilité de la PPE sur la diminution du nucléaire mène d'ores et déjà à une politique dite du fait accompli. EDF a en effet entamé d'importants travaux de rénovation de certains réacteurs ayant dépassé les 30 ans²¹⁹⁴, véritable camouflet pour la normativité du droit de la transition énergétique dont l'article d'ouverture de la loi-phare n'a ici même pas l'ombre portée de la sanction du droit souple²¹⁹⁵.

Face à ce manque de visibilité offert par la PPE sur le nucléaire, la loi de transition énergétique ne semble pas avoir prévu d'outils adaptés pour permettre à la puissance publique de piloter la transition du parc nucléaire.

B) L'incapacité du droit de la transition énergétique à garantir la réduction de la part du nucléaire

En dépit des déclarations de certains députés durant l'élaboration de la loi de transition énergétique, il semble manifestement exagéré de parler d'un renforcement « *significatif* [des] *instruments de pilotage des capacités de production nucléaire* »²¹⁹⁶ ou de l'acquisition « *d'outils indispensables* »²¹⁹⁷ à la poursuite du même but. Trois ans plus tard, l'Assemblée nationale reconnaîtra que la loi de transition énergétique « *ne bouleverse pas [...] les conditions de fonctionnement des centrales nucléaires* »²¹⁹⁸. En 2012, maître Gossement soulignait que le droit alors en vigueur, pré-droit de la transition énergétique, ne permettait pas à l'Etat d'ordonner la fermeture d'un réacteur sans demande de son exploitant, à part pour un motif de sûreté nucléaire²¹⁹⁹. Il y a fort à craindre que la loi de transition énergétique n'ait pas changé ce postulat.

1) Plafonnement, plan stratégique et commissaire du gouvernement, des mesures d'évitement ?

Les mesures issues de l'article 187 de la loi de transition énergétique devant fournir à l'Etat les outils de sa politique énergétique de diminution du nucléaire inscrite aux articles L. 100-1 à -4 du Code de l'énergie sont au nombre de trois. Si le plan stratégique et le commissaire du Gouvernement feront l'objet des développements ci-dessous, la disposition plafonnant la capacité nucléaire installée à 63,2 GW²²⁰⁰ ne porte pas à débat par elle-même depuis sa

²¹⁹⁴ EDF, « Le grand carénage lancé à la centrale de Paluel », *L'énergie en questions*, 2 juin 2015, consulté le 2 mars 2017 [<https://www.lenergieenquestions.fr/le-grand-carenage-lance-a-la-centrale-de-paluel/>]; Justine DEMADE PELLORCE, « 2016 : an 1 du "grand carénage" », *La Semaine*, 8 mars 2016, consulté le 2 mars 2017 [<http://www.lasemaine.fr/2016/03/03/2016--an-1-du-grand-carenage>].

²¹⁹⁵ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 2.

²¹⁹⁶ Assemblée nationale, Commission des finances ..., Rapport n° 2233 sur le coût de la fermeture anticipée de réacteurs nucléaires ..., *cit.*, Marc GOUA, Hervé MARITON, 30 sept. 2014, p. 7.

²¹⁹⁷ Assemblée nationale, Première lecture du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, 2^e séance du 1^{er} oct. 2014, « Présentation », Denis BAUPIN, [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150002.asp#P310181>].

²¹⁹⁸ Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 ..., *cit.*, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016, p. 235.

²¹⁹⁹ Arnaud GOSSEMENT, « Le Président de la République a-t-il le droit de fermer la centrale de Fessenheim ? », *Gossement Avocats*, 10 oct. 2012, consulté le 2 mars 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2012/10/08/francois-hollande-a-t-il-le-droit-de-fermer-la-centrale-de-f.html>].

²²⁰⁰ Codifiée à l'art. L. 311-5-5 du Code de l'énergie.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

validation par le Conseil constitutionnel²²⁰¹. Si les effets sur le droit à la propriété privée seront traités dans le II de cette section, il peut d'ores et déjà être précisé que cette disposition n'est que la traduction juridique de l'engagement politique de fermeture de Fessenheim en échange de l'ouverture de l'EPR de Flamanville. Il ne constitue en aucun cas un mécanisme général de fermeture des réacteurs nucléaires en fonction des objectifs de la transition énergétique. Sur ce point comme sur les deux autres à suivre, cette mesure semble davantage éviter le sujet plutôt que de s'y confronter.

a) Le plan stratégique, délégation de politique énergétique de l'Etat à EDF

Le nouvel article L. 311-5-7 al. 1^{er} du Code de l'énergie dispose que « [t]out exploitant produisant plus du tiers de la production nationale d'électricité » (soit EDF), réalise un plan stratégique. Ce plan contient les actions prévues par cet exploitant « pour respecter les objectifs de sécurité d'approvisionnement et de diversification de la production d'électricité » de la première PPE. L'alinéa 2 du même article précise que c'est ce plan qui déterminera les variations du parc nucléaire afin de donner forme aux objectifs de la PPE. Il est également précisé que ce plan optimise les conséquences économiques et financières et les impacts sur la sécurité d'approvisionnement et le réseau. Il doit néanmoins s'appuyer sur le dernier bilan prévisionnel de RTE en date, ce qui garantit que la stagnation actuelle de la consommation d'électricité soit prise en compte et éviter ainsi toute fuite en avant²²⁰². Selon les alinéas 3 et 4, le plan est soumis au ministre en charge de l'énergie dans les 6 mois suivant l'adoption de la PPE et celui-ci en vérifie la compatibilité avec la programmation, sous peine de devoir en élaborer une nouvelle mouture. Enfin, l'alinéa 5 dispose que l'exploitant rende compte annuellement de la mise en œuvre du plan et de sa contribution aux objectifs de la PPE devant les commissions permanentes du Parlement en charge de l'énergie, du développement durable et des finances. Cette dernière disposition permet ainsi de reproduire le modèle de la commission spéciale créée pour l'examen du projet de loi de transition énergétique²²⁰³ afin de maintenir une analyse interdisciplinaire sur ce sujet, un trait positif du droit de la transition énergétique. Il est cependant à noter que par cette disposition, le Parlement sera mieux informé du suivi de ce plan stratégique que de la PPE elle-même, faisant l'objet d'un rapport « déposé dans les six mois précédant » son échéance²²⁰⁴. De là à dire que les enjeux essentiels de la politique énergétique sont délégués à EDF, il n'y a qu'un pas. Mais surtout, ce manque de suivi du Parlement ne saurait le doter des informations nécessaires à l'œuvre permanente et tous azimuts de la création du droit de la transition énergétique, comme nous l'avons vu²²⁰⁵. C'est le risque de marginaliser plus encore le

²²⁰¹ CC, 13 août 2015, déc. n° 2015-718 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, cons. 55 – 60.

²²⁰² Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II) B) 2) b).

²²⁰³ Cf. Assemblée nationale, « Composition de la commission spéciale pour l'examen du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte », 7 oct. 2015, consulté le 3 mars 2017 [http://www2.assemblee-nationale.fr/instances/fiche/OMC_PO702808].

²²⁰⁴ C. Ener., art. L. 100-4, II.

²²⁰⁵ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Parlement dans ce processus, au profit du pouvoir exécutif, et à l'encontre de ce qui avait été annoncé sur la co-production du droit de la transition énergétique²²⁰⁶.

Plusieurs critiques peuvent être émises à l'égard de ce plan stratégique, sorte de PPE nucléaire dans la PPE. Premièrement, du fait du retard d'adoption du décret PPE, n'ayant eu lieu que le 27 octobre 2016²²⁰⁷, le plan n'a été soumis au ministère en charge de l'énergie qu'en avril 2017, pour être, à la surprise générale, renvoyé pour manque de respect des objectifs de la PPE par un courrier de la ministre Ségolène Royal²²⁰⁸. Il semble donc que si l'exécutif souhaite faire appliquer les objectifs légaux du droit de la transition énergétique, EDF ne s'estimait pas pleinement lié par ceux-ci. Deuxièmement, le plan stratégique ne doit qu'être compatible et non conforme à la programmation²²⁰⁹. Il doit donc se limiter à ne pas remettre en cause les choix fondamentaux d'un document déjà peu précis s'agissant du nucléaire²²¹⁰. Il est alors à craindre que l'objectif de la PPE sur l'énergie nucléaire et spécifiquement sur les échéances 2023 (-10 à -65 TWh) et 2025 (50% de l'électricité d'origine nucléaire) soit encore dilué. A noter que dans le courrier de la ministre il est précisé que « [l]es conditions ne sont ainsi pas réunies pour que l'Etat puisse constater la compatibilité » du plan avec la PPE, ce qui laisse augurer de son contenu. Troisième et principale critique, sont à déplorer la méthodologie employée pour l'élaboration de ce plan tout comme les critères qui l'encadrent. Tout d'abord, EDF n'aurait pas dû se voir confier la responsabilité de rédiger seule ce plan stratégique, dont on a vu le premier résultat. Le faire en coordination avec le ministère en charge de l'énergie, des experts extérieurs reconnus pour leur compétence mais pas nécessairement attachés à tout prix à une prolongation des centrales nucléaires²²¹¹, ou encore et surtout, le comité des experts de la transition énergétique, qui travaille déjà sur la PPE, serait un choix judicieux. Cela permettrait probablement de mieux prendre en compte la sûreté nucléaire sur le long terme et l'utilité sociale de la prolongation de certains réacteurs tout comme la capacité à les remplacer par d'autres énergies. Ensuite, les critères enserrant l'élaboration du plan sont limités à des aspects économiques et techniques. Or, les impacts sociaux et environnementaux devraient également être pris en compte²²¹². L'Etat étant garant de ces aspects, il y aurait naturellement sa place. Quatrième et dernière critique, la loi ne semble pas parer à une potentielle situation de blocage. Si le plan proposé par EDF est rejeté, ce qui s'est produit, un nouveau doit être élaboré, et ainsi de suite, sans que soit donné à l'Etat le dernier mot si aucun plan satisfaisant n'émerge, alors qu'il est censé prévoir les actions d'ici à fin 2018 et que nous sommes déjà à

²²⁰⁶ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, II) A) 2).

²²⁰⁷ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie.

²²⁰⁸ Batiweb, « EDF encouragé à modifier son plan stratégique », 5 mai 2017, consulté le 2 juil. 2017 [<http://www.batiweb.com/actualites/vie-des-societes/edf-encourage-a-modifier-son-plan-strategique-05-2017-30431.html>].

²²⁰⁹ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, I) B) 2) b).

²²¹⁰ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II) B) 2) b).

²²¹¹ Par exemple, certains membres de Global Chance, tels Bernard LAPONCHE ou Benjamin DESSUS.

²²¹² Par exemple, la fermeture de la centrale de Fessenheim, bien qu'ouvrant la voie à une activité toujours conséquente de démantèlement, aura un impact social local. De même, en matière environnementale, certaines centrales ayant déjà connu des incidents devraient être prioritaires dans l'hypothèse d'un calendrier de fermetures. Cf. un témoignage de ce risque pour les « perdants » de la transition : Philippe VESSERON, « Transition énergétique : n'oublions pas les perdants ! », *Le Monde*, édition papier du 29 juin 2017.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

mi-2017. Il est bien prévu qu'en son absence le commissaire du Gouvernement vu ci-après puisse toujours agir, mais rien de plus.

Le droit de la transition énergétique a donc ici produit un mécanisme de planification du respect de ses propres objectifs en matière de réduction du nucléaire complètement inapte à fonctionner. Toutefois, le législateur en est le premier responsable, tant il est évident qu'EDF allait suivre son intérêt financier direct et que des outils non coercitifs ne sauraient être recommandés dans un tel cas de figure. Quant au rôle de l'Etat, actionnaire majoritaire d'EDF, il ne semble clairement pas être stratège, vu qu'il a permis qu'un plan insatisfaisant lui soit soumis²²¹³. Nous verrons que ce n'est pas le seul cas dans lequel l'Etat actionnaire se comporte de manière incohérente²²¹⁴.

b) Le commissaire du Gouvernement, mise sous tutelle ou aveu d'échec de l'Etat stratège ?

Ainsi que le rappelle Pierre Sablière, l'Etat a disposé d'un commissaire du Gouvernement au conseil d'administration d'EDF durant quasiment toute son existence en tant qu'établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC)²²¹⁵. S'ensuivra après la transformation d'EDF en société anonyme²²¹⁶ une période de 2004 à 2012 sans qu'un commissaire du Gouvernement ne soit nommé. Puis, par décret du 23 mars 2012, cette option est ouverte afin d'exercer un rôle d'observation, d'information, de proposition et si nécessaire d'alerte concernant les missions de service public de l'ex-monopole public²²¹⁷. Il ne disposait donc d'aucun pouvoir de contrainte, ce qui a changé avec les alinéas 6 et 7 de l'article L. 311-5-7 du Code de l'énergie.

Selon ces dispositions, le commissaire du Gouvernement est là encore « *placé auprès de tout exploitant produisant plus du tiers de la production nationale d'électricité* », donc d'EDF. Il « *est informé des décisions d'investissement et peut s'opposer à une décision dont la réalisation serait incompatible avec les objectifs du plan stratégique* » ou de la PPE si celui-ci n'existe pas. Le dernier alinéa de l'article concerné précise finalement que « *[s]i cette opposition est confirmée par le ministre chargé de l'énergie, la décision ne peut être appliquée sans révision du plan stratégique dans les mêmes conditions que pour son élaboration initiale* ».

²²¹³ EDF, « Examen par le Conseil d'administration d'EDF du plan stratégique déclinant la première période de la Programmation Pluriannuelle de l'Energie (PPE) », 6 avr. 2017, consulté le 2 juil. 2017 [<https://www.edf.fr/groupe-edf/espaces-dedies/journalistes/tous-les-communiques-de-presse/examen-par-le-conseil-d-administration-d-edf-du-plan-strategique-declinant-la-premiere-periode-de-la-programmation-pluriannuelle-de-l-energie-ppe>].

²²¹⁴ Et comme nous l'avons déjà évoqué, Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2, II) B) 2) chapeau

²²¹⁵ Pierre SABLIERE, « Le pilotage de la production d'électricité dans la loi de transition énergétique », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, oct. 2015, dossier 7, p. 6.

²²¹⁶ Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, art. 24.

²²¹⁷ Décret n° 2012-406 du 23 mars 2012 modifiant le décret n° 2004-1224 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Electricité de France.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

M. Sablière parle alors de tutelle qu'exercerait l'Etat sur EDF du fait de la combinaison du plan stratégique et du commissaire du Gouvernement pour le faire respecter²²¹⁸. Pour notre part, le terme nous paraît exagéré, et ce pour deux raisons. La première, c'est qu'au vu de la définition retenue dans le Code civil, nous pourrions davantage parler de curatelle, sachant que le plan et le commissaire vont au mieux participer d'un contrôle « *dans les actes importants* », mais certainement pas d'une représentation d'EDF par l'Etat²²¹⁹. De plus, et cela nous amène à la seconde raison, il n'y a en réalité qu'une faible probabilité que l'Etat exerce une action contraignante sur les activités d'EDF. En effet, alors qu'il dispose de près de 85% de son capital²²²⁰, « *le vrai raté de l'Etat actionnaire, c'est le domaine de l'énergie, avec une approche de court terme* »²²²¹. Dans les faits, ainsi que le rappelle un rapport parlementaire de 2016 et que nous l'avons évoqué sur différents aspects de la politique énergétique²²²², l'Etat se caractérise par « *une certaine schizophrénie* »²²²³, que nous préférons qualifier d'indécision et d'ambivalence. Cette politique souffre en effet de « *l'absence d'un réel arbitrage entre les exigences d'une politique énergétique de long terme stratégique, la couverture des besoins financiers de l'Etat actionnaire et la recherche d'une préservation du pouvoir d'achat* »²²²⁴. La Cour des comptes va plus loin et pointe clairement du doigt un « *souci dominant du dividende* »²²²⁵. En conséquence, nous pouvons soit parler d'une contrainte effective de l'Etat actionnaire à la recherche de dividendes maximisés tout en cherchant à maintenir des prix de l'électricité relativement bas, soit d'une contrainte ineffective d'un Etat stratège en charge d'une transition énergétique à laquelle il ne souhaite pas réellement se confronter. Le pouvoir exécutif étant à la fois l'auteur du projet de loi de transition énergétique, qui a bénéficié d'un examen limité des députés²²²⁶, le rédacteur d'une PPE floue et en retard²²²⁷, l'actionnaire-majoritaire d'EDF et celui qui validera l'opposition éventuelle de son commissaire à une décision de cette société concernant le respect de la PPE, il semblerait que les dispositions du droit de la transition énergétique attachées à la réduction du nucléaire tiennent du vaste conflit d'intérêt et d'un système inefficace.

Partant, il serait presque surprenant de voir l'Etat s'opposer *via* son commissaire à des investissements dans le cadre de la prolongation des réacteurs, alors qu'il s'impose tout d'abord de savoir lesquels il faut se résoudre à fermer.

En complément de ces mesures, si les critères d'autorisation des installations nucléaires de base ont été revus – presque – pour le meilleur, l'occasion a été manquée de les transposer aux critères de mise à l'arrêt de telles installations.

²²¹⁸ Pierre SABLIÈRE, « Le pilotage de la production d'électricité ... », *cit.*, oct. 2015, p. 5.

²²¹⁹ Art. L. 440 du Code civil.

²²²⁰ Assemblée nationale, Commission des finances ..., Rapport n° 3952 sur la situation du groupe Électricité de France ..., *cit.*, Marc GOUA, Hervé MARITON, 13 juil. 2016, p. 39.

²²²¹ *Id.*, p. 40, citation d'Emmanuel MACRON.

²²²² Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, I) B) 2) a) ; Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A).

²²²³ Assemblée nationale, Commission des finances ..., Rapport n° 3952 sur la situation du groupe Électricité de France ..., *cit.*, Marc GOUA, Hervé MARITON, 13 juil. 2016, p. 40.

²²²⁴ *Ibid.*

²²²⁵ Cour des comptes, « La stratégie internationale d'EDF », nov. 2015, p. 54.

²²²⁶ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, II) A).

²²²⁷ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II) B).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2) L'occasion manquée de la transposition des critères d'autorisations à la décision de fermeture

L'une des évolutions les plus marquantes sur le long terme de la loi de transition énergétique quant au parc nucléaire se trouve dans la modification des critères de l'autorisation d'exploiter une installation de production électrique. Néanmoins, le législateur s'est arrêté à mi-chemin et n'a pas osé appliquer la même logique au décret de mise à l'arrêt des installations nucléaires de base.

a) Les nouveaux critères d'autorisation des unités de production d'électricité recentrés sur l'énergie

Avant la loi de transition énergétique, l'autorisation d'exploiter une installation de production électrique était délivrée par le ministre en charge de l'énergie en fonction de critères techniques (sécurité des réseaux, efficacité énergétique), économiques (capacités techniques, économiques et financières du demandeur), environnementaux (occupation des sols, protection de l'environnement) et sociaux (respect de la législation sociale) et prenait en compte la compatibilité avec les missions de service public dont les objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements (PPI)²²²⁸. La politique énergétique de l'Etat n'était donc pas mentionnée et le seul critère qui aurait pu y faire référence par ricochet était la PPI, un outil peu directif²²²⁹.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 août 2015, l'article L. 311-5 du Code de l'énergie oriente les critères de l'autorisation d'exploiter vers une prise en compte beaucoup plus importante de la politique énergétique, par des renvois aux articles L. 100-1, -2 et -4 du même code, en particulier s'agissant de la diversification des sources d'énergie (et donc de l'objectif de 50% d'électricité d'origine nucléaire d'ici 2025). Il est également précisé que l'autorisation d'exploiter doit être compatible avec la PPE, permettant à l'Etat de gérer au mieux le parc électrique du futur, si tant est qu'il soit fait plein usage de ce document²²³⁰.

Il est à noter que les installations nucléaires de base n'étaient avant 2015 pas soumises à ces dispositions et ne dépendaient que du Code de l'environnement, soulignant leur place à part dans le parc de production électrique²²³¹. Suite à la loi de transition énergétique, les installations nucléaires de base sont bien soumises à cette autorisation en sus de la réglementation du Code de l'environnement²²³². Il faut cependant se référer aux articles L. 311-5-5 et -5-6 du Code de l'énergie pour en obtenir le fondement juridique par ricochet étant donné que l'article du même code établissant les dispositions particulières à la production d'électricité nucléaire n'a pas été modifié en conséquences²²³³. Gageons que le législateur

²²²⁸ *C. Ener.*, art. L. 311-5, version en vigueur du 1^{er} juin 2011 au 19 août 2015.

²²²⁹ *Cf.* Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II) B) 2) a).

²²³⁰ *Cf.* Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II) B) 2) b).

²²³¹ Les installations hydroélectriques bénéficiaient aussi d'un tel régime spécial, faisant finalement de cette autorisation du ministère un régime d'exception s'il est rapporté à la production électrique annuelle qu'il concerne. *Cf.* Pierre SABLIÈRE, « Le pilotage de la production d'électricité ... », *cit.*, oct. 2015, p. 3.

²²³² Sur l'absence de transfert de la production d'électricité d'origine nucléaire du Code de l'environnement à celui de l'énergie, *cf.* Introduction, I) B) 2).

²²³³ *C. Ener.*, art. L. 313-1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

aurait pu simplifier la lisibilité du droit sur ce point en mettant cet article en conformité avec le nouveau régime.

Toutefois, ainsi que le souligne Pierre Sablière, l'intégration de ces nouveaux critères en phase avec les objectifs de la transition énergétique s'est faite au prix de la disparition pure et simple d'autres critères dont ceux ayant trait à la protection de l'environnement ou aux missions de service public. Or, ces critères supprimés d'un trait de plume font partie de ceux mentionnés par l'article 7 de la directive du 13 juillet 2009²²³⁴, ajoutant à l'affaiblissement potentiel de la protection de l'environnement le risque contentieux²²³⁵. L'œuvre du législateur est donc ici aussi critiquable, étant donné que l'ajout des nouveaux critères aux anciens aurait été préférable à la suppression de plusieurs d'entre eux.

Enfin, il est regrettable que ledit législateur n'ait profité de l'occasion pour établir une durée de fonctionnement maximale pour les réacteurs nucléaires. Sur le modèle de la modification de l'article L. 593-24 du Code l'énergie²²³⁶, il aurait pu inverser la logique actuelle. Au lieu de devoir prendre un arrêté de fermeture, mesure qui puis s'avérer coûteuse si le droit ne permet de le faire pour des motifs autres que la sûreté et surtout faute d'anticipation suffisante²²³⁷, c'est la survenance d'un décret de prolongation pris sur les mêmes critères que ceux d'autorisation qui serait attaquant. Ce décret pourrait être pris après avis simple de l'autorité de sûreté nucléaire (ASN). La sûreté serait ainsi prise en compte mais ne constituerait pas l'alpha et l'oméga de la durée d'exploitation des réacteurs, comme c'est encore le cas en 2017²²³⁸.

Cette mesure aurait retiré une épine du pied des pouvoirs publics pour l'avenir et aurait eu le mérite de fixer une limite juridique en conformité avec les limites techniques de la durée de vie estimée lors de la conception des réacteurs nucléaires. Sur ce point, comme sur celui, lié, des critères de mise à l'arrêt des réacteurs, la loi de transition énergétique a indéniablement été une occasion manquée.

b) L'occasion manquée de créer un décret de mise à l'arrêt sur des critères de politique énergétique

« La loi de programmation sur la transition énergétique devrait comporter un volet permettant de décider de l'arrêt d'une tranche nucléaire indépendamment des décisions relatives au seul enjeu de sécurité de ladite tranche, qui sont du ressort exclusif de l'ASN, et ce, pour permettre la programmation du démantèlement progressif du parc ancien. Ce n'est qu'ainsi que nous

²²³⁴ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

²²³⁵ Cf. les précisions apportées par Pierre SABLIERE, « Le pilotage de la production d'électricité ... », *cit.*, oct. 2015, p. 4, § 20.

²²³⁶ Cet article régit le cas d'une cessation de fonctionnement d'un réacteur nucléaire pendant une durée de plus de 2 ans. Alors que l'ancien régime exigeait du ministre compétent de prendre un arrêté d'interdiction de reprise du fonctionnement si le Gouvernement souhaitait voir l'installation mise définitivement à l'arrêt, le nouveau régime prévoit qu'à l'issue de cette durée, l'arrêt est réputé définitif sauf arrêté d'extension de cette période pour trois années supplémentaires. La logique est donc inversée et la priorité est donnée à l'arrêt définitif de l'installation, sous le contrôle du juge si besoin.

²²³⁷ Cf. II) suivant.

²²³⁸ Ainsi que l'a rappelé le Conseil d'Etat dans son arrêt du 22 fév. 2016, n° 373516, cons. 3.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

pourrons faire naître un État stratège en matière énergétique, du moins pour l'électricité. En effet, en l'absence de cette programmation, il est impossible d'offrir un cadre stable et prévisible aux [énergies renouvelables] »²²³⁹.

Ainsi que le souligne Alain Grandjean, il est impératif de permettre la fermeture des réacteurs nucléaires pour des raisons autres que celles liées à la sécurité des installations, afin pour l'Etat de récupérer la haute main sur la mise en œuvre du droit de la transition énergétique. Il pourrait alors devenir dans le domaine de la production d'électricité l'Etat stratège évoqué quelques pages plus avant.

De fait, le législateur a modifié le régime juridique du nucléaire dans la loi de transition énergétique *via* l'un des titres les « *plus denses de la loi* »²²⁴⁰, incluant par exemple le principe du démantèlement au plus tôt²²⁴¹. Néanmoins, s'agissant des dispositions permettant de déclencher la mise à l'arrêt d'une installation nucléaire, les dispositions anciennes restent d'actualité.

Le régime en vigueur à date est issu de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, dont les dispositions concernant le fonctionnement, la mise à l'arrêt et le démantèlement ont été codifiées dans le Code de l'environnement. Deux possibilités existent alors selon ledit code afin d'organiser la mise à l'arrêt d'un réacteur nucléaire.

Selon l'article L. 593-26, l'exploitant peut signaler au ministre en charge de la sûreté nucléaire et à l'ASN sa volonté d'interrompre définitivement le fonctionnement de son installation, au moins 2 ans avant la date prévue pour ladite mise à l'arrêt, sauf justifications. Ce délai est d'ailleurs une nouveauté, l'ancien régime n'en mentionnant aucun²²⁴². Cette disposition a dès lors enterré à elle seule la promesse de campagne de François Hollande de fermer Fessenheim avant la fin de son mandat²²⁴³. A cette déclaration d'intention de mise à l'arrêt suit en principe la prise d'un décret de démantèlement par le ministre compétent, après avis de l'ASN²²⁴⁴.

La seconde option est celle d'une fermeture décidée non pas par l'exploitant mais par l'Etat. C'est celle qui devrait permettre aux pouvoirs publics et non à EDF de piloter la capacité du parc électronucléaire. D'après l'article L. 593-23 du Code de l'environnement, la mise à l'arrêt définitive et le démantèlement d'une installation nucléaire de base peuvent être décidées par décret en Conseil d'Etat après avis (simple) de l'ASN lorsque des « *risques graves* » existent pour « *la sécurité, la santé et la salubrité publiques ou la protection de la*

²²³⁹ Alain GRANDJEAN, « La transition énergétique en France », *Études*, 2014, n° 4, p. 33.

²²⁴⁰ Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 ..., *cit.*, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016, p. 235.

²²⁴¹ Art. 127 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, codifié à l'art. L. 593-25 du Code de l'environnement.

²²⁴² C. Env., art. L. 593-25 et -26.

²²⁴³ S'agissant de Fessenheim, nous verrons le marchandage de sa fermeture dans la même section, II) B) 2) b).

²²⁴⁴ C. Env., art. L. 593-28.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

nature et de l'environnement »²²⁴⁵ que les mesures dudit code « *ne sont pas de nature à prévenir ou à limiter de manière suffisante* ». Un tel décret étant attaquant devant le juge administratif, si l'Etat venait à décider de la fermeture d'un réacteur, il devrait disposer des preuves formelles de risques ayant trait à la sûreté ou à la protection de l'environnement, auxquels il ne serait possible de parer avec des mesures correctives et qui seraient par trop graves pour pouvoir laisser l'installation fonctionner. Nul doute que si ce n'est pas le cas, et qu'en plus l'avis de l'ASN se révèle négatif, le juge administratif cassera ledit décret, d'autant plus qu'il a déjà montré qu'il « *ne souhaite pas trop s'immiscer dans la gestion des centrales nucléaires et dans les prescriptions qui leur sont applicables et qu'il laisse l'ASN assez libre dans son appréciation* »²²⁴⁶.

Il résulte de ces deux voies que l'Etat, probablement incapable de fournir les preuves suffisantes pour justifier de la fermeture d'un réacteur nucléaire sur le fondement de l'article L. 593-23, doit nécessairement se rabattre sur l'option de l'article L. 593-26 et donc négocier avec l'exploitant, plaçant celui-ci en position de force. Afin de donner les outils à l'Etat pour mener la transition énergétique, il eut été nécessaire de compléter les dispositions de l'article L. 593-1. Ci-après est fournie une proposition de rédaction :

« Les installations nucléaires de base énumérées à l'article L. 593-2 sont soumises au régime légal défini par les dispositions du présent chapitre et du chapitre VI du présent titre en raison des risques ou inconvénients qu'elles peuvent présenter pour la sécurité, la santé et la salubrité publiques, la protection de la nature et de l'environnement ou l'accomplissement des objectifs mentionnés à l'article L. 100-4 du Code de l'énergie » (nous soulignons l'ajout).

En l'absence de telles modifications, force est de constater que la loi de transition énergétique représente une « *occasion manquée* »²²⁴⁷. Plus encore, c'est l'un des aspects les plus attendus et les plus importants du droit de la transition énergétique qui s'avère inefficace. En termes de réduction du nucléaire, ce droit n'offre pas de visibilité par ses outils de planification, et pas de garantie du respect de ces mêmes maigres instruments. En termes de diminution du nucléaire, ce droit n'est pas normatif car son destinataire principal ne se sent visiblement pas lié par lui et les moyens de coercition qui pourraient le forcer n'existent pas ou sont factices.

En conséquence, et du fait à la fois de son manque d'outils et d'anticipation, l'épineuse question du droit à la propriété privée se pose alors à l'Etat dans le cadre de la fermeture des réacteurs nucléaires, et plus encore au droit de la transition énergétique, récent, qui doit composer avec ce principe, fort ancien.

²²⁴⁵ C. Env., art. L. 593-1.

²²⁴⁶ Marie-Coline GIORNO, « Nucléaire : une installation nucléaire de base (INB) peut fonctionner jusqu'à l'intervention d'un décret de mise à l'arrêt définitif et de démantèlement (Conseil d'Etat, 6ème / 1ère SSR, 22 février 2016, n° 373516, mentionné aux tables du recueil Lebon) », *Green-law-avocat*, 31 mars 2016, consulté le 7 mars 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/3955-2/>].

²²⁴⁷ Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 ..., *cit.*, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016, p. 235.

II. Fermer des réacteurs sans violer le droit à la propriété privée, impossible ?

Le droit à la propriété privée est considéré comme un des fondamentaux de nos sociétés démocratiques occidentales. Il est reconnu à l'échelle internationale ainsi que le souligne l'article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. En France, il est garanti par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789, de rang constitutionnel²²⁴⁸, qui le qualifie de sacré²²⁴⁹. Dès lors, la mise à l'arrêt des réacteurs nucléaires pour une raison de politique énergétique doit composer avec cette réalité. Plus généralement, c'est l'ensemble du droit de la transition énergétique qui est soumis à ce cadre existant qui peut parfois limiter des décisions prises pour le plus grand bien des populations. Les développements suivants s'attacheront à évoquer d'abord quelques exemples étrangers d'outils juridiques pour la mise à l'arrêt des réacteurs nucléaires et leur confrontation au droit à la propriété privée, avant de s'intéresser au cas français avec l'exemple de Fessenheim.

A) Quelques exemples étrangers d'outils juridiques pour la mise à l'arrêt définitive de réacteurs nucléaires

Les exemples ici retenus sont ceux de la Suède et de l'Allemagne. Leur contexte a déjà été évoqué précédemment²²⁵⁰ et ils constituent deux Etats voisins, ou au moins européens qui pourraient avoir des solutions reproductibles ou desquelles s'inspirer en France. Leurs systèmes juridiques sont proches du nôtre, et ils font surtout partie des rares Etats à avoir déjà mis en place des mécanismes d'indemnisation ou de compensation des exploitants de réacteurs nucléaires pour la fermeture de ces générateurs pour des raisons de politique énergétique. Les lignes suivantes seront donc l'occasion de voir plus en profondeur les outils juridiques mis en place pour la fermeture de réacteurs, leurs succès, leurs échecs et les leçons à en tirer pour le cas français.

1) Le cas de la Suède, l'application négociée d'une loi équilibrée

Bien que nous sachions aujourd'hui que la Suède a finalement dû renoncer à son objectif de sortie du nucléaire en 2010²²⁵¹, il n'en reste pas moins que sa loi adoptée en 1997 propose un mécanisme juridique intéressant de fermeture de réacteurs pour des raisons autres que la seule sûreté. Le texte a cependant péché par manque d'anticipation temporelle, rendant la première fermeture difficile. *A contrario*, une fois les leçons tirées, celle du deuxième réacteur s'est produite de manière beaucoup plus simple.

²²⁴⁸ Du fait de la référence qui y est faite dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958.

²²⁴⁹ Sur ce sujet, cf. Laurent MILLET, *Contribution à l'étude des fonctions sociale et écologique du droit de propriété. Enquête sur le caractère sacré de ce droit énoncé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 16 déc. 2015.

²²⁵⁰ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, I) A) 2) a).

²²⁵¹ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

a) Une loi de sortie du nucléaire équilibrée mais non anticipatrice

Sur la base d'un accord entre les principaux partis politiques nationaux, le Parlement suédois a adopté le 18 décembre 1997 la loi relative à l'élimination progressive de l'énergie d'origine nucléaire, entrée en vigueur le 1^{er} janvier suivant²²⁵². Elle confère des outils juridiques équilibrés au Gouvernement afin d'ordonner la mise à l'arrêt de réacteurs nucléaires, comme expliqué :

« La Loi confère au Gouvernement le droit de révoquer le permis d'exploitation de n'importe quel réacteur nucléaire à la date décidée par le Gouvernement. L'ordre et les phases de fermeture suivront les termes de la décision du Parlement sur la conversion du système énergétique du pays. L'emplacement des réacteurs est un facteur qui doit être tenu en considération lors de la décision sur l'arrêt de l'exploitation. Par ailleurs, d'autres conditions particulières doivent être gardées à l'esprit, telles que l'âge, la conception et l'importance de chaque réacteur par rapport au système national d'approvisionnement d'énergie. Le titulaire de l'autorisation sera indemnisé par l'État pour les pertes subies à la suite d'une telle décision d'arrêt d'exploitation. [Pour l'évaluation du montant de la compensation], la durée de vie des réacteurs doit être considérée comme étant de 40 ans »²²⁵³.

Quatre aspects majeurs de cette législation sont importants à retenir. De première part, le Gouvernement acquiert la capacité de fermer une centrale nucléaire pour des raisons autres que celles de sûreté. De deuxième part, le Parlement encadre cette capacité par sa planification de la mise à l'arrêt des différents réacteurs, basée sur l'approvisionnement national en électricité, la stabilité de ses prix et une absence d'atteinte à l'environnement. Il sera d'ailleurs fait usage de cette compétence afin de repousser la fermeture du réacteur de Barsebäck 2 de quelques années²²⁵⁴. De troisième part, les critères sur le fondement desquels le Gouvernement peut décider d'une fermeture permettent une approche holistique. En effet, le réacteur de Barsebäck 1, étant un des plus anciens alors en service et surtout, situé à proximité de deux grandes agglomérations additionnant plusieurs millions d'habitants (Malmö et Copenhague) semblait tout désigné pour une fermeture prenant en compte les impacts potentiels en cas d'accident majeur²²⁵⁵. Enfin, de quatrième part, la loi prévoit une indemnisation, ce qui est un aspect essentiel afin de se prémunir de toute inconstitutionnalité potentielle de la loi au regard du droit à la propriété privée. Et la précision concernant la durée de vie devant servir de mètre-étalon pour l'estimation de la compensation permet d'avoir un référentiel stable fondé sur la durée de vie estimée lors de la construction.

Si cette loi octroie les pouvoirs nécessaires à l'Etat Suédois pour reprendre le plein contrôle de sa politique énergétique, c'est son application qui a péché. Plus précisément, par son application trop rapide du fait de son manque d'anticipation. En l'espèce, dans le mois ayant suivi l'entrée en vigueur de la loi, le Gouvernement décida de la fermeture du réacteur

²²⁵² *Bulletin de droit nucléaire*, « Suède – Législation générale », juin 1998, n° 61, p. 91.

²²⁵³ *Id.*, p. 92.

²²⁵⁴ *Bulletin de droit nucléaire*, « Suède », juin 2002, n° 69, p. 66.

²²⁵⁵ Olav TORP, Ole Jonny KLAKEGG, « Challenges in Cost Estimation under Uncertainty—A Case Study of the Decommissioning of Barsebäck Nuclear Power Plant », *Administrative Sciences*, vol. 6, 2016, p. 9.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Barsebäck 1 dès le 1^{er} juillet 1998²²⁵⁶. Or, l'exploitant de la centrale nucléaire de Barsebäck n'ayant pas été partie prenante aux négociations ayant abouti à la loi de 1997 et se retrouvant dans l'obligation de déclasser son actif 6 mois seulement après son adoption et sans qu'une compensation ait encore été décidée, il intenta une action devant la Cour administrative suprême qui suspendit l'exécution de la décision de fermeture²²⁵⁷.

Au final, l'action en justice fut tranchée le 16 juin 1999, entraînant la mise à l'arrêt du réacteur Barsebäck 1 le 30 novembre 1999, un retard somme toute modeste²²⁵⁸. Surtout, la décision de la Cour administrative suprême est une consécration pour la loi de 1997 qu'elle déclare conforme à la Constitution suédoise mais aussi à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), validant ainsi le nouveau mécanisme de fermeture des réacteurs nucléaires. Plus encore, la Cour confirme expressément le raisonnement du gouvernement justifiant la fermeture du réacteur concerné sur la base du « *rapport entre la densité de la population à proximité du réacteur et les conséquences potentielles d'un accident grave* », ou encore la liberté de prise en compte de « *facteurs tels que l'opinion publique au Danemark et les observations qui ont été faites par ce pays sur la question* »²²⁵⁹.

La disposition de la loi suédoise pourrait théoriquement être transposée dans le droit de la transition énergétique avec très peu de modifications et permettrait alors de compléter le nouvel énoncé de l'article L. 593-1 du Code de l'environnement (notamment au regard de l'emplacement des réacteurs). Mais l'exemple offert rappelle que si la loi permet d'offrir un cadre d'action et au juge de décider si besoin, elle ne permet pas nécessairement par elle-même d'être appliquée de manière efficace si elle a été construite sans prise en compte de la réalité (ici, l'opposition de l'exploitant). D'où l'importance d'une loi et plus généralement d'un droit issu d'une véritable co-construction.

b) L'application négociée de la loi : le pouvoir normatif à l'épreuve de la réalité

Dans le cas suédois, la négociation entre le Gouvernement et l'exploitant de la centrale de Barsebäck a eu lieu pendant que la Cour avait mis l'affaire en délibéré. Le point positif d'une négociation post-installation du cadre législatif est que le Parlement garde son pouvoir souverain. Le mécanisme de mise à l'arrêt des réacteurs nucléaires est de son fait et non le simple entérinement d'un accord déjà passé entre l'exécutif et les exploitants. En revanche, le revers de la médaille se trouve dans la sécurité juridique fragilisée du texte législatif, au sens où il sera probablement soumis à l'épreuve du juge par les industriels concernés et doit donc avoir été sérieusement étudié auparavant. Aussi, il peut s'avérer coûteux pour les deniers publics, sachant que, comme dans le cas présent, l'exploitant visé par une mesure de fermeture risque de se retrouver dans une situation d'imprévisibilité et pourrait se pourvoir en justice au cas où l'indemnisation prévue ne serait pas estimée suffisante.

²²⁵⁶ *Bulletin de droit nucléaire*, « Suède – Législation générale », juin 1998, n° 61, p. 92.

²²⁵⁷ *Bulletin de droit nucléaire*, « Suède », déc. 1998, n° 62, p. 60.

²²⁵⁸ *Bulletin de droit nucléaire*, « Suède », juin 2000, n° 65, p. 29.

²²⁵⁹ *Bulletin de droit nucléaire*, « Suède », déc. 1999, n° 64, p. 46.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Dans le cas de l'espèce, l'Etat, Vattenfall (la compagnie publique) et Sydkraft, l'exploitant des réacteurs concernés, ont abouti à un accord en 1999, permettant la fermeture à la fin de cette année. En résumé, cet accord consiste en la création d'une nouvelle société regroupant les réacteurs de Barsebäck et ceux de Ringhals, ces derniers appartenant à Vattenfall. A la fermeture de Barsebäck 1, Sydkraft détiendra 25,8% des parts de la société commune et Vattenfall le reste. La négociation prévoit aussi qu'à la fermeture de Barsebäck 2, la part de Sydkraft dans cette société passera à 30,2%. En sus, des indemnités de l'Etat sont prévues à destination de Vattenfall et Sydkraft, pour la perte de leur outil de production et pour couvrir les coûts de déclassement directement liés à la fermeture anticipée²²⁶⁰.

La différence entre la compensation pour la fermeture de Barsebäck 1 et celle de Barsebäck 2 paraît donc importante, à la vue des parts du capital de la nouvelle société attribuées respectivement. Ce constat semble renforcer l'idée que la mise à l'arrêt par l'Etat d'un réacteur nucléaire négociée avec anticipation avec l'exploitant permet d'en limiter l'indemnisation. Au final, le deuxième réacteur ferma le 31 mai 2005, soit plus de 7 ans après l'entrée en vigueur de la loi sur la sortie du nucléaire²²⁶¹. Ce laps de temps a permis au Gouvernement et à l'exploitant d'arriver à un accord mutuel permettant à ce dernier de trouver une situation satisfaisante et n'engageant ainsi pas de recours en justice²²⁶².

En conclusion, il ressort de l'ensemble de ces éléments qu'il est plus difficile de mettre en œuvre des outils juridiques pourtant adaptés de manière précipitée, sans avoir convenu d'un accord avec les exploitants concernés en premier lieu ou en parallèle. Le modèle suédois est intéressant et fonctionnel juridiquement mais le contexte est tout aussi important afin de garantir sa bonne application et des coûts limités pour l'Etat.

Ces leçons pourraient être mises à profit pour améliorer le droit de la transition énergétique en France, qui ne bénéficie ni d'un mécanisme juridique satisfaisant, ni de visibilité et encore moins de l'accord de l'exploitant des réacteurs à fermer pour respecter les objectifs fixés.

Avant de traiter du cas allemand, un aparté s'impose afin de signaler que la baisse des prix de l'électricité sur le marché européen se révèle un outil peut-être plus efficace pour fermer des réacteurs nucléaires sans nécessiter d'indemnisation de l'Etat²²⁶³. Le seul inconvénient dans ce cas, c'est que l'Etat doit gérer les conséquences pour la sécurité d'approvisionnement de fermetures qui peuvent s'enchaîner dans un délai réduit.

2) Le cas de l'Allemagne, d'une loi négociée et anticipatrice à la gestion de l'imprévu

A la différence de la Suède, le cadre juridique de sortie du nucléaire a été construit sur un accord antérieur entre les pouvoirs publics et les exploitants de centrales nucléaires en

²²⁶⁰ *Bulletin de droit nucléaire*, « Suède », juin 2000, n° 65, p. 29.

²²⁶¹ *Bulletin de droit nucléaire*, « Suède », juin 2005, n° 75, p. 116.

²²⁶² Seule la municipalité de Kävlinge, où est sise la centrale, a intenté un recours, rapidement rejeté sur la forme par la Cour suprême administrative. Cf. *Ibid.*

²²⁶³ Quatre des 10 réacteurs encore en fonctionnement en 2017 vont ainsi fermer d'ici 2020. Cf. Antoine JACOB, « Le nucléaire a encore un avenir en Suède », *Les Echos*, 13 juin 2016, consulté le 8 mars 2017 [https://www.lesechos.fr/13/06/2016/LesEchos/22211-080-ECH_le-nucleaire-a-encore-un-avenir-en-suede.htm].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Allemagne. Il s'appuya également sur une visibilité de long terme permettant de renforcer la sécurité juridique des opérations et d'éviter toute compensation publique. Ce système a cependant été mis à rude épreuve en 2010-2011, notamment suite à l'accident de Fukushima et ses répercussions outre-Rhin.

- a) Une loi d'enregistrement anticipatrice : sécurité juridique renforcée et compensation non nécessaire

En 1999, le nouveau Gouvernement fédéral allemand s'engageait sur la route de la sortie du nucléaire. Pour ce faire, il chercha tout d'abord à déterminer « *dans quelle mesure la Loi fondamentale permettait de restreindre les autorisations d'exploitation des centrales nucléaires allemandes qui ne faisaient l'objet d'aucune restriction jusqu'à présent* »²²⁶⁴. Une fois les interrogations juridiques dissipées, des négociations ont eu lieu 6 mois durant entre le Gouvernement et les exploitants de centrales nucléaires avant d'aboutir à un accord le 14 juin 2000, signé un an plus tard²²⁶⁵. Cet accord, non contraignant, a alors acquis force de loi suite à l'œuvre du Parlement, aboutie le 25 juillet 2002²²⁶⁶.

Cette procédure a néanmoins « *soulevé la question de [la compatibilité de l'accord] avec le principe constitutionnel de la démocratie parlementaire* »²²⁶⁷. Le Parlement n'a effectivement ici qu'un rôle de chambre d'enregistrement de cet accord (et des suivants de 2010 et 2011²²⁶⁸), alors même que la jurisprudence Kalkar de la Cour constitutionnelle fédérale précisa que « *la décision fondamentale d'opter pour ou contre l'utilisation de l'énergie nucléaire incombe au législateur* »²²⁶⁹. Cet empiètement sur les compétences du Parlement, pour critiquable qu'il soit, a cependant permis d'élaborer l'outil juridique efficace présenté dans les lignes qui suivent. Un processus hybride, impliquant à la fois le Parlement et les industriels serait probablement une piste d'amélioration. La logique d'élaboration de la loi de transition énergétique en France pourrait offrir un point de départ intéressant pour ce type de négociation, permettant par exemple d'intégrer les riverains (au sens des personnes pouvant être impactées notoirement en cas d'accident), mais aussi les représentants des travailleurs ou les associations environnementales, pour définir un calendrier de fermeture ne prenant pas en compte uniquement l'aspect économique.

Les principaux résultats de cette loi négociée sont au nombre de deux et concernent la visibilité offerte aux exploitants d'un côté en contrepartie de la sécurité juridique de l'action de l'Etat fédéral de l'autre. Ce qu'offre l'Etat fédéral aux industriels, c'est un système qui leur permet d'exploiter pendant encore en moyenne 11,5 ans chacun des réacteurs existants²²⁷⁰. Ils peuvent donc calculer en conséquence leurs investissements et choisir de ne

²²⁶⁴ Axel VORWERK, « L'amendement de 2002 de la Loi atomique allemande relatif à l'abandon progressif de l'énergie nucléaire », *Bulletin de droit nucléaire*, juin 2002, n° 69, p. 8.

²²⁶⁵ *Ibid.*

²²⁶⁶ Gerd WINTER, « L'ascension et la chute ... », *cit.*, 2014, p. 236.

²²⁶⁷ *Id.*, p. 259.

²²⁶⁸ *Ibid.*

²²⁶⁹ Axel VORWERK, « L'amendement de 2002 ... », *cit.*, juin 2002, n° 69, p. 7 – 8. En référence à l'arrêt 49, 89 du 31 janvier 1978 de la Bundesverwaltungsgericht (BVerfG), affaire « Kalkar ».

²²⁷⁰ *Id.*, p. 10.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

pas remplacer des pièces trop coûteuses par exemple, tout en devant maintenir un niveau de sûreté élevé²²⁷¹. Sachant qu'ils peuvent transférer leurs quotas de production entre les centrales²²⁷², cela permet de planifier au mieux et longtemps à l'avance la fermeture des réacteurs existants sous leur férule. En échange, l'Etat s'attend à ne pas recevoir de recours en justice de la part des exploitants, ayant conclu un accord, et il n'a pas à prendre de mesures de compensation non plus. En effet, dès 2000, le ministère fédéral de l'Environnement a calculé le temps moyen d'amortissement d'un réacteur nucléaire en fonctionnement en Allemagne, pour aboutir à 19 ans. Il a aussi calculé le délai maximum nécessaire afin d'obtenir une rémunération jugée convenable, à savoir équivalente à celle qu'aurait rapporté l'achat de bons du Trésor, en l'occurrence 27 ans. Sachant qu'au total la durée moyenne de fonctionnement autorisée par réacteur du fait de la loi de 2002 est de 32 ans, la doctrine estima que le législateur était assuré de ne pas devoir mettre en place une compensation²²⁷³. Enfin, sur cet aspect de sécurité juridique, fort astucieusement, l'article 7, §1 (a) de la loi prévoit qu'à l'épuisement du quota de production alloué, l'autorisation d'exploitation expire automatiquement « *sans que les autorités responsables de la délivrance des autorisations ou de la surveillance des centrales nucléaires aient une quelconque démarche à accomplir* »²²⁷⁴. Ce qui dès lors ne réclame pas de prise d'un acte attaquant en justice.

C'est ici une modification du droit que nous avons proposé quelques pages plus avant et qui permettrait de renverser la situation actuelle²²⁷⁵.

Enfin, un dernier aspect lié à la sécurité juridique du mécanisme de sortie du nucléaire mérite un développement spécifique. Les mesures vues ci-dessus sont estimées par le Gouvernement comme étant, au titre de l'article 14 (1) de la Loi fondamentale (Constitution) et de la jurisprudence alors existante²²⁷⁶, non une expropriation mais « *une formulation admissible des termes et des limites du droit de propriété* »²²⁷⁷. Selon le docteur Axel Vorwerk :

« [L]'élément déterminant est que les "droits anciens" des exploitants de centrales nucléaires ne sont pas abolis immédiatement ou dans un délai très bref mais qu'au contraire les exploitants disposent d'une période de transition appropriée pour pouvoir rentabiliser leurs investissements et en tirer un profit convenable »²²⁷⁸.

C'est là la leçon principale de l'expérience allemande, qui serait profitable dans le cas du droit français. Il serait probablement davantage envisageable d'élaborer des limites au droit à la propriété privée en prévoyant longtemps à l'avance – tout en permettant une flexibilité importante pour l'exploitant – la fermeture des centrales nucléaires. Si, comme dans le cas présent, ce dernier dispose d'une visibilité de plus de 10 ans, pour des centrales déjà amorties,

²²⁷¹ *Id.*, p. 8.

²²⁷² *Id.*, p. 10.

²²⁷³ Alexander ROSSNAGEL, Anja HENTSCHEL, « The legalities of a nuclear shutdown », *Bulletin of the Atomic Scientists*, 2012, p. 61.

²²⁷⁴ Axel VORWERK, « L'amendement de 2002 ... », *cit.*, juin 2002, n° 69, p. 10.

²²⁷⁵ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, II) B) 2) b).

²²⁷⁶ Cf. Gerd WINTER, « L'ascension et la chute ... », *cit.*, 2014, pp. 256 – 257.

²²⁷⁷ Axel VORWERK, « L'amendement de 2002 ... », *cit.*, juin 2002, n° 69, p. 10.

²²⁷⁸ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

alors ses chances d'obtenir des compensations devant le juge seront réduites. Il est cependant impératif d'obtenir une stabilité maximale des engagements pris, afin d'éviter de se retrouver dans la situation de l'Allemagne en 2011.

b) Le coût de l'imprévu

Comme évoqué précédemment, une loi de décembre 2010 étendit les quotas de production des réacteurs nucléaires de plusieurs années, avant qu'une loi de juillet 2011 ne revienne au régime de 2002 et le renforce *via* la fermeture immédiate des 8 réacteurs les plus anciens conjuguée à une date limite de mise à l'arrêt du dernier réacteur fixée au 31 décembre 2022²²⁷⁹. Du fait de ce revirement, 3 des 4 principaux opérateurs, E.ON, RWE et Vattenfall saisirent la Cour constitutionnelle fédérale afin d'obtenir réparation pour les investissements qui auraient été réalisés entre fin 2010 et début 2011, échoués à cause de la fermeture immédiate de certains réacteurs et la rupture du principe de confiance légitime en la loi, pour un total estimé à environ 15 milliards d'euros²²⁸⁰. Vattenfall saisit en parallèle un tribunal d'arbitrage international, qui fera l'objet d'un développement subséquent.

A contrario de ce que la grande majorité de la doctrine s'étant prononcée sur le sujet pensait²²⁸¹, la Cour de Karlsruhe rendit le 6 décembre 2016 une décision déclarant partiellement inconstitutionnelle la loi de 2011²²⁸². La Cour déclare l'inconstitutionnalité de la loi de 2011 sur le fondement de l'article 14 de la Loi fondamentale en ce qu'elle n'inclut pas de dispositions pour compenser les investissements effectués sur le fondement légitime des quotas supplémentaires alloués en 2010 mais qui ont été dépréciés. Le législateur doit dès lors adopter de nouvelles dispositions au plus tard le 30 juin 2018. La violation du droit à la propriété privée est donc limitée aux seuls investissements visant l'extension de la durée de vie des réacteurs après 2010, et non le mécanisme de quotas avant fermeture de 2002. Le sommaire de la décision permet d'obtenir plus d'informations sur ses multiples considérations. Tout d'abord, la Cour juge que la loi de 2011 est dans sa majorité compatible avec la Loi fondamentale. Ensuite, la Cour estime qu'une entité privée à but lucratif mais entièrement détenue par un Etat-membre de l'Union européenne (UE) a le droit d'invoquer son droit de propriété et saisir la Cour constitutionnelle pour le défendre. Ce point méritait des éclaircissements alors que la doctrine donnait peu de chances à Vattenfall de voir sa requête acceptée²²⁸³. Cela constitue, croyons-nous, un point positif en ce qu'une société à capital public de l'UE pourra se tourner vers les tribunaux nationaux davantage que vers les tribunaux d'arbitrage internationaux. La Cour précise aussi que ni l'autorisation d'exploiter ni les volumes d'électricité alloués en 2002 et 2010 ne constituent des propriétés en eux-mêmes. Mais vu l'importance significative des quotas dans l'utilisation des centrales de production

²²⁷⁹ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, I) A) 2) a).

²²⁸⁰ Markus LUDWIGS, « Germany's Nuclear Phase-Out and the Right to Property », *European Networks Law & Regulation Quarterly* (ENLR), 2016, vol. 4, p. 43.

²²⁸¹ Alexander ROSSNAGEL, Anja HENTSCHEL, « The legalities of a nuclear shutdown », *Bulletin of the Atomic Scientists*, 2012, p. 57 ; Gerd WINTER, « L'ascension et la chute ... », *cit.*, 2014, pp. 254 – 257.

²²⁸² BverfG, 6 déc. 2016, 1 BvR 2821/11, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/12/rs20161206_1bvr282111en.html;jsessionid=4123BA1BF59642BFE2E065488127AF38.2_cid393].

²²⁸³ Markus LUDWIGS, « Germany's Nuclear Phase-Out and the Right to Property », *cit.*, 2016, vol. 4, p. 44.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

électrique, ils bénéficient d'une protection au titre du droit de propriété. Egaleme nt, le juge estime que les dispositions de 2011 accélérant la sortie du nucléaire ne constituent pas une expropriation, mais bien une limitation de la teneur et des limites du droit de propriété, nécessitant alors une compensation. C'est ce point qui fonde l'inconstitutionnalité. Néanmoins, la Cour estime que la révocation sans compensation de la prolongation des quotas de 2010 est constitutionnelle, notamment du fait de l'accident de Fukushima qui, même en l'absence de danger nouveau en Allemagne, pouvait être utilisée par le Gouvernement pour accélérer la sortie du nucléaire sur le fondement de la protection de la santé des populations et de l'environnement. Enfin, du fait de la protection des attentes légitimes et de la durée estimée de vie opérationnelle des réacteurs, la loi de 2011 contient une limitation de la teneur et des limites de la propriété non raisonnable en ce qu'elle empêche deux demandeurs (RWE et Vattenfall) d'utiliser une partie substantielle de leurs quotas résiduels attribués en 2002.

Le résultat de cette décision est donc largement positif concernant le mécanisme de sortie du nucléaire. La seule limite est celle provenant de la volonté de le modifier en 2010 et de l'accident de Fukushima, et même dans ce cas, les circonstances exceptionnelles donnent mandat au Gouvernement fédéral d'agir dans l'intérêt des populations et de l'environnement. Les négociations alors ouvertes pour déterminer la compensation adéquate de certains exploitants devrait mener à une somme bien inférieure à celle évoquée lors de l'ouverture du contentieux. Les quotas des centrales fermées dès 2011 étant encore transférables, il semble que plus de 80% de leur total pourrait être vendu par les exploitants lésés à ceux ayant encore des réacteurs autorisés à fonctionner, ce qui réduirait d'autant la note pour les pouvoirs publics²²⁸⁴.

En parallèle de ce recours maintenant tranché, la société Vattenfall, détenue à 100% par l'Etat Suédois a engagé un recours devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale, sur le fondement de la violation du droit à la propriété privée énoncé dans le Traité sur la Charte de l'énergie²²⁸⁵ enregistré le 31 mai 2012²²⁸⁶ et dont la décision est attendue pour début 2018²²⁸⁷. Le montant réclamé par Vattenfall s'élève à 4,7 milliards d'euros²²⁸⁸. Ce cas, nommé Vattenfall II du fait d'un précédent recours impliquant les mêmes parties suite à l'adoption de réglementations environnementales plus sévères pour des centrales à charbon²²⁸⁹, pose deux questions davantage éthiques que juridiques. Premièrement, ainsi que plusieurs auteurs le relèvent, les

²²⁸⁴ Weixin ZHA, Brian PARKIN, Tino ANDRESEN, « Germany's Next Nuclear Headache Is Over Cash or Reactor Life », *Bloomberg*, 13 déc. 2016, consulté le 9 mars 2017 [<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-12-13/germany-s-next-nuclear-headache-is-over-cash-or-extending-lives>].

²²⁸⁵ Traité sur la Charte de l'énergie, signé à Lisbonne le 17 déc. 1994, entré en vigueur le 16 avr. 1998.

²²⁸⁶ « Allemagne », *Bulletin de droit nucléaire*, 2012, n° 90, p. 109.

²²⁸⁷ Philippe VESSERON, « Transition énergétique ... », *cit.*, édition papier du 29 juin 2017.

²²⁸⁸ Markus LUDWIGS, « Germany's Nuclear Phase-Out and the Right to Property », *cit.*, 2016, vol. 4, p. 43.

²²⁸⁹ Valentina VADI, « Energy security v. Public health? Nuclear energy in international investment law and arbitration », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 47, 2015 – 2016, p. 1094.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

tribunaux arbitraux fonctionnent sur la base de l'opacité²²⁹⁰. Le suivi de la procédure par les tiers est donc quasi impossible alors qu'au final, si l'Etat allemand est condamné, c'est le contribuable qui en supportera le coût²²⁹¹. Un effort de transparence serait donc plus que nécessaire pour ces litiges qui additionnent les milliards et surtout peuvent impacter les politiques publiques. C'est ici le deuxième point. En effet, à ce jour il est très difficile de deviner l'issue du litige, en particulier sur la base du droit à la propriété privée, du fait de deux doctrines opposées (une favorable à l'Etat, l'autre aux investisseurs) et de forces équivalentes²²⁹². Or, la doctrine souligne le risque de voir les politiques publiques favorables à la santé des populations (dont la transition énergétique fait partie) mais porteuses de risques pour les investissements, gelées ou à tout le moins freinées si cette action se soldait par une victoire de Vattenfall²²⁹³.

Toutefois, nous devons mentionner les récents développements du plus haut intérêt devant le CIRDI. En effet, en mai 2017, ce tribunal d'arbitrage a condamné l'Espagne à payer 128 millions d'euros à un investisseur britannique dans l'énergie solaire photovoltaïque²²⁹⁴. Sa responsabilité, invoquée sur des fondements comparables à ceux du cas Vattenfall II (dont atteinte au droit de propriété), tient du moratoire rétroactif sur les mécanismes de soutien aux énergies renouvelables décrété en 2012. L'arbitrage privé, souvent cloué au pilori pour sa seule prise en compte de l'intérêt économique au détriment de l'environnement ou d'aspects sociaux, se révèle ici un allié de poids dans la transition énergétique et contre toute tentative d'annuler (rétroactivement) des dispositions normatives essentielles dans le calcul d'investissements.

En conclusion de ce bref panorama et avant d'aborder la démarche française, il ressort que si la propriété privée reste protégée par le droit existant et doit être prise en compte dans le cadre de la transition énergétique, un mécanisme juridique de mise à l'arrêt des réacteurs nucléaires stable, prévisible et respectueux du droit à la propriété privée est possible et susceptible d'en diminuer grandement le coût pour les finances publiques. Surtout, tant dans le cas suédois qu'allemand, le mécanisme de fermeture des réacteurs nucléaire est simple et efficace. Point de multiples planifications et de suivi sans pouvoir coercitif, mais bien le contraire. La différence dans la mise en œuvre de ces deux mécanismes s'est ensuite trouvée dans la prise en compte de la réalité des intérêts particuliers avant la loi et dans la mise en œuvre du droit, qui, quand stable et anticipée, fonctionna comme prévu.

²²⁹⁰ Nathalie BERNASCONI-OSTERWALDER, Martin DIETRICH BRAUCH, « The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark », Institut International du développement durable (IIDD), déc. 2014, pp. 1 – 8 ; Markus LUDWIGS, « Germany's Nuclear Phase-Out and the Right to Property », *cit.*, 2016, vol. 4, p. 45.

²²⁹¹ Nathalie BERNASCONI-OSTERWALDER, Martin DIETRICH BRAUCH, « The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark », *IIDD*, déc. 2014, p. 5.

²²⁹² Valentina VADI, « Energy security v. Public health? ... », *cit.*, 2015 – 2016, p. 1115.

²²⁹³ *Id.*, p. 1101.

²²⁹⁴ Richard HIAULT, « Tribunaux d'arbitrage : l'Espagne condamnée à payer 128 millions d'euros d'indemnités », *Les Echos*, 5 mai 2017, consulté le 3 juil. 2017 [<https://www.lesechos.fr/monde/europe/0212042798914-energie-lespagne-condamnee-a-payer-128-millions-deuros-dindemnites-2084867.php>].

B) Propriété privée, confiance légitime et indemnisation de la fermeture de Fessenheim : le casse-tête du droit de la transition énergétique

Bien que disposant du parc électrique reposant le plus lourdement sur le nucléaire au monde, cette source d'énergie ne fait pas pour autant l'unanimité dans la population et la centrale de Fessenheim est d'ailleurs un symbole de la lutte antinucléaire nationale. Partant, cette dernière n'échappe pas aux recours contentieux à son encontre, dont le premier dès 1975 soumettant au juge la légalité du décret d'autorisation de création de ses deux réacteurs²²⁹⁵. Plus récemment, en 2013, cette centrale faisait encore l'objet d'un recours visant cette fois sa mise à l'arrêt²²⁹⁶. Trois raisons principales sont invoquées pour demander sa fermeture, partiellement reprises en 2012 par l'alors candidat François Hollande²²⁹⁷. Premièrement, elle est la doyenne des centrales françaises en fonctionnement, avec ses réacteurs mis en service en 1978. Deuxièmement, elle serait située dans une zone sismique, risquant d'entraîner un risque direct pour la centrale ou indirect *via* une rupture de la digue voisine du Grand canal du Rhin, situé quelques mètres en hauteur de la centrale. Enfin, par sa proximité géographique (mais aussi financière) avec l'Allemagne et la Suisse, l'opposition à la centrale prend une teneur internationale qui ne peut être ignorée²²⁹⁸. Bien que ces points soient contestés²²⁹⁹, ils ont concentré les débats sur la mise à l'arrêt des réacteurs nucléaires de cette centrale. Mais ces enjeux invoqués à l'appui d'une fermeture dite politique de la centrale n'évacuent pas des questions juridiques et financières essentielles.

- 1) La portée limitée du droit à la propriété privée et le respect de la confiance légitime dans la mise à l'arrêt de réacteurs nucléaires

Il a été dit précédemment que l'Etat disposait de 85% du capital d'EDF mais qu'il n'en faisait usage que comme un actionnaire lambda – voire avide – et non comme l'Etat stratège usant de sa propriété pour accélérer la transition énergétique²³⁰⁰. Sauf qu'EDF n'est que partiellement propriété de l'Etat. Dès lors, l'Etat-proprétaire-majoritaire pourrait, s'il le souhaitait, influencer beaucoup plus fortement la direction prise par l'électricien, mais il ne pourrait en revanche décider seul de forcer la main à la direction d'EDF afin de mettre à l'arrêt la centrale de Fessenheim sans risquer d'être dédit par le juge judiciaire dans le cadre d'une procédure pour abus de majorité²³⁰¹. Devant la limitation de fait de son droit de

²²⁹⁵ CE, Ass., 28 fév. 1975, n° 86464.

²²⁹⁶ CE, 28 juin 2013, *Association trinationale de protection nucléaire et autres*, n°s 351986, 358080, 358094, 358095.

²²⁹⁷ *Le Figaro*, « Hollande : "Une centrale fermée en 5 ans" », 2 mai 2012, consulté le 10 mars 2017 [<http://elections.lefigaro.fr/flash-presidentielle/2012/05/02/97006-20120502FILWWW00700-hollande-je-ne-fermerai-que-fessenheim.php>].

²²⁹⁸ À l'image des raisons ayant poussé à la fermeture de la centrale de Barsebäck en Suède. Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, II) A) 1) a).

²²⁹⁹ Cf. Sylvestre HUET, « Fessenheim : fermer la centrale ou pas ? », *{Sciences²}*, 23 jan. 2017, consulté le 10 mars 2017 [<http://huet.blog.lemonde.fr/2017/01/23/fessenheim-fermer-la-centrale-ou-pas/>] ; Morgane BERTRAND, « Les 5 raisons de fermer Fessenheim », *Le Nouvel Observateur*, 16 déc. 2012, consulté le 10 mars 2017 [<http://tempsreel.nouvelobs.com/planete/20121214.OBS2523/les-5-raisons-de-fermer-fessenheim.html>].

²³⁰⁰ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, I) B) 1) b).

²³⁰¹ Cf. Arnaud GOSSEMENT, « Fessenheim : il faudra bien une loi », *Gossement Avocats*, 21 oct. 2012, consulté le 10 mars 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2012/10/21/fessenheim-il-faudra-bien-une->

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

propriété, car partagé, l'Etat se retrouve contraint d'utiliser ses pouvoirs de droit dur ou de négocier. La voie du droit dur lui donne la capacité, si bien usée, de limiter le droit de propriété d'EDF sur ses centrales. La voie de la négociation, choisie pour Fessenheim, sera vue plus avant.

a) La portée limitée du droit à la propriété privée

La saisine du Conseil constitutionnel par des députés et sénateurs les 23 et 27 juillet 2015 afin d'examiner la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte avant sa promulgation était fondée en partie sur l'invocation de la violation du droit à la propriété privée lorsqu'il s'est agi des nouveaux outils propres à réduire la place du nucléaire dans le mix électrique hexagonal. Sa décision n° 2015-718 DC rendue le 13 août 2015 permet alors de connaître sa position sur ce sujet clé pour l'avenir de la transition énergétique française.

La première invocation de ce principe s'est appuyée sur l'article 17 de la DDHC, conditionnant l'expropriation. Visant l'article 1^{er} de la loi et ses nombreux objectifs sur le fondement de leur absence de normativité alléguée, les requérants ajoutent à propos de l'objectif de réduction de la part du nucléaire dans le mix électrique à 50% en 2025 la violation du droit de propriété entre autres. Selon eux, l'Etat devrait fournir à Areva une indemnisation juste et préalable en prévision de la baisse de son activité de retraitement du combustible nucléaire²³⁰². Le Conseil écarte ce moyen sur l'unique fondement de la nature même d'une loi de programmation, destinée à inclure des objectifs à la normativité faible sinon nulle, sans donner la moindre explication s'agissant du droit de propriété²³⁰³. Outre la distinction toute relative faite entre loi de programmation et loi « classique » sur laquelle nous n'allons pas revenir²³⁰⁴, il aurait été intéressant de voir le Conseil s'épancher un peu plus sur les autres fondements invoqués. En effet, le fond du sujet invoqué concerne l'atteinte portée, ici de manière indirecte, par une loi à une situation établie. Or, le respect des objectifs et la mise en œuvre des dispositions du droit de la transition énergétique, risque de donner lieu à de nombreuses atteintes à des situations établies. S'agissant du cas présent, sachant que l'objectif à atteindre s'étalait sur 10 ans (2015-2025) au moment de l'adoption de la loi, nous pouvons penser que cela permettait de limiter l'atteinte à la propriété privée d'Areva, en lui laissant le temps de se réorganiser, et laisse même envisager un accroissement potentiel de son activité sur le moyen terme du fait du démantèlement des centrales mises à l'arrêt. La réponse à la contestation de l'article 187 de la loi comporte heureusement davantage d'éléments sur la position de la rue de Montpensier.

L'article 187 de la loi, contenant les nouvelles dispositions de pilotage de la capacité installée du parc nucléaire, fait l'objet de critiques des requérants concentrées majoritairement sur le plafonnement total à 63,2 GW de celle-ci. Ils avancent que ce plafond est inférieur à la

loi.html]. S'agissant de l'abus de majorité, les conditions en ont été posées par la décision Cass. Com, 18 avr. 1961.

²³⁰² CC, 13 août 2015, déc. n° 2015-718 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, cons. 11.

²³⁰³ *Id.*, cons. 12.

²³⁰⁴ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, I) A) 2) chapeau ; Partie 1, titre 2, chap. 1, section 1, I) A) 1) a) et chap. 2, section 2, I) chapeau.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

somme des autorisations de création et d'exploitation délivrées (64,85 GW), contraignant alors le titulaire à renoncer à certaines d'entre elles « *en méconnaissance des exigences de l'article 17 de la Déclaration de 1789* »²³⁰⁵. Mais le Conseil estime que « *les autorisations d'exploiter des installations de production d'électricité accordées par l'autorité administrative ne sauraient être assimilées à des biens objets pour leurs titulaires d'un droit de propriété* »²³⁰⁶. Ce raisonnement, comparable à celui tenu en décembre 2016 par la BverfG²³⁰⁷, permet d'exclure directement les moyens fondés sur l'expropriation.

Les critiques du plafonnement du nucléaire et de son objectif de réduction à 50% n'ont donc pas prospéré sur le fondement du droit à la propriété privée, mettant à l'abri une partie du droit de la transition énergétique, portant sur la réduction du nucléaire. Cependant, en sus de cette base juridique, les requérants ont également mobilisé le principe de confiance légitime, qui demanda une décision plus nuancée de la part du Conseil constitutionnel.

b) L'atteinte justifiée à la situation acquise d'Areva

Il est généralement considéré que le principe de confiance légitime n'est pas reconnu en droit administratif, le juge se refusant à l'appliquer à part en matière fiscale²³⁰⁸ ou d'application du droit de l'Union européenne²³⁰⁹. Cependant, quelques fulgurances locales, dont une de 2016 – venues de l'Est²³¹⁰, peut-être pour leur proximité avec l'Allemagne qui reconnaît et applique extensivement ce principe²³¹¹ – ont donné l'espoir de son entrée claire et franche dans les prétoires de France et de Navarre²³¹², bien qu'à la vérité, la doctrine estime que ce principe existe déjà en droit administratif français, mais sous la figure d'un « *principe clandestin mais nourricier* »²³¹³.

Toutefois, jusqu'à présent, le Conseil constitutionnel lui préfère la notion de « *situation légalement acquise* [basée sur] *la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789* »²³¹⁴. Ce principe, faisant l'objet d'une jurisprudence bien établie du Conseil, souffre cependant des exceptions sur le fondement de l'intérêt général, afin de permettre au législateur d'exercer pleinement ses pouvoirs et « *de modifier des textes*

²³⁰⁵ CC, 13 août 2015, déc. n° 2015-718 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, cons. 55.

²³⁰⁶ *Id.*, cons. 56.

²³⁰⁷ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, II) A) 2) b).

²³⁰⁸ Laurence TARTOUR, « Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *RDP*, n° 2, mars 2013, pp. 311 – 312.

²³⁰⁹ Léa IL, « Le principe de confiance légitime serait-il entré en droit public interne ? », *Petites affiches*, n° 3, 4 jan. 2017, pp. 6 – 7.

²³¹⁰ TA Strasbourg, 8 déc. 1994, *Entreprise Freymuth c/ Ministre de l'Environnement*, n° 931085; TA Besançon, 23 sept. 2016, n° 1601413.

²³¹¹ Otto PFERSMANN, « Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand », *RFDA*, 2000, pp. 236 – 243.

²³¹² Léa IL, « Le principe de confiance légitime ... », *cit.*, 4 jan. 2017, pp. 6 – 10.

²³¹³ Benoît PLESSIX, « Sécurité juridique et confiance légitime », *RDP*, n° 3, mai 2016, p. 801.

²³¹⁴ Cf. sur ce sujet, Bertrand MATHIEU, « Sécurité juridique. Le respect de la légitime confiance des citoyens s'impose au législateur. », *Le Club des Juristes*, 27 jan. 2014, consulté le 10 mars 2017 [<http://www.leclubdesjuristes.com/les-publications/securite-juridique-le-respect-de-la-legitime-confiance-des-citoyens-simpose-au-legislateur/>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

*antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions »*²³¹⁵.

Dans le cas de l'espèce, le Conseil commence par reconnaître que le plafonnement de la capacité nucléaire installée porte « *atteinte aux effets qui peuvent légitimement être attendus de situations légalement acquises* »²³¹⁶ car la somme des autorisations de création et d'exploitation délivrées dépasse le plafond d'1,65 GW. Le titulaire de ces autorisations devra donc renoncer à une ou plusieurs autorisations de création ou d'exploitation afin de se conformer à la loi alors qu'il pouvait légitimement penser obtenir une autorisation d'exploitation une fois achevée la construction de son dernier réacteur (bien que ce point soit douteux au vu des circonstances de la construction de l'EPR de Flamanville). Mais, trois raisons viennent justifier l'atteinte à la situation légalement acquise²³¹⁷.

En premier lieu, le plafonnement ne génère des effets qu'au moment de la mise en service de l'installation, n'imposant alors pas l'abrogation immédiate de quelque autorisation que ce soit. En second lieu, le mécanisme laisse – en principe – le titulaire des autorisations libre de choisir celle(s) qu'il souhaite abroger, « *en fonction des perspectives d'évolution du parc des installations nucléaires* »²³¹⁸. En troisième et dernier lieu, à l'appui des travaux parlementaires, le Conseil reconnaît que le législateur a poursuivi les objectifs de diversification des sources d'énergie et de réduction de la part de l'électricité d'origine nucléaire, ici qualifiés d'objectifs d'intérêt général. Sur le fondement de ces trois éléments, le Conseil juge que l'atteinte portée à la situation légalement acquise d'EDF « *est justifiée par des motifs d'intérêt général suffisants et proportionnée aux buts poursuivis* ».

Les éléments pris en compte ici ressemblent clairement à ceux pris en compte par la BverfG fin 2016, au sujet du système de quotas de production²³¹⁹. A savoir, le délai laissé à l'exploitant avant de devoir prendre des mesures qui lui causeraient un préjudice potentiel (et pouvant ainsi éviter de coûteux investissements), la liberté de choix dans la mise à l'arrêt des réacteurs et enfin l'appui de cette mesure sur des motifs d'intérêt général suffisants et proportionnés. Mais là où les dispositions de 2011 d'outre-Rhin ont été jugées inconstitutionnelles s'agissant de l'oubli d'une compensation pour l'exploitant, dans le cas français, la simple absence d'interdiction de compensations suffit au juge pour avancer que les titulaires d'autorisations (de création et d'exploitation) lésés « *puissent prétendre à une indemnisation du préjudice subi* »²³²⁰, garantissant ainsi leurs droits²³²¹.

²³¹⁵ CC, 29 déc. 2005, déc. n° 2005-530 DC, *Loi de finances pour 2006*, cons. 45.

²³¹⁶ CC, 13 août 2015, déc. n° 2015-718 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, cons. 57.

²³¹⁷ *Id.*, cons. 58.

²³¹⁸ Derrière cette apparente liberté de choix se cachent le plan stratégique d'EDF en fonction de la PPE et la pression de l'Etat pour fermer Fessenheim plus que toute autre centrale.

²³¹⁹ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, II) A) 2) b).

²³²⁰ CC, 13 août 2015, déc. n° 2015-718 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, cons. 59.

²³²¹ *Id.*, cons. 60.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

En résumé, les dispositions adoptées par le législateur en vue de donner à l'Etat les moyens de ses objectifs, bien qu'insuffisantes, sont au moins constitutionnelles. Les éléments de prévisibilité et de liberté de choix, *inter alia*, ont été déterminants, tout comme en Allemagne²³²². Nous noterons que ce sont les dispositions les plus simples de ce dispositif qui sont les plus efficaces, et, partant, les plus normatives. Voici qui renforce l'impératif du principe de lisibilité du droit pour ses dispositions ayant trait à la transition énergétique. Cependant, dans le cas français, la négociation – ou plutôt, le marchandage – de l'indemnisation d'EDF s'avère difficile et pourrait résulter bien plus coûteuse qu'outre-Rhin, faute de prévision et de clarté.

2) Fessenheim et le marchandage sur une compensation difficile à calculer

Le chiffrage du démantèlement des réacteurs est une entreprise délicate²³²³. Le chiffrage du préjudice lié « *à la cessation d'exploitation, puis la prise en compte donc du préjudice indemnisable, lequel dépend de la durée prévisionnelle sur laquelle on pouvait escompter une exploitation, et enfin, du coût du démantèlement* »²³²⁴ l'est plus encore. C'est pour cela que la mission d'évaluation de l'application de la loi de transition énergétique proposait en octobre 2016 la création d'un organisme paritaire à même d'effectuer et de mettre à jour des prévisions d'impact de la fermeture des réacteurs nucléaires et des fourchettes de chiffrage. Le tout afin de permettre une prise de décision fondée sur des éléments objectifs et éviter les débats sans fin²³²⁵. A notre connaissance, rien n'a été fait en ce sens plus de 6 mois après la publication dudit rapport.

L'évaluation des préjudices potentiels à indemniser s'appuie alors sur la théorie de la perte de chance. Mais dans les faits, les tractations concernant Fessenheim ressemblent plus à un marchandage *ad hoc*.

a) La délicate évaluation de la perte de chance

En admettant que le droit de la transition énergétique intègre une disposition permettant à l'Etat de décider de la fermeture d'un réacteur nucléaire pour des raisons de politique énergétique, et que ce dernier en fasse usage (ou qu'il inverse la logique actuelle d'autorisation illimitée dans le temps, comme vu précédemment et ne renouvelle pas une autorisation²³²⁶), si aucune indemnisation n'est prévue ou que le destinataire l'estime trop faible, cela pourrait alors mener à un contentieux sur le fondement de la responsabilité du fait des lois. Or, si de l'arrêt du Conseil d'Etat *La Fleurette* de 1938²³²⁷ au début des années 2000, cette responsabilité pécuniaire visant les conséquences des actes du législateur avait été vidée

²³²² Pour le cas Suédois, la prévisibilité a surtout été utile afin de réduire le montant de la compensation pour la fermeture du deuxième réacteur. Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, II) A) 1) b).

²³²³ Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 ..., *cit.*, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016, p. 251.

²³²⁴ *Id.*, p. 255.

²³²⁵ *Ibid.*

²³²⁶ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, I) B) 2) a).

²³²⁷ CE, Ass., 14 jan. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, n° 51704.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

de son contenu au titre de l'intérêt général poursuivi²³²⁸, il semble envisageable dorénavant de la rechercher.

Le législateur n'exprimant pas clairement qu'il refuse toute indemnisation en cas de fermeture d'un réacteur nucléaire en conséquence des objectifs de sa loi, ce qui a été souligné par le conseil constitutionnel pour valider la constitutionnalité de l'article 187 de la loi de transition énergétique²³²⁹, il faudra alors rechercher quelle est la part du préjudice subi par l'exploitant des réacteurs promis à fermeture qui soit grave, spéciale et anormale²³³⁰. Comme le rappelle le professeur Broyelle, « [d]'après les éléments fournis par la jurisprudence, l'aléa anormal constitue la charge à laquelle le requérant ne pouvait légitimement s'attendre »²³³¹. Or, suite à la loi de transition énergétique de 2015 il y aura déjà discussion sur ce point. L'exploitant pourrait en effet arguer que ni la loi ni la PPE ne ciblent les réacteurs promis à fermeture, pas plus qu'elles ne fournissent un calendrier. Si ce préjudice, qui sera sans nul doute grave et spécial vu son ampleur et le fait qu'il ne concerne qu'EDF, est reconnu anormal (au sens d'inattendu, d'imprévisible), il faudra alors déterminer l'indemnité.

Ce calcul risque d'être particulièrement complexe dans ce cas de figure. En effet, la jurisprudence exige le remboursement seulement de la partie anormale du préjudice subi par le requérant, « comme c'est le cas en matière de perte de chance »²³³². Or, d'aucuns pourraient penser tout simplement que l'Etat ordonnant la fermeture d'un réacteur, il doit payer l'ensemble des coûts qui sont issus de cette opération. En réalité, la question sera davantage celle d'estimer durant combien d'années l'installation aurait continué de fonctionner, à quel coût du kWh et quels auraient été les prix de vente de l'électricité, trois données sur lesquelles les prédictions se révèlent hasardeuses.

L'un des exercices de chiffrage ayant été réalisés à propos de la mise à l'arrêt anticipée des deux réacteurs de Fessenheim n'est autre que le rapport parlementaire des députés Marc Goua et Hervé Mariton, publié en 2014²³³³. L'illustration de la difficulté de chiffrer le coût, et donc l'indemnisation, d'une telle opération apparaît clairement à la vue des différents scénarios concluant pour une cessation d'activité en 2016 et une perte de chance de fonctionnement durant 24 années supplémentaires (dans le cas où l'ASN autoriserait des prolongations jusqu'à un total de 60 ans) à des indemnités potentielles allant de 2,4 à 5,7 milliards d'euros²³³⁴.

Néanmoins, les calculs effectués par les rapporteurs semblent contestables, sinon spécieux. En effet, ils sont basés sur une hypothèse de prix de l'électricité d'ici 2030 en augmentation

²³²⁸ Camille BROUELLE, « Les conditions de mise en jeu de la responsabilité du fait des lois », *Droit Administratif*, n° 5, mai 2012, comm. 53, p. 3.

²³²⁹ CC, 13 août 2015, déc. n° 2015-718 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, cons. 59.

²³³⁰ Camille BROUELLE, « Les conditions de mise en jeu ... », *cit.*, mai 2012, p. 4.

²³³¹ *Id.*, p. 4.

²³³² *Id.*, p. 5.

²³³³ Assemblée nationale, Commission des finances ..., Rapport n° 2233 sur le coût de la fermeture anticipée de réacteurs nucléaires ..., *cit.*, Marc GOUA, Hervé MARITON, 30 sept. 2014.

²³³⁴ *Id.*, p. 47.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

dans tous les scénarios²³³⁵, ce qui est contraire à la tendance actuelle de stagnation à des prix bas²³³⁶ (ce qui ne préjuge pas pour autant d'une telle tendance jusqu'à 2030). L'augmentation des coûts de production est actée²³³⁷ mais la mesure en est difficile et pourrait bien être conservatrice, sachant que les rapporteurs retiennent l'estimation de coûts totaux du « *grand carénage* » faite par EDF, moitié moins élevée que celle de la Cour des comptes²³³⁸. Or, cet aspect est l'un de ceux aptes à faire croître fortement les coûts de production du nucléaire installé²³³⁹. Enfin, alors que leur scénario médian arrive à une indemnité susceptible d'être réclamée à l'Etat de 4 milliards d'euros (une fois appliqué un quotient de perte de chance de 85%)²³⁴⁰, la somme évoquée par EDF à l'ouverture des négociations était de « *seulement* » 2 milliards d'euros²³⁴¹. Or, il semble peu probable que l'électricien cherche à brader son parc de production.

Etant donné la difficulté visible de procéder à un tel chiffrage et les incertitudes fortes d'un contentieux (en termes de délai de retard sur les objectifs et d'estimation du préjudice), les deux parties, l'Etat et EDF, ont choisi la voie de la négociation, bon an mal an.

b) Le marchandage *ad hoc* à propos de Fessenheim

En 2011 et en 2013 l'ASN a rendu ses avis suite à la troisième visite décennale des réacteurs 1 et 2 de Fessenheim. L'autorité conclut à l'autorisation de poursuite des activités des réacteurs pour 10 ans de plus (atteignant alors 40 ans de fonctionnement) sous conditions²³⁴². De nombreux investissements ont été faits dans ce cadre, dont le renforcement du radier. En parallèle, d'autres remplacements de pièces majeures ont été faits, dans l'éventualité de pouvoir exploiter la centrale jusqu'à ses 60 ans²³⁴³. Si ces investissements ne préjugent pas des autorisations décennales de l'ASN, nul doute qu'ils ont été faits dans l'ignorance (volontaire ou non) du risque élevé de fermeture de la centrale par l'Etat dans un avenir proche. Dès lors, ces éléments ont fait partie des négociations avec l'Etat afin d'obtenir une compensation jugée raisonnable.

En 2016, ces négociations ont eu lieu entre l'Etat et EDF, partant pour l'un d'une proposition de 100 millions d'euros et pour l'autre d'une demande de 2 milliards d'euros²³⁴⁴. Au final,

²³³⁵ *Id.*, p. 31 – 32.

²³³⁶ *Cf.* Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, II) A) 2) a).

²³³⁷ Assemblée nationale, Commission des finances ..., Rapport n° 2233 sur le coût de la fermeture anticipée de réacteurs nucléaires ..., *cit.*, Marc GOUA, Hervé MARITON, 30 sept. 2014, p. 33.

²³³⁸ *Id.*, p. 39.

²³³⁹ *Cf.* Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, II) A) 2) a).

²³⁴⁰ Assemblée nationale, Commission des finances ..., Rapport n° 2233 sur le coût de la fermeture anticipée de réacteurs nucléaires ..., *cit.*, Marc GOUA, Hervé MARITON, 30 sept. 2014, p. 49.

²³⁴¹ Philippe COLLET, « Fessenheim : le gouvernement engage 446 millions d'euros pour l'indemnisation d'EDF », *Actu-environnement.com*, 21 nov. 2016, consulté le 13 déc. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/Fessenheim-gouvernement-engage-446-millions-euros-pour-indemnisation-EDF-27915.php4>].

²³⁴² ASN, avis n° 2011-AV-0120 du 4 juillet 2011 et décision n° 2013-DC-0342 du 23 avril 2013.

²³⁴³ Assemblée nationale, Commission des finances ..., Rapport n° 2233 sur le coût de la fermeture anticipée de réacteurs nucléaires ..., *cit.*, Marc GOUA, Hervé MARITON, 30 sept. 2014, p. 20.

²³⁴⁴ Philippe COLLET, « Fessenheim : le gouvernement engage 446 millions d'euros ... », *cit.*, *Actu-environnement*, 21 nov. 2016, consulté le 13 déc. 2016.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

c'est un accord *ad hoc* qui a été trouvé, non sans rappeler le cas Suédois composé d'indemnisations financières mais aussi de créations et transferts de sociétés afin de permettre à l'exploitant des réacteurs fermés de poursuivre son activité *via* d'autres réacteurs²³⁴⁵. Le protocole d'indemnisation relatif à la fermeture de la centrale de Fessenheim, validé par le conseil d'administration d'EDF le 24 janvier 2017, compte 4 points²³⁴⁶.

Premièrement, l'Etat doit autoriser la poursuite de la construction de l'EPR de Flamanville dont l'autorisation de création arrive à son terme du fait de retards enchaînés²³⁴⁷. Condition remplie par un décret du 23 mars 2017²³⁴⁸. Deuxièmement, il doit autoriser la prorogation de l'autorisation d'arrêt temporaire du réacteur Paluel 2, arrêt plus long que prévu du fait d'un accident survenu lors du changement du générateur de vapeur. Cet acte a été pris dès le 26 janvier 2017²³⁴⁹. Troisièmement, l'Etat versera un total de 490 millions d'euros d'ici 2021, puis des versements additionnels jusqu'à 2041 en fonction des prix du marché de l'électricité et de la production moyennée des réacteurs de même type que ceux de Fessenheim. Une autorisation d'engagement de 446 millions d'euros a déjà été inscrite au sein de la loi de finances rectificative pour 2016²³⁵⁰. Quatrièmement, EDF demande à ce que ce protocole d'accord soit validé par la Commission européenne au titre de la réglementation des aides d'Etat²³⁵¹. Cela a été chose faite fin mars 2017, et le risque écarté²³⁵².

Plusieurs remarques se font jour quant à ce protocole et en particulier au mécanisme d'indemnisation. En tout premier lieu, le protocole lui-même n'est pas disponible, ne permettant pas de connaître les modalités de son calcul, il reste donc opaque alors qu'il engage une somme non négligeable sur les deniers publics. Ensuite, l'Etat entérine une probabilité forte de prolongation du réacteur jusqu'à 2041 alors qu'aucun réacteur nucléaire français n'a encore passé le stade des 40 ans. Cela ouvre donc la voie à la prolongation de l'ensemble du parc ou à des indemnisations conséquentes, basées sur une durée de vie de 60 ans pour la fermeture des autres réacteurs. Enfin, la somme totale qui sera octroyée à EDF semble très élevée en comparaison des estimations de compensation par l'Etat Allemand pour

²³⁴⁵ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, II) A) 1) b).

²³⁴⁶ EDF, « Comptes consolidés au 31 décembre 2016 », 3.7 Protocole d'indemnisation relatif à la fermeture de la centrale de Fessenheim, p. 49.

²³⁴⁷ Philippe COLLET, « EPR de Flamanville : EDF obtiendra-t-il un délai supplémentaire ? », *Actu-environnement*, 16 oct. 2015, consulté le 11 mars 2017 [<https://www.actu-environnement.com/ae/news/epr-flamanville-edf-delai-supplementaire-asn-autorisation-25481.php4>].

²³⁴⁸ Décret n° 2017-379 du 23 mars 2017 modifiant le décret n° 2007-534 du 10 avril 2007 autorisant la création de l'installation nucléaire de base dénommée Flamanville 3, comportant un réacteur nucléaire de type EPR, sur le site de Flamanville (Manche).

²³⁴⁹ Arrêté du 26 janvier 2017 prorogeant la durée d'arrêt de fonctionnement de l'installation nucléaire de base n° 104 exploitée par Electricité de France-société anonyme (EDF-SA) située sur la commune de Paluel (Seine-Maritime).

²³⁵⁰ Loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016, Annexes, Etat B, Service public de l'énergie.

²³⁵¹ Florence ROUSSEL, « Fermeture de Fessenheim : toutes les conditions sont remplies », *Actu-environnement*, 27 mars 2017, consulté le 28 mars 2017 [<https://www.actu-environnement.com/ae/news/fermeture-fessenheim-conditions-remplies-28712.php4#xtor=EPR-1>].

²³⁵² Véronique LE BILLON, « Fessenheim : les conditions de la fermeture sont réunies », *Les Echos*, 24 mars 2017, consulté le 3 juil. 2017 [https://www.lesechos.fr/24/03/2017/lesechos.fr/0211910295937_fessenheim---les-conditions-de-la-fermeture-sont-reunies.htm].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

la fermeture immédiate des centrales en 2011 et les investissements de prolongation réalisés en 2010/2011, qui ne devrait pas dépasser 2 milliards d'euros au total²³⁵³. En France, un quart de cette somme irait à la fermeture de seulement 2 réacteurs alors qu'un total de 17 sont potentiellement concernés outre-Rhin, à divers degrés.

Mais la partie la plus intéressante (jusqu'à présent) s'est déroulée du 6 au 8 avril 2017. Au cours d'un Conseil d'administration en date du 6, EDF a déclaré la fermeture de la centrale (donc, de ses deux réacteurs), « irréversible et inéluctable »²³⁵⁴. Toutefois, cette fermeture, en supplément des conditions sus précisées et remplies, reposera sur deux autres, à savoir que « l'abrogation de l'autorisation d'exploiter la centrale de Fessenheim ne prenne effet qu'à la date de mise en service de l'EPR de Flamanville 3 » et que « la fermeture de la centrale de Fessenheim soit nécessaire au respect du plafond légal de 63,2 GW, tant à la date de la demande d'abrogation qu'à la date de mise en service de l'EPR de Flamanville 3 »²³⁵⁵. Sous ces conditions, le Président-Directeur Général pourra alors demander l'abrogation de l'autorisation d'exploiter de la centrale de Fessenheim « dans les six mois précédant la mise en service de l'EPR de Flamanville 3 »²³⁵⁶. Deux jours plus tard, en date du 8, la ministre de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, chargée des Relations internationales sur le climat prenait un décret déclarant en son article 1 l'autorisation d'exploiter la centrale de Fessenheim abrogée²³⁵⁷. Toutefois, son article 2 reproduit les conditions d'EDF pour donner effet au premier article.

Ce mode opératoire a soulevé une vague de réactions, promettant notamment des contentieux, ne satisfaisant personne²³⁵⁸. Juridiquement, le décret semble fragile. Pour M^e Gossement, il constitue « une nouvelle illustration de la baisse de qualité du droit réduit à de la communication politique »²³⁵⁹. Ce décret repose en effet sur une méthodologie assez particulière en ce qu'il « anticipe l'effet juridique d'une demande qui n'est pas encore intervenue, et qui demeure fortement incertaine. En d'autres termes, le pouvoir réglementaire

²³⁵³ Benjamin WEHRMANN, « Germany's constitutional court backs speedy nuclear exit », *Cleanenergywire.com*, 6 déc. 2016, consulté le 11 mars 2017 [<https://www.cleanenergywire.org/news/germanys-constitutional-court-backs-speedy-nuclear-exit>].

²³⁵⁴ EDF, « Conseil d'administration d'EDF du 6 avril 2017: Fessenheim », 6 avr. 2017, consulté le 3 juil. 2017 [<https://www.edf.fr/groupe-edf/espaces-dedies/journalistes/tous-les-communiqués-de-presse/conseil-d-administration-d-edf-du-6-avril-2017-fessenheim>].

²³⁵⁵ *Ibid.*

²³⁵⁶ *Ibid.*

²³⁵⁷ Décret n° 2017-508 du 8 avril 2017 portant abrogation de l'autorisation d'exploiter la centrale nucléaire de Fessenheim, art. 1.

²³⁵⁸ Anne-Laure TULPAIN, « "Fissions" autour de la fermeture de la centrale nucléaire de Fessenheim ! », *Editions Législatives*, 13 avr. 2017, consulté le 3 juil. 2017 [<http://www.editions-legislatives.fr/content/%C2%AB-fissions-%C2%BB-autour-de-la-fermeture-de-la-centrale-nucl%C3%A9aire-de-fessenheim>]; Rachida BOUGHRIET, « Décret de fermeture de Fessenheim : le maire et les syndicats veulent saisir le Conseil d'Etat », *Actu-environnement*, 10 avr. 2017, consulté le 3 juil. 2017 [<https://www.actu-environnement.com/ae/news/parution-decret-fermeture-fessenheim-maire-syndicats-recours-conseil-etat-28798.php4#xtor=EPR-1>].

²³⁵⁹ Philie MARCANGELO-LEOS, « Fermeture de Fessenheim : entre effet d'annonce et ovni juridique », *Journal des Communes*, 12 avr. 2017, consulté le 13 avr. 2017 [<http://www.journal-des-communes.fr/actualites/7633/Nucleaire>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

abroge une autorisation à la condition que son titulaire lui demande de le faire »²³⁶⁰. Cela pose question sur la réalité du pouvoir réglementaire qui valide le fait que la fermeture ne se produira certainement pas avant 2020 et pourrait tout bonnement ne pas se produire si le réacteur de Flamanville 3 connaît d'autres problèmes ou si EDF décide de fermer, ou de ne pas redémarrer (pour le cas de Paluel), d'autres réacteurs. Enfin, cela constitue une interprétation extensive (quoique pas nécessairement illégale²³⁶¹) de la lettre de l'article L. 593-26 du Code de l'environnement qui prévoit que l'exploitant dépose un dossier de déclaration de mise à l'arrêt définitive au ministre chargé de la sécurité nucléaire et à l'ASN afin justement de voir l'autorisation abrogée. Dossier qui en l'occurrence n'a pas été déposé.

Il ressort des éléments de cette section que le décret du 8 avril 2017 n'est qu'une conséquence non surprenante de la qualité et de la force du droit de la transition énergétique concernant la réduction du nucléaire : faibles. Les dispositions de la loi de transition énergétique sur le sujet, censées être de droit dur, tombent en réalité bien davantage sous le vocable de « *droit négocié* » usuellement attribué au droit souple. EDF et l'Etat négocient la fermeture de la centrale de Fessenheim et l'on se demande bien qui a écrit la loi. Le temps passant, l'atteinte de l'objectif de réduction de la part du nucléaire dans la production d'électricité à 50% d'ici 2025 s'éloigne toujours plus, l'Etat ne dispose pas des moyens de décider de la fermeture d'un réacteur pour des raisons de politique énergétique, il n'a pas fixé de durée de fonctionnement aux réacteurs, il n'a pas fixé de calendrier de réduction de la capacité installée et mise en service, et chaque fermeture négociée pied à pied avec l'exploitant responsable risque de coûter très cher aux finances publiques et d'entraîner des contentieux. Au final, plus encore que « *droit négocié* », nous pourrions parler d'« *anti droit* », n'en n'ayant ni la force, ni même la volonté.

S'agissant du rôle d'anticipation du droit, essentiel à la réalisation progressive et non faite de ruptures de la transition énergétique, d'autres secteurs du système énergétique que le nucléaire sont concernés. Des secteurs qui ne sont pas ceux de production massive d'électricité mais qui constituent la clé de l'essor des énergies renouvelables. Ils se regroupent principalement sous l'appellation de réseaux électriques intelligents, et la section suivante procèdera à l'analyse de leur cadre juridique en développement.

²³⁶⁰ Julie LAUSSAT, « Le décret du 8 avril 2017 : une abrogation atypique de l'autorisation d'exploitation de la centrale nucléaire de Fessenheim », *La Revue Pau Droit Energie*, n° 2, mai 2017, pp. 16 – 17.

²³⁶¹ *Id.*, p. 17.

Section 2 :

L'effervescence juridique autour des différentes briques des réseaux électriques intelligents

Le réseau électrique d'un pays est bâti autour des modes de production d'électricité utilisés. Dans le monde et en France, la prégnance des énergies fossiles et de l'hydraulique de grande taille a été complétée par le nucléaire dans la production d'électricité, l'ensemble reposant sur un modèle centralisé d'installations de grande puissance. Mais l'arrivée d'unités de production décentralisées, nombreuses et à la production variable exige alors une refondation de l'architecture même du réseau afin de les intégrer. Le rôle du législateur est alors – à l'instar du cadre de développement de ces sources d'énergie – de catalyser les évolutions techniques et économiques par l'élaboration d'un cadre juridique des réseaux sûr mais flexible, étant donné la vitesse d'évolution desdites technologies et des besoins les stimulant.

Dans le cadre de la transition énergétique, de nombreux progrès sont réalisés sur ces sujets qui peuvent être regroupés sous la bannière du concept émergent de réseau électrique intelligent (ou « *smart grid* » en anglais). Bien qu'aucune définition ne fasse actuellement l'unanimité (encore moins s'agissant d'une définition juridique), la PPE en propose une description fonctionnelle qui permet de mieux en saisir les tenants et aboutissants :

« Les réseaux électriques intelligents regroupent un ensemble de fonctionnalités permettant de répondre à différents défis de la transition énergétique. Ils visent notamment à optimiser les investissements dans les réseaux et à permettre l'insertion massive des productions intermittentes et des véhicules électriques, via l'utilisation de fonctions avancées de gestion, d'observabilité et de conduite des réseaux offrant plus de flexibilité, ainsi que le pilotage de la demande. L'évolution vers plus d'intelligence des réseaux devrait combiner le déploiement de nouvelles familles d'équipements (capteurs, équipements télé-opérables, équipements de communication, ...), la numérisation des équipements existants et le développement de logiciels et systèmes informatique capables de traiter les volumes d'informations collectées sur les réseaux »²³⁶².

Les développements qui suivent permettront alors d'évoquer dans un premier temps le cadre juridique en construction de plusieurs briques des réseaux électriques intelligents décentralisés, et dans un second temps de s'intéresser à l'incertitude juridique qui entoure le stockage d'énergie.

²³⁶² Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à la sécurité d'approvisionnement et au développement des infrastructures et de la flexibilité du système énergétique, 27 oct. 2016, p. 32.

I. Le cadre juridique en construction de plusieurs briques des réseaux électriques intelligents

Les réseaux intelligents constituent une alternative mais parfois aussi un complément à l'extension des réseaux électriques qui serait sinon nécessaire à l'intégration de quantités toujours plus importantes d'énergie renouvelable variable et à la gestion de la pointe de consommation électrique hivernale. Si le développement des interconnexions frontalières reste plus que jamais d'actualité (afin notamment d'augmenter le foisonnement de la production solaire ou éolienne à l'échelle du continent²³⁶³), la transition de l'infrastructure de transport et de distribution d'électricité se traduit surtout par un pilotage croissant de la demande et une flexibilité accrue des réseaux. Les technologies et politiques concourant à la réalisation de ces objectifs devraient alors permettre de réduire les coûteux besoins de renforcement du réseau et d'en faire une utilisation plus efficace (en évitant le surdimensionnement pour les quelques heures de pointe hivernale).

Le droit communautaire exerce sur ces sujets une pression particulière, en ce qu'ils touchent non seulement à la réalisation des objectifs climatiques de l'Union européenne mais surtout à l'organisation du marché de l'énergie, l'un des premiers secteurs modifiés en profondeur par son action. Qu'il s'agisse de l'effacement et du mécanisme de capacité attendant ou des compteurs communicants, de l'autoconsommation et des réseaux fermés de distribution, les institutions communautaires sont soit à l'origine des modifications françaises, soit doivent impérativement en valider la compatibilité.

A) Effacement et mécanisme de capacité, les solutions juridiques aux nouvelles réalités du système électrique

S'agissant d'une évolution globale et en profondeur du système énergétique, le droit de la transition énergétique doit trouver les solutions adaptées aux nouvelles réalités techniques et économiques. Ces solutions peuvent cependant être inspirées ou basées sur des mécanismes anciens, déjà usités dans des contextes énergétiques différents. Elles peuvent aussi être la conséquence de choix réalisés selon d'autres impératifs mais contribuant à former le tableau actuel.

1) La modernisation d'un mécanisme ancien, l'effacement

L'effacement électrique, qui sera défini plus avant, est une technique utilisée depuis plus de 30 ans pour la gestion du réseau électrique français et est encore promise à de beaux jours dans un contexte de besoin croissant de pilotage non plus seulement de l'offre d'électricité

²³⁶³ Cf. Commission européenne, « Connecter les marchés de l'électricité pour assurer la sécurité d'approvisionnement, l'intégration du marché et la généralisation des énergies renouvelables », Fiche d'information, 25 fév. 2015, consulté le 21 mars 2017 [http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4486_fr.htm].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

mais aussi de la demande. Le régime juridique actuel est l'héritier d'une loi de 2010 mais n'a pas encore trouvé la stabilité escomptée par les acteurs du secteur.

a) Passé et avenir de l'effacement électrique dans la transition énergétique

L'effacement est organisé et soutenu depuis 1982 au travers de contrats spécifiques contenant des tarifs variables, devant inciter certains gros consommateurs d'électricité à réduire celle-ci durant les périodes de pointe. Si la puissance ainsi contractée et donc potentiellement effaçable de la consommation électrique française a atteint 6 GW au crépuscule du XX^e siècle, elle ne représentait début 2015 plus qu'1,9 GW. Les raisons invoquées sont principalement la fermeture de nombreux sites industriels énergivores, le calcul d'opportunité économique avec les prix du fioul et, surtout, la disparition progressive des tarifs réglementés de vente pour les industriels²³⁶⁴. Ce dernier élément est particulièrement intéressant en ce qu'il est davantage lié au cadre structurel juridique que les autres, plus conjoncturels.

En effet, sous l'influence notamment de la directive 2009/72/CE²³⁶⁵, la loi dite NOME du 7 décembre 2010²³⁶⁶ limita le bénéfice des tarifs réglementés de vente de l'électricité pour les moyens et gros consommateurs au 31 décembre 2015²³⁶⁷. En conséquence, le volume déjà réduit de contrats tarifaires incluant l'effacement plongea encore d'1 GW en 2016. Heureusement pour l'usage de cet outil précieux au réseau électrique, les effacements dits de marché (par opposition aux effacements dits tarifaires), permettent de compenser cette perte et d'aboutir pour l'hiver 2016-2017 à un volume d'effacement cumulable de 3 GW²³⁶⁸. Ce qui reste tout de même moitié moins que le total atteint 20 ans plus tôt.

Toutefois, le décret PPE fixe un objectif de 5 GW de capacité d'effacement en 2018 et de 6 GW en 2023²³⁶⁹, en cohérence avec la stratégie nationale bas-carbone (SNBC), du fait de son soutien à la gestion du réseau sans avoir à recourir à des moyens de production émetteurs de CO₂²³⁷⁰. Cependant, au vu des progrès à réaliser en peu de temps pour atteindre ces capacités, le Conseil supérieur de l'énergie a jugé cet objectif ambitieux voire incohérent²³⁷¹. Toujours est-il qu'il est indéniable que l'effacement électrique même diffus testé dans les expériences de démonstration de technologies de réseaux intelligents présente des gains énergétiques nets

²³⁶⁴ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à la sécurité d'approvisionnement et au développement des infrastructures et de la flexibilité du système énergétique, 27 oct. 2016, p. 26.

²³⁶⁵ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

²³⁶⁶ Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

²³⁶⁷ Art. 14 de la loi dite NOME, transposé aux articles L. 337-7 à -9 du Code de l'énergie par l'ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011.

²³⁶⁸ RTE, « Bilan prévisionnel de l'équilibre offre-demande d'électricité en France – Edition 2015 », 2015, p. 65, graphique.

²³⁶⁹ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 11.

²³⁷⁰ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, Stratégie nationale bas-carbone, 18 nov. 2015, p. 108.

²³⁷¹ Conseil supérieur de l'énergie, Avis sur le projet de programmation pluriannuelle de l'énergie, 21 juil. 2016, p. 2, disponible ici : [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/programmations-pluriannuelles-lenergie-ppe>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

en plus de ceux de gestion de la demande²³⁷². Il est aussi cité comme une option à intégrer aux expérimentations de services de flexibilité locale²³⁷³ et est d'ores et déjà considéré par RTE comme une solution avantageuse pour les nouveaux enjeux du système électrique d'ici à 2030²³⁷⁴. Enfin, la CRE le considère comme une action possible de gestion du réseau et estime que le nouveau mécanisme tarifaire en cours de mise en place (le TURPE 5) incite à son développement²³⁷⁵.

Malgré le bilan largement positif et de longue date de ce mode de gestion, son encadrement juridique se révèle instable. Il dépend en effet de l'atteinte d'un modèle économique pérenne qui reste à l'heure actuelle problématique.

b) Un régime juridique à la poursuite d'un modèle économique stable

C'est tout d'abord la loi dite Brottes de 2013 qui mit en place un régime de valorisation spécifique à l'effacement²³⁷⁶, différent des mécanismes tarifaires historiques ou de marché plus récents. Il fallut néanmoins attendre le décret d'application²³⁷⁷, repris et promu par la loi de transition énergétique pour obtenir une définition de ce qu'est l'effacement²³⁷⁸. Ainsi, d'après l'article L. 271-1 du Code de l'énergie, un effacement de consommation d'électricité conjugue 3 éléments. Il s'agit d'une baisse temporaire du soutirage d'électricité (à la différence des économies d'énergies), réalisée sur sollicitation extérieure (par un fournisseur ou un agrégateur) et sur la base d'un programme prévisionnel de consommation ou sur la consommation estimée (afin d'estimer l'électricité effacée et donc le montant de la rémunération due). Si l'effacement s'adresse à deux types d'acteurs, les grands consommateurs *via* l'effacement industriel et les petits consommateurs *via* l'effacement diffus, cette définition n'entre pas dans le détail mais ouvre la porte aux deux en précisant que l'effacement peut viser un ou plusieurs consommateurs finals sur un ou plusieurs sites. Si le modèle économique de l'effacement industriel est plutôt bien établi du fait des grands volumes consommés sur un nombre réduit de sites, l'effacement diffus rencontre davantage d'obstacles²³⁷⁹. C'est pourquoi la loi Brottes a mis en place un système qui s'est avéré nourrir un imposant contentieux et a forcé la loi de transition énergétique à prendre de nouvelles dispositions.

²³⁷² ADEME, « Systèmes Electriques Intelligents - Premiers résultats des démonstrateurs », oct. 2016, pp. 11 – 12.

²³⁷³ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 17 mars 2016 portant avis sur le projet de décret relatif au service de flexibilité locale, p. 3, pt. 2.1.

²³⁷⁴ RTE, « Valorisation socio-économique des réseaux électriques intelligents - Méthodologie et premiers résultats », juil. 2015, p. 10.

²³⁷⁵ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 17 novembre 2016 portant décision sur les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité dans les domaines de tension HTA et BT, p. 28, pt. 1.3.5.2.

²³⁷⁶ Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, dite Brottes, art. 14.

²³⁷⁷ Décret n° 2014-764 du 3 juillet 2014 relatif aux effacements de consommation d'électricité, art. 1.

²³⁷⁸ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 168.

²³⁷⁹ Assemblée nationale, Commission des affaires économiques, Rapport n° 3690 sur les enjeux et impacts de l'effacement électrique diffus, Marie-Noëlle BATTISTEL, 26 avr. 2016, pp. 33 – 35.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Si la loi du 16 avril 2013 donne la priorité, « [à] coût égal »²³⁸⁰, à l'effacement sur le développement des capacités de production pour assurer la sécurité d'approvisionnement, elle prévoit surtout qu'une « prime est versée aux opérateurs d'effacement, [afin de prendre] en compte les avantages de l'effacement pour la collectivité »²³⁸¹. Toutefois, ce nouveau mécanisme destiné à assurer une pérennité à l'effacement diffus, et financé par la Contribution au service public de l'énergie (CSPE), a été invalidé par le Conseil d'Etat dans une décision du 16 mars 2016 le qualifiant d'aide d'Etat non notifiée²³⁸². En sus, plusieurs décisions ont été rendues par le Palais-Royal le 16 mai 2016, mettant en lumière les nombreux conflits entre producteurs et fournisseurs d'électricité d'un côté et opérateurs d'effacement (agrégateurs), de l'autre²³⁸³. L'ensemble de ces contentieux alors en cours durant l'élaboration de la loi de transition énergétique ont poussé le législateur à remettre son œuvre sur le métier.

La loi du 17 août 2015 supprime la prime pour lui substituer un régime concurrentiel, fondé sur le marché et valorisé directement sur celui de l'énergie ou sur celui de capacités²³⁸⁴. Egalement, si les capacités d'effacement ne correspondent pas aux objectifs de la PPE vus plus avant, des appels d'offres peuvent être mis en place, permettant ainsi en théorie aux opérateurs d'effacement de trouver une rentabilité plus conséquente²³⁸⁵. Car, pour l'heure, du fait des prix bas régnant sur le marché de l'électricité, le modèle économique de l'activité d'agrégation d'effacement diffus se révèle immature²³⁸⁶. Plus encore, à ce contexte économique morose s'ajoute l'absence de deux des trois décrets d'application nécessaires au bon fonctionnement de ce nouveau système, pourtant prévus pour Juin 2016²³⁸⁷.

En 2016, un rapport parlementaire dressait le bilan de l'effacement diffus, de son cadre, de ses obstacles et de son potentiel. Il appelait à ne « pas tuer aujourd'hui, malgré ses difficultés, la filière de l'effacement électrique diffus », et « à créer, dès maintenant, un cadre législatif et réglementaire qui offre la visibilité nécessaire aux acteurs du secteur pour créer, demain, des modèles d'effacement électrique diffus innovants et centrés sur les gains aux consommateurs finaux »²³⁸⁸. Par déduction, le droit de la transition énergétique est donc appelé à se prononcer sur ce sujet, mais une fois qu'auront pu être testés les mécanismes

²³⁸⁰ Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 dite Brottes, art. 13.

²³⁸¹ *Id.*, art. 14.

²³⁸² CE, 16 mars 2016, *UFC Que Choisir* ?, n° 388762, cons. 6.

²³⁸³ Rémy COIN, « La contribution de la CRE à une stabilisation incertaine du cadre juridique de l'activité d'opérateur d'effacement de consommation d'électricité », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 7, juil. 2016, comm. 54, pp. 3 – 4. Cf. également, pour des éléments de contexte, Manuel MORAGUES, « La bataille de l'effacement fait rage », *Usine Nouvelle*, 3 avr. 2014, consulté le 21 mars 2017 [<http://www.usinenouvelle.com/article/la-bataille-de-l-effacement-fait-rage.N252229>].

²³⁸⁴ *C. Ener.*, art. L. 271-2, al. 1.

²³⁸⁵ *C. Ener.*, art. L. 271-4.

²³⁸⁶ Assemblée nationale, Commission des affaires économiques, Rapport n° 3690 sur les enjeux et impacts de l'effacement électrique diffus, Marie-Noëlle BATTISTEL, 26 avr. 2016, p. 72.

²³⁸⁷ Echancier de mise en application de la loi, décrets d'application de l'article 168, I, 2°, *Légifrance*, consulté le 21 mars 2017, [https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?sessionId=355A1277A1707A21BCF65A81DA551084.tpdila08v_1?idDocument=JORFDOLE000029310724&type=echeancier&typeLoi=&legislature=14].

²³⁸⁸ Assemblée nationale, Commission des affaires économiques, Rapport n° 3690 sur les enjeux et impacts de l'effacement électrique diffus, Marie-Noëlle BATTISTEL, 26 avr. 2016, p. 7.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

d'appel d'offres mis en place en 2015 et surtout celui du mécanisme de capacité, objet des lignes qui suivent. Ces propos confirment le caractère de droit d'expérimentation, pour ne pas dire expérimental, du droit de la transition énergétique, amené à penser un cadre d'abord transitoire pour des technologies en développement tout en préparant un cadre plus stable qui satisfasse à la fois l'usage sur la durée de ces technologies et l'intérêt de la société dans son ensemble, comme le bon usage des deniers publics par exemple²³⁸⁹.

2) Le mécanisme de capacité, garantie d'approvisionnement dans un système électrique dénationalisé

Le mécanisme de capacité, qui vise à assurer des capacités de production et d'effacement d'électricité disponibles suffisantes pour éviter tout effondrement du réseau, est la conséquence de la libéralisation du secteur de l'énergie européen. Bien que son régime ait été fixé par la loi dite NOME en 2010, de nombreuses incertitudes ont persisté jusqu'à la validation du mécanisme par la Commission européenne à la fin 2016.

a) Assurer la sécurité d'approvisionnement dans un système électrique dénationalisé

La libéralisation du secteur électrique européen a été entamée par la directive 96/92 du 19 décembre 1996 avant d'être approfondie par ses successeuses en 2003 et 2009²³⁹⁰. La transition s'est donc faite au fil des lois de transposition²³⁹¹ d'un (quasi) monopole public de production, transport, distribution et fourniture d'électricité attribué à EDF, vers une séparation de ses différentes activités et l'ouverture de ce marché à de nouveaux acteurs. Ainsi, en 2017, plus d'une dizaine de fournisseurs d'électricité faisaient concurrence à EDF, dont sa société-sœur, Engie, et plusieurs fournisseurs de taille plus réduite²³⁹².

Or, si cette diversification des fournisseurs d'électricité permet d'instaurer une concurrence censée être bénéfique au client final²³⁹³, elle pose question s'agissant de la sécurité d'approvisionnement du système électrique hexagonal (objectif de la politique énergétique nationale au titre de l'article L. 100-1, 2° du Code de l'énergie). En effet, là où EDF avait auparavant la haute main sur le parc de production et pouvait le dimensionner et le piloter selon les projections de consommation de la quasi-totalité de la population française, ce rôle doit aujourd'hui être réparti entre l'ensemble des fournisseurs sur le marché, par un recours accru au droit. C'est la raison d'être du mécanisme de capacité, exigeant des fournisseurs de

²³⁸⁹ Cf. l'exemple de l'évolution du soutien au PV, d'abord chaotique puis plus adaptée, Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, II) A).

²³⁹⁰ Cf. sur le mouvement de libéralisation des services publics de réseaux en Europe, Fabien TESSON, « Monopoles historiques et libéralisation : que reste-t-il du service public ? », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, oct. 2016, dossier 26, § 7 à 11.

²³⁹¹ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ; loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie ; loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz ; loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 modifiée de programme fixant les orientations de la politique énergétique ; loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 modifiée relative au secteur de l'énergie ; et, loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché.

²³⁹² Cf. *Fournisseurs-electricite.com*, « Liste des fournisseurs d'électricité en France », consulté le 21 mars 2017 [<https://www.fournisseurs-electricite.com/liste-des-fournisseurs-deelectricite>].

²³⁹³ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, I) B) 2).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

contribuer, sous peine de sanction²³⁹⁴, « en fonction des caractéristiques de consommation de [leurs] clients, en puissance et en énergie, sur le territoire métropolitain continental, à la sécurité d'approvisionnement en électricité »²³⁹⁵. Cet enjeu se fait évidemment plus aigu « lors des périodes où la consommation de l'ensemble des consommateurs est la plus élevée »²³⁹⁶.

Si la France a fait ce choix, ce n'est pas pour autant l'unique option, et les Etats-membres de l'Union européenne ont choisi différentes voies, qui risquent d'ailleurs de s'articuler avec difficulté dans un marché unique de l'électricité. L'Allemagne a ainsi opté pour un système fondé sur le marché de gros, dit « *energy only* » en ce qu'en principe il fonctionne uniquement *via* les incitations du marché²³⁹⁷. La prévision de périodes de tension sur le réseau du fait d'une consommation accrue fait ainsi grimper les prix, qui ont été auparavant déplaçonnés, et constituent une incitation à produire de l'électricité à des prix très rémunérateurs. Ce système est censé, sur le long terme, permettre de financer des capacités de production suffisantes *via* des centrales de pointe fonctionnant peu mais à des prix élevés, pour éviter l'effondrement du réseau. Or, si le voisin français, qui prévoit de rémunérer les capacités de production disponibles, fait baisser les prix sur le marché ouest-européen, le signal économique en Allemagne risque d'être dilué et la sécurité d'approvisionnement non assurée²³⁹⁸. Dans ce cadre, le gouvernement allemand a finalement aussi mis en place un mécanisme de garantie de capacité (appelé réserve de réseau) afin de se prémunir de ce funeste sort et empêcher plusieurs centrales thermiques de secours de fermer²³⁹⁹.

Car le contexte du marché électrique européen depuis plusieurs années a montré qu'il était incapable d'assurer seul les investissements nécessaires à la construction ou simplement au maintien d'unités de production pouvant se révéler cruciales pour franchir les pointes de consommation²⁴⁰⁰. De fait, depuis le début de la décennie, sous l'action conjuguée de la baisse de la consommation électrique, de la chute du prix du charbon (suite au boom des gaz de schistes aux USA et en l'absence de prix du carbone significatif en Europe) et de l'expansion des énergies renouvelables, il est devenu très difficile de faire fonctionner une centrale à gaz de manière profitable. En France, Engie a d'ailleurs mis sous cocon en 2013 plusieurs cycles combinés gaz (CCG) pourtant construits récemment, centrales prévues pour

²³⁹⁴ *C. Ener.*, art. L. 335-7.

²³⁹⁵ *C. Ener.*, art. L. 335-1, al. 1.

²³⁹⁶ *C. Ener.*, art. L. 335-2, al. 1.

²³⁹⁷ Julian SCHORPP, « Sécurité d'approvisionnement électrique : la coopération franco-allemande dans les limbes », *Contexte*, 27 mai 2015, consulté le 12 mars 2016 [https://www.contexte.com/article/marche-de-capacite/securite-d-approvisionnement-electrique-la-cooperation-franco-allemande-dans-les-limbes_28750.html].

²³⁹⁸ *Ibid.*

²³⁹⁹ Cf. Commission européenne, « Aides d'État: la Commission autorise la réserve de réseau allemande à assurer la sécurité de l'approvisionnement en électricité », Communiqué de presse, 20 déc. 2016.

²⁴⁰⁰ Jekaterina GRIGORJEVA, « Les mécanismes de capacité dans l'UE : Une nationalisation de la sécurité énergétique ? », Jacques Delors Institut, Policy paper, 21 mai 2015, pp. 8 – 9.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

fonctionner principalement en hiver et passer les pointes de consommation élevées de la période²⁴⁰¹.

La libéralisation du marché de l'électricité a donc paradoxalement donné lieu à un système nécessitant une intervention accrue du droit, car les acteurs s'étant multipliés, la gestion de la production à la consommation d'électricité ne repose plus uniquement dans les mains du monopole public, et le marché ne semble pouvoir s'autoréguler de manière satisfaisante. Le système électrique dé-nationalisé, censé reposer sur la libre concurrence repose en fait sur une réglementation et une juridisation accrues. C'est dans ce contexte que vient s'intégrer le droit de la transition énergétique et ses finalités environnementales.

Un revenu récurrent et prévisible étant nécessaire afin de maintenir en activité des installations qui peuvent se révéler critiques en cas de vagues de froid, le mécanisme de capacité est donc entré en fonctionnement à l'hiver 2017, une fois sorti de plusieurs années d'incertitudes juridiques.

b) Les incertitudes juridiques du mécanisme de capacité de sa naissance en 2010 à sa validation en 2016

C'est par l'article 6 de la loi dite NOME, modifiant la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, qu'est instauré le mécanisme de capacité en France. Dès l'origine, c'est le gestionnaire du réseau de transport (RTE, donc) qui a la charge de la certification de la disponibilité et de l'effectivité des capacités²⁴⁰². Dès l'origine également, il est précisé que « [l]es *garanties de capacités sont échangeables et cessibles* »²⁴⁰³, préparant ainsi le marché de capacité à venir. Les lois Brottes et de transition énergétique apporteront quelques changements, dont la priorité à l'effacement à coût égal et des dispositions de transférabilité des obligations de garanties de capacité pour la première²⁴⁰⁴, et un élargissement de cette même transférabilité pour la seconde²⁴⁰⁵.

Si ce mécanisme complémentaire au marché de l'énergie est supposé permettre « *d'une part aux fournisseurs de couvrir leur obligation au meilleur coût en sélectionnant les capacités les plus compétitives, et d'autre part de révéler le vrai prix de la capacité et de favoriser la transparence* »²⁴⁰⁶, son instauration a été tumultueuse, notamment du fait de soupçons de de constitution d'une aide d'Etat illégale.

En premier lieu, au niveau national, le Conseil d'Etat a dû se prononcer sur la justification de l'instauration de ce mécanisme, et sur son adaptation à un marché encore massivement

²⁴⁰¹ Ludovic DUPIN, « GDF Suez : les maux du gaz touchent aussi la France », *L'Usine Nouvelle*, 11 avr. 2013, consulté le 21 mars 2017 [<http://www.usinenouvelle.com/article/gdf-suez-les-maux-du-gaz-touchent-aussi-la-france.N195014>].

²⁴⁰² *C. Ener.*, art. L. 335-3, I.

²⁴⁰³ *Id.*, III.

²⁴⁰⁴ Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 dite Brottes, art. 13 et 16.

²⁴⁰⁵ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 149.

²⁴⁰⁶ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à la sécurité d'approvisionnement et au développement des infrastructures et de la flexibilité du système énergétique, 27 oct. 2016, p. 10.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

dominé par l'électricien historique dans les faits²⁴⁰⁷. Sur le fondement d'une réflexion très intéressante, le Palais-Royal avance que la création de ce mécanisme, outre le but d'assurer la sécurité d'approvisionnement mise en danger par « *l'incapacité des dispositifs existants à [la] garantir* », « *n'a pas entraîné l'abrogation des dispositions permettant le développement de nouvelles capacités de production, ni empêché l'adoption de nouvelles dispositions tendant à encourager la maîtrise de la consommation d'électricité* ». Il en conclut que « *le marché de capacité demeure subsidiaire par rapport aux alternatives existantes* »²⁴⁰⁸ de production, d'effacement et d'économie d'énergie. La crainte ici soulevée était celle d'un système organisant une rente visant à maintenir en activité les centrales actuelles, au détriment de nouvelles capacités de production (principalement renouvelables) et de la maîtrise de la demande. Or, si le Conseil d'Etat a raison de dire que la mise en place de ce mécanisme ne s'est pas accompagnée de mesures générales à l'encontre de ces développements²⁴⁰⁹, la question ne pourra être définitivement tranchée qu'après plusieurs années de fonctionnement. Qui plus est, certains acteurs déjà bien établis pourraient avoir intérêt à organiser une certaine pénurie de l'offre afin d'augmenter non seulement le prix de l'électricité mais aussi celui de la capacité. Cela reste donc une préoccupation à garder en tête par les juges et les autorités de régulation. Ensuite, le juge administratif justifie le champ d'application du mécanisme de capacité à l'ensemble du parc et non uniquement aux centrales de pointe par le fait que « *toutes les capacités disponibles sont effectivement mobilisées à la pointe de la consommation d'électricité* »²⁴¹⁰. Si la logique se tient, nous avons vu auparavant que l'exploitant des centrales nucléaires ne souhaite pas les mettre à l'arrêt, restent alors l'énergie hydraulique, au coût marginal de production faible donc toujours profitable, les autres énergies renouvelables aujourd'hui en fort développement mais ne pouvant garantir de capacité à la pointe sans moyens de stockage adéquats, et enfin les énergies thermiques. Or, ce sont seulement ces dernières qui ont subi des fermetures ou mises sous cocon ces dernières années²⁴¹¹. Et s'agissant des centrales à charbon, au vu des objectifs de la loi de transition énergétique, les maintenir en activité artificiellement semble contradictoire. Partant, un mécanisme de capacité limité à une liste restreinte de moyens de pointe (CCG et énergies renouvelables équipées de stockage approprié) aurait également, voire davantage pu se justifier.

En second lieu, et une fois le sujet réglé à l'échelle nationale suite aux différentes lois et au rejet de la majorité des moyens soulevés par le Conseil d'Etat, c'est l'échelon européen qui a dû valider le mécanisme. Si le Conseil d'Etat avait saisi la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'une question préjudicielle dans son arrêt du 9 octobre 2015²⁴¹², il l'a finalement retirée le 16 mars 2016 suite au désistement du requérant²⁴¹³. La Commission

²⁴⁰⁷ Fabien TESSON, « Monopoles historiques et libéralisation : que reste-t-il du service public ? », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, oct. 2016, dossier 26, § 15.

²⁴⁰⁸ CE, 9 oct. 2015, n° 369417, cons. 8.

²⁴⁰⁹ Même s'il ne faut pas oublier les développements vus précédemment, cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2.

²⁴¹⁰ CE, 9 oct. 2015, n° 369417, cons. 13.

²⁴¹¹ RTE, « Bilan prévisionnel de l'équilibre offre-demande d'électricité en France – Edition 2016 », 2016, pp. 66 – 69.

²⁴¹² CE, 9 oct. 2015, n° 369417, cons. 20.

²⁴¹³ CE, 16 mars 2016, n° 369417.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

européenne s'était toutefois saisie de l'affaire entretemps et ouvert une enquête sur le mécanisme de capacité français²⁴¹⁴, qui laissait augurer à la doctrine une issue négative²⁴¹⁵. Néanmoins, après négociations et inclusion de plusieurs mesures afin d'éviter la manipulation du marché, faciliter le développement de nouveaux projets et surtout, ouvrir ledit marché aux capacités étrangères dès 2019 (bien évidemment limitées aux capacités de transport disponibles *via* les interconnexions), la compatibilité du mécanisme avec les règles de l'UE concernant les aides d'Etat a été vérifiée²⁴¹⁶.

Comme évoqué en introduction de cette section, la transition énergétique et son droit nécessitent davantage de flexibilité des réseaux tout en assurant la sécurité d'approvisionnement, objectif de premier ordre. Nous venons de voir que celles-ci peuvent être obtenues *via* des changements de pratiques ou de modèles nécessitant un encadrement spécifique, à l'instar de l'effacement et du mécanisme de capacité. Mais cette flexibilité renforcée viendra également d'évolutions technologiques, basées notamment sur les compteurs communicants.

B) Compteurs communicants, autoconsommation et réseaux fermés de distribution, les évolutions techniques influençant le droit de la transition énergétique

Tout comme le développement technique et économique des énergies éolienne et solaire a poussé le législateur à intervenir afin d'encadrer leur expansion, des technologies de réseau permettant de rendre le consommateur acteur et non plus spectateur du système électrique ont fait leur apparition et ont nécessité des mesures propres afin d'adapter les normes existantes. Le premier élément, qui constitue la fondation des réseaux électrique intelligents, n'est autre que le compteur communicant. Ensuite, en lien notamment avec les progrès des panneaux solaires, l'autoconsommation tend à se développer, ouvrant la porte à des consommateurs autonomes au-delà de la seule échelle individuelle et faisant émerger de nouveaux questionnements autour des réseaux fermés de distribution. Ces deux éléments témoignent de la marche vers une décentralisation accrue qui est entreprise par le système électrique et suivie par le droit.

1) La lente progression des compteurs communicants, fondation d'un réseau électrique intelligent

Les compteurs communicants sont reconnus par la stratégie nationale bas-carbone (SNBC) comme l'un des deux moyens d'agir directement sur les pointes de consommation électrique, aux côtés de l'effacement²⁴¹⁷. En conséquence, la PPE prévoit le déploiement de 30 millions

²⁴¹⁴ Commission européenne, « Aides d'Etat: la Commission ouvre des enquêtes approfondies sur des projets français visant à rémunérer la capacité de production d'électricité », Communiqué de presse, 13 nov. 2015, consulté le 22 mars 2017 [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6077_fr.htm].

²⁴¹⁵ Patrick THIEFFRY, « Les mécanismes de capacité s'y reprennent à deux fois pour franchir l'obstacle du Conseil d'Etat », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 7, juil. 2016, comm. 53, pp. 3 – 4.

²⁴¹⁶ Commission européenne, « Aides d'Etat: la Commission autorise le mécanisme de capacité révisé en France », Communiqué de presse, 8 nov. 2016, consulté le 22 mars 2017 [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3620_fr.htm].

²⁴¹⁷ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, Stratégie nationale bas-carbone, 18 nov. 2015, p. 108.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

de ces compteurs, baptisés « *Linky* », d'ici à 2023²⁴¹⁸. Mais cet objectif n'est que l'aboutissement d'un processus de longue haleine engagé voici une décennie et ayant entraîné des questions de confrontation d'intérêts devant le juge.

a) Le compteur communicant, première pierre des réseaux électriques intelligents

Selon Barry Solomon et Karthik Krishna, les technologies de l'information et de la communication intégrées aux réseaux électriques, qui le rendent « *intelligent* », constituent alors une technologie capacitatrice²⁴¹⁹. Cet ensemble de technologies (pour être plus précis), permet donc de réaliser la transition énergétique. Et de cet ensemble, la « *brique fondamentale* » n'est autre que le compteur communicant²⁴²⁰. Là où les anciens compteurs électriques se contentaient d'additionner la consommation électrique d'un site et nécessitaient d'être relevés manuellement, les nouveaux appareils doivent communiquer directement au gestionnaire du réseau de distribution la consommation électrique du site et permettent aussi de mesurer la production électrique du site injectée sur le réseau. Ils permettent alors « *une gestion plus précise des réseaux de distribution* », via le suivi de consommation en temps quasi-réel, mais aussi de donner davantage d'informations aux consommateurs sur leur propre consommation d'électricité et ainsi pouvoir prendre des mesures adaptées de réduction²⁴²¹. Ils rendent également possible l'introduction d'un tarif électrique à 4 plages horaires afin de mieux rendre compte des coûts d'utilisation du réseau selon la saison et l'heure de la journée²⁴²² ; ils permettent de limiter les coûts de l'effacement électrique²⁴²³ ; et ils facilitent l'insertion des énergies renouvelables variables en rendant possible le pilotage de la demande afin de mieux suivre les courbes de productions²⁴²⁴.

Si la PPE inclut un objectif de déploiement de ces compteurs permettant de couvrir la vaste majorité du territoire d'ici 2023²⁴²⁵, cette mesure n'est pas mentionnée dans le décret lui-même, lui faisant perdre toute force normative directe. L'installation, débutée en décembre 2015²⁴²⁶, se fait avec anticipation sur tous les immeubles dotés d'une installation d'autoconsommation depuis le 1^{er} janvier 2017, en ce que ce boîtier permet de compter

²⁴¹⁸ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à la sécurité d'approvisionnement et au développement des infrastructures et de la flexibilité du système énergétique, 27 oct. 2016, p. 27.

²⁴¹⁹ Barry D. SOLOMON, Karthik KRISHNA, « The coming sustainable energy transition: History, strategies, and outlook », *Energy Policy*, n° 39, 2011, p. 7429.

²⁴²⁰ ADEME, « Systèmes Electriques Intelligents - Premiers résultats des démonstrateurs », oct. 2016, p. 6.

²⁴²¹ *Id.*, pp. 6 – 7.

²⁴²² CRE, « Orientations de la CRE concernant les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité », Rapport au Parlement, juin 2016, pp. 12 – 13.

²⁴²³ ADEME, « Systèmes Electriques Intelligents - Premiers résultats des démonstrateurs », oct. 2016, p. 12.

²⁴²⁴ ADEME, « "Le compteur linky" Analyse des bénéfices pour l'environnement, les consommateurs et les collectivités », Les avis de l'ADEME, juil. 2015, p. 3.

²⁴²⁵ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à la sécurité d'approvisionnement et au développement des infrastructures et de la flexibilité du système énergétique, 27 oct. 2016, p. 27.

²⁴²⁶ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 3 mars 2016 portant décision sur la tarification des prestations annexes réalisées à titre exclusif par les gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité, p. 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

injection et soutirage d'électricité à la fois²⁴²⁷. Auparavant, il était nécessaire d'installer deux compteurs différents, entraînant des surcoûts importants et ralentissant d'autant le développement de l'autoconsommation résidentielle²⁴²⁸. Sur ce point aussi, qui sera vu un peu plus bas, le compteur communicant est qualifiable de technologie capacitatrice.

Le déploiement de ces compteurs *a priori* uniquement pourvus de qualités a néanmoins suscité des inquiétudes qui ont amené le droit à s'en emparer pour trancher les intérêts en présence.

- b) Le déploiement conflictuel des compteurs, ou la confrontation entre transition énergétique, santé et protection de la vie privée

La réglementation de la mise en place des compteurs communicants est le résultat d'un processus impliquant de nouveau tant l'échelon européen que l'échelon national.

Au niveau européen tout d'abord, l'article 13 de la directive 2006/32/CE²⁴²⁹ requiert des Etats-membres, sous certaines conditions, de fournir « *à un prix concurrentiel des compteurs individuels qui mesurent avec précision leur consommation effective et qui fournissent des informations sur le moment où l'énergie a été utilisée* ». L'information sur le moment où l'énergie est utilisée devant permettre de prendre des mesures adaptées d'économie d'énergie. La directive 2009/72/CE²⁴³⁰ se fera plus précise, en demandant aux Etats-membres dans le paragraphe 2 de l'annexe 1, de mettre en place, sous conditions, des « *systèmes intelligents de mesure qui favorisent la participation active des consommateurs au marché de la fourniture d'électricité* ». Si les études préalables au déploiement des compteurs sont favorables, « *au moins 80 % des clients seront équipés de systèmes intelligents de mesure d'ici à 2020* ». Enfin, le projet de réforme de cette directive, soumis par la Commission européenne via son « *winter package* » présenté le 30 novembre 2016²⁴³¹, consacre ses articles 19, 20 et 21 spécifiquement aux « *compteurs intelligents* ». L'Union européenne incite donc fortement les Etats-membres à développer cette technologie.

La réception par le législateur ne s'est pas faite attendre. La loi du 13 juillet 2005 dite POPE, en son article 74, fixe en effet la formulation qui perdurera dans le Code de l'énergie :

« Les gestionnaires des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité mettent en œuvre des dispositifs permettant aux fournisseurs de proposer à leurs clients des prix différents

²⁴²⁷ CRE, « Orientations de la CRE concernant les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité », Rapport au Parlement, juin 2016, p. 17.

²⁴²⁸ Sophie FABREGAT, « Photovoltaïque : quelle autoconsommation pour les particuliers ? », *Actu-environnement.com*, 17 mai 2016, consulté le 18 mai 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/photovoltaique-autoconsommation-particuliers-parite-reseau-produire-electricite-26796.php4>].

²⁴²⁹ Directive 2006/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques et abrogeant la directive 93/76/CEE du Conseil.

²⁴³⁰ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

²⁴³¹ Commission européenne, « Commission proposes new rules for consumer centred clean energy transition », 30 nov. 2016, consulté le 23 mars 2017 [<http://ec.europa.eu/energy/en/news/commission-proposes-new-rules-consumer-centred-clean-energy-transition>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

suivant les périodes de l'année ou de la journée et incitant les utilisateurs des réseaux à limiter leur consommation pendant les périodes où la consommation de l'ensemble des consommateurs est la plus élevée »²⁴³².

Cependant, cette définition en creux du rôle des compteurs communicants ne les mentionne pas directement. Il faudra attendre pour cela la loi du 3 août 2009 dite Grenelle I²⁴³³, qui en son article 18 évoque « *la généralisation des compteurs intelligents afin de permettre aux occupants de logements de mieux connaître leur consommation d'énergie en temps réel et ainsi de la maîtriser* ». Enfin, la loi de transition énergétique, en son article 28, apportera quelques modifications aux dispositions du Code de l'énergie, surtout s'agissant de l'accès aux données de comptage par le consommateur ou par des tiers.

Le déploiement du compteur *Linky* s'est cependant principalement organisé entre le pouvoir réglementaire et la CRE. C'est cette dernière qui fixe en 2007²⁴³⁴ puis 2010²⁴³⁵ le cadre de l'expérimentation devant être menée par ERDF (aujourd'hui Enedis) et confirmée par décret le 31 août 2010²⁴³⁶. Cet essai étant jugé concluant, sa généralisation est décidée en 2011-2012, ici encore par œuvre conjointe de la CRE²⁴³⁷ et du pouvoir réglementaire²⁴³⁸.

Si le déploiement de cet élément essentiel aux réseaux intelligents doit générer des avantages tant sociaux (gestion des réseaux) qu'individuels (économies d'énergies facilitées) il fait l'objet d'une opposition non négligeable de certains habitants et parfois de conseils municipaux²⁴³⁹. Parmi les nombreux arguments invoqués à l'encontre de l'installation du *Linky*, deux retiendront particulièrement notre attention, en ce qu'ils sont le signe des conflits qui peuvent émerger entre différents intérêts dans la transition énergétique, et la tâche qui est alors celle du juge de trancher entre ceux-ci²⁴⁴⁰.

Les atteintes au respect de la vie privée sont une préoccupation majeure et justifiée. La digitalisation des compteurs électriques et des réseaux permet en effet d'avoir accès à la

²⁴³² Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, art. 74, al. 1, codifiée en 2011 à l'article L. 341-4, al. 1 du Code de l'énergie.

²⁴³³ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

²⁴³⁴ Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 6 juin 2007 sur l'évolution du comptage électrique basse tension de faible puissance (≤ 36 kVA).

²⁴³⁵ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 11 février 2010 portant orientations sur les modalités de réalisation et d'évaluation de l'expérimentation d'Electricité Réseau Distribution France (ERDF) en vue de l'évolution du comptage électrique basse tension de faible puissance.

²⁴³⁶ Décret n° 2010-1022 du 31 août 2010 relatif aux dispositifs de comptage sur les réseaux publics d'électricité en application du IV de l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

²⁴³⁷ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 7 juillet 2011 portant communication sur les résultats de l'expérimentation d'Electricité Réseau Distribution France (ERDF) relative au dispositif de comptage évolué *Linky*.

²⁴³⁸ Arrêté du 4 janvier 2012 pris en application de l'article 4 du décret n° 2010-1022 du 31 août 2010 relatif aux dispositifs de comptage sur les réseaux publics d'électricité.

²⁴³⁹ Cf. Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 ..., *cit.*, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016, pp. 78 – 79.

²⁴⁴⁰ Cf. Christopher MENARD, Jean Baptiste MOREL, « Le déploiement des compteurs communicants *Linky* », *RFDA*, 2017, pp. 441 – 442.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

courbe de consommation détaillée d'un site et de connaître les usages et habitudes de ses occupants²⁴⁴¹. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a été saisie du sujet et s'est prononcée en 2012. En premier lieu, elle s'oppose à la collecte de mesures à un pas de temps inférieur à 10 minutes, et demande que « *les paramètres de réglage des compteurs soient, par défaut, les plus protecteurs possibles pour les usagers* », donc *a priori* un pas horaire (60 min)²⁴⁴². Cette mesure devrait éviter que trop d'informations sur les consommateurs ne soient collectées. En second lieu, la CNIL recommande que la courbe de charge ne soit collectée que dans deux cas. En cas de problèmes d'alimentation détectés (donc une fois le problème localisé, et non, pour localiser le problème). Ou pour « *la mise en place de tarifs adaptés à la consommation des ménages et la fourniture de services complémentaires* », mais dans ce cas, seulement « *avec le consentement exprès des personnes concernées* »²⁴⁴³. En application, l'article 28 de la loi de transition énergétique impose l'accord du consommateur pour l'accès aux données de comptage par le fournisseur²⁴⁴⁴. Ces mesures, ainsi que les engagements pris par Enedis font dire aux parlementaires que « *les craintes manifestées quant à des atteintes à la vie privée, qui soulevaient des questions légitimes, sont levées* »²⁴⁴⁵, ce qui semblerait être le cas. Toutefois la pratique permettra de valider les garde-fous pris par la CNIL et le législateur, la première n'hésitant pas à invalider des processus ne permettant pas d'anonymiser de manière satisfaisante les données recueillies et donc d'exposer leurs émetteurs²⁴⁴⁶.

Les dangers pour la santé sont aussi un motif d'inquiétude fondé sur les effets potentiels de l'exposition aux ondes électriques et électromagnétiques. Cependant, ces éléments ont été rejetés par une étude en situation réelle de l'Agence nationale des fréquences (ANFR)²⁴⁴⁷. Auparavant, le Conseil d'Etat s'était déjà prononcé en 2013 sur le fondement de la Charte de l'environnement et en particulier de ses articles 1^{er} (droit de vivre dans un environnement sain) et 5 (principe de précaution)²⁴⁴⁸. En l'état des connaissances scientifiques de l'époque, il écarta ces moyens²⁴⁴⁹. Le juge des référés a encore eu l'occasion de rappeler cette position et d'annuler la délibération d'un conseil municipal s'opposant à ce déploiement sur le fondement du principe de précaution en 2016²⁴⁵⁰.

Enfin, si l'article 29 de la loi de transition énergétique oblige les propriétaires à donner accès au compteur électrique pour le remplacer, aucune sanction n'étant prévue, cette mesure n'est

²⁴⁴¹ CNIL, Délibération n° 2012-404 du 15 novembre 2012 portant recommandation relative aux traitements des données de consommation détaillées collectées par les compteurs communicants, A.

²⁴⁴² *Id.*, B. III. 2.

²⁴⁴³ *Id.*, B. III. 1.

²⁴⁴⁴ Codifié à l'art. L. 341-4, al. 3 du Code de l'énergie.

²⁴⁴⁵ Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 ..., *cit.*, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016, pp. 83 – 84.

²⁴⁴⁶ CE, 8 fév. 2017, n° 393714, cons. 7.

²⁴⁴⁷ ANFR, « Rapport technique sur les niveaux de champs électromagnétiques créés par les compteurs Linky - VOLET 3 : mesures sur le terrain », sept. 2016, p. 1.

²⁴⁴⁸ CE, 20 mars 2013, *Robin des toits*, n° 354321, cons. 7.

²⁴⁴⁹ *Id.*, cons. 8.

²⁴⁵⁰ Cf. Olivier DIDRICHE, « Incompétence du conseil municipal et principe de précaution : suspension d'une délibération refusant les compteurs "Linky" », *AJCT*, 2016, pp. 649 – 650.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

que cosmétique²⁴⁵¹. Cependant, si un propriétaire pourra toujours refuser l'accès au compteur, les pouvoirs publics ont déjà prévu que les réfractaires seront à terme soumis à la facturation du surcoût entraîné par l'obligation d'envoyer des agents réaliser un relevé à pied, quand les compteurs communicants ne le nécessitent pas²⁴⁵².

A l'instar de la mise à l'arrêt des réacteurs nucléaires qui nécessite un arbitrage entre droit à la propriété privée et cadencement approprié de la transition énergétique²⁴⁵³, la modification des réseaux, à commencer par l'installation des compteurs communicants, impose de prendre les mesures permettant à ces équipements de respecter la vie privée et la santé des habitants concernés. Le droit, qui se doit d'être aussi capaciteur que les technologies qu'il encadre pour la mise en œuvre du processus de transition, se doit donc aussi d'être protecteur de droits antérieurs plus pertinents que jamais.

2) Autoconsommation et réseaux fermés de distribution, les évolutions techniques poussant le législateur vers davantage de décentralisation

L'un des phénomènes les plus marquants dans le monde des énergies renouvelables de ces dernières années est l'émergence de l'autoconsommation d'électricité, principalement photovoltaïque (PV), car devenue moins chère que celle distribuée par le réseau. Cet état de fait ainsi que la porte ouverte aux réseaux fermés de distribution feront probablement davantage pour la décentralisation du modèle électrique français que ne l'avait prévu le législateur lors des dernières lois territoriales et de transition énergétique.

a) Le droit de la transition énergétique et l'autoconsommation, un cadre attendu mais critiqué

A l'échelle mondiale, l'électricité PV produite dans certains pays à fort ensoleillement ou pratiquant des prix élevés de l'électricité a atteint la parité réseau. Il devient dès lors plus intéressant pour le consommateur de produire et consommer sa propre électricité que d'injecter et de soutirer sur le réseau. Cette réalité, qui touche déjà l'Allemagne, l'Italie ou certains Etats US, impose alors au législateur (ou au régulateur) d'adapter les modes de soutien existants. Si en effet, avant l'atteinte de ce seuil le développement du PV nécessite un soutien public, une fois franchi, le système doit évoluer afin d'en limiter les coûts pour la collectivité. Il consistera alors principalement à inciter le consommateur à utiliser au maximum son installation et donc de faire coïncider courbes de production et de charge, soit par un changement de son comportement (pilotage de la demande) soit par l'usage d'installations de stockage. L'expérience de différents modes de soutien dans les pays cités ainsi que dans d'autres a montré que le système mis en place devait être assez flexible pour pouvoir évoluer et éviter la création d'injustices sociales²⁴⁵⁴. En tout état de cause,

²⁴⁵¹ Codifié à l'art. L. 111-6-7 du Code de la construction et de l'habitation.

²⁴⁵² Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 ..., *cit.*, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016, p. 87.

²⁴⁵³ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, II.

²⁴⁵⁴ DGEC, « Rapport sur l'autoconsommation et l'autoproduction de l'électricité renouvelable », déc. 2014, pp. 19 – 21.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

« l'autoconsommation n'en n'est qu'à sa phase initiale, avec la plupart des pays testant des réglementations pour encadrer son développement »²⁴⁵⁵.

En France métropolitaine, si la parité réseau est déjà atteinte pour les petites installations non intégrées au bâti dans les régions ensoleillées, l'atteinte de ce seuil au niveau national est prévue pour 2020²⁴⁵⁶. Du fait de cette évolution, et afin de tirer pleinement parti des avantages de l'autoconsommation (décongestion du réseau), le législateur a élaboré un cadre juridique propre à ce phénomène. En vertu de l'article 119, 3^o de la loi de transition énergétique, le Gouvernement a ainsi obtenu l'autorisation de prendre une ordonnance afin *« [d]e mettre en place les mesures nécessaires à un développement maîtrisé et sécurisé des installations destinées à consommer tout ou partie de leur production électrique, comportant notamment la définition du régime de l'autoproduction et de l'autoconsommation »*. Cette ordonnance fut prise le 27 juillet 2016²⁴⁵⁷ et ratifiée le 24 février 2017²⁴⁵⁸, créant ainsi le chapitre V du Titre I^{er}, Livre III du Code de l'énergie, composé des articles L. 315-1 à -8. En conséquence, la définition légale de l'autoconsommation individuelle comporte 4 éléments : un *« autoproducteur »* ; qui consomme lui-même son électricité ; sur un même site ; pour toute ou partie de sa production²⁴⁵⁹. La loi de ratification a ajouté au même article que l'électricité autoconsommée peut soit l'être instantanément soit après stockage, résolvant ainsi par avance une incertitude juridique qui promettait seulement d'empirer²⁴⁶⁰. L'article suivant précise le régime de l'autoconsommation collective, recouvrant de forts enjeux de développement. Le principe est le même sauf que *« la fourniture d'électricité est effectuée entre un ou plusieurs producteurs et un ou plusieurs consommateurs finals liés entre eux au sein d'une personne morale »²⁴⁶¹.*

Si l'édiction de ce régime juridique, complété par le décret du 28 avril 2017²⁴⁶², est accueillie à bras ouvert par la doctrine²⁴⁶³, il n'en reste pas moins qu'il souffre certains défauts qui avaient pourtant été signalés auparavant. Le principal, qui avait été relevé expressément par

²⁴⁵⁵ Gaëtan MASSON, Jose Ignacio BRIANO, Maria Jesus BAEZ, « Review and analysis of PV self-consumption policies », International Energy Agency - Photovoltaic Power Systems Programme (IEA-PVPS), 2016, p. 74.

²⁴⁵⁶ Sophie FABREGAT, « Photovoltaïque : quelle autoconsommation ... », *cit.*, 17 mai 2016.

²⁴⁵⁷ Ordonnance n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 relative à l'autoconsommation d'électricité.

²⁴⁵⁸ Loi n° 2017-227 du 24 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 relative à l'autoconsommation d'électricité et n° 2016-1059 du 3 août 2016 relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables et visant à adapter certaines dispositions relatives aux réseaux d'électricité et de gaz et aux énergies renouvelables.

²⁴⁵⁹ C. Ener., art. L. 315-1.

²⁴⁶⁰ Blanche LORMETEAU, « L'ordonnance "autoconsommation" : premier pas vers une décentralisation du système énergétique national en faveur de la lutte contre le dérèglement climatique », *Droit de l'Environnement*, oct. 2016, p. 253.

²⁴⁶¹ C. Ener., art. L. 315-2.

²⁴⁶² Décret n° 2017-676 du 28 avril 2017 relatif à l'autoconsommation d'électricité et modifiant les articles D. 314-15 et D. 314-23 à D. 314-25 du code de l'énergie.

²⁴⁶³ Cf. Blanche LORMETEAU, « L'ordonnance "autoconsommation" ... », *cit.*, oct. 2016, p. 255 ; Patricia LAURENT, « Autoconsommation d'électricité : la loi du 24 février 2017 complète le cadre juridique [Avis d'expert] », *GreenUnivers*, 27 fév. 2017, consulté le 23 mars 2017 [<https://www.greenunivers.com/2017/02/autoconsommation-deelectricite-la-loi-du-24-fevrier-2017-complete-le-cadre-juridique-avis-dexpert-158308/>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

la CRE²⁴⁶⁴, la doctrine²⁴⁶⁵ et des parlementaires²⁴⁶⁶, n'a pas été solutionné, posant question sur la volonté réelle de développer l'autoconsommation collective. En effet, l'usage du terme de « *fourniture d'électricité* » fait directement référence au régime juridique des fournisseurs²⁴⁶⁷, lourd et complexe alors qu'il est ici question d'électricité générée et consommée à l'échelle d'un quartier tout au plus. Plus encore, si le projet de réforme de la directive de 2009 sur le marché de l'électricité garde ses dispositions actuelles en la matière, une telle qualification serait expressément condamnée²⁴⁶⁸.

Un autre élément, qui mérite débat, s'adresse cette fois davantage à la CRE, dans l'application qu'elle fait de la loi. En application de l'article L. 315-3 du Code de l'énergie, la CRE est chargée d'établir un TURPE spécifique aux installations d'autoconsommation de moins de 100 kilowatt de puissance installée. Après s'y être opposée lors de son avis sur le projet d'ordonnance²⁴⁶⁹, la Commission indique dans sa délibération sur le TURPE 5 qu'elle modifie le système antérieur et engage « *une large concertation pour améliorer la prise en compte de l'autoconsommation par le tarif* »²⁴⁷⁰. Ce qui ne semble que partiellement respecter la lettre de la loi. Intrinsèquement, l'autoconsommation consiste à ne pas ou moins utiliser le réseau, ou alors à des heures différentes de certains pics de consommation. Ce service de décongestion du réseau lors des périodes chargées a une valeur économique, et le Code de l'énergie entend en rétrocéder une partie aux autoconsommateurs afin de les encourager. Mais la CRE estime que les nouveaux tarifs à 4 plages horaires prennent déjà en compte cet aspect²⁴⁷¹. Bien que la loi de ratification ait exonéré les petites installations d'autoconsommation de CSPE et de taxe départementale sur la consommation finale d'électricité²⁴⁷², reconnaissant ainsi leur rôle positif pour la collectivité, la confrontation entre législateur et régulateur n'est pas qu'une question de chiffres. En réalité, c'est même le cœur du dilemme de l'autoconsommation qui est ici touché du doigt. En effet, si la moindre utilisation du réseau a des effets positifs, le revers de la médaille est que les autoconsommateurs ne contribuent plus, ou plus autant qu'avant, au financement de la maintenance et des investissements sur les réseaux. Or, le réseau, auquel ils sont encore

²⁴⁶⁴ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 13 juillet 2016 portant avis sur le projet d'ordonnance relative à l'autoconsommation d'électricité, pp. 2 – 3.

²⁴⁶⁵ Cf. Blanche LORMETEAU, « L'ordonnance "autoconsommation" ... », *cit.*, oct. 2016, p. 254 ; Anne-Claire POIRIER, « [Avis d'expert] Que dit l'ordonnance autoconsommation ? », *GreenUnivers*, 28 juil. 2016, consulté le 23 mars 2017 [<https://www.greenunivers.com/2016/07/avis-dexpert-que-dit-lordonnance-autoconsommation-149157/>].

²⁴⁶⁶ Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 ..., *cit.*, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016, pp. 230 – 231.

²⁴⁶⁷ *C. Ener.*, art. L. 331-1 et svts.

²⁴⁶⁸ Commission européenne, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité », 23 fév. 2017, cons. 29 du préambule, p. 36.

²⁴⁶⁹ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 13 juillet 2016 portant avis sur le projet d'ordonnance relative à l'autoconsommation d'électricité, p. 2.

²⁴⁷⁰ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 17 novembre 2016 portant décision sur les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité dans les domaines de tension HTA et BT, p. 3.

²⁴⁷¹ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 19 janvier 2017 portant décision sur la demande de la ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, en charge des relations internationales sur le climat, d'une nouvelle délibération sur les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité dans les domaines de tension HTA et BT, p. 2.

²⁴⁷² Loi n° 2017-227 du 24 février 2017 ratifiant les ordonnances ..., *cit.*, art. 7.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

connectés, leur sert toujours d'assurance en cas de problème technique ou de faible production. Ils sont alors parfois qualifiés de « *passagers clandestins* »²⁴⁷³. Surtout, cet état de fait pose une question de justice sociale, étant donné que ceux qui ne peuvent se permettre de s'équiper d'installations d'autoconsommation doivent supporter alors l'ensemble des coûts du réseau²⁴⁷⁴.

Afin d'adapter le système aux évolutions du système électrique (baisse des prix des panneaux PV et des batteries par exemple), la CRE propose « *une clause de rendez-vous* » en 2019 pour revisiter le TURPE 5 si nécessaire²⁴⁷⁵. Reste alors à espérer que ce genre d'évolution par à-coups offrira suffisamment de sécurité juridique et évitera tout changement brusque similaire au moratoire sur le PV de 2010 vu dans le chapitre précédent²⁴⁷⁶.

Il apparaît donc qu'en ce qui concerne le développement de l'autoconsommation, le droit de la transition énergétique tâche d'en réunir les conditions en créant un cadre là où il n'y en avait pas auparavant. Toutefois, « *sa mise en œuvre soulève encore des questions* »²⁴⁷⁷ et le promet donc à de nouvelles évolutions, afin de mieux prendre en compte ce nouveau rapport à l'énergie dans les bâtiments de tous usages.

b) La consécration longtemps attendue des réseaux fermés de distribution

La consécration des réseaux fermés de distribution par une ordonnance du 15 décembre 2016²⁴⁷⁸ apparaît pour la doctrine clairement liée au contexte évoqué ci-dessus d'entrée dans le droit des réseaux intelligents et de l'autoconsommation, et ne va pas sans poser la question de leur articulation juridique²⁴⁷⁹.

D'après l'article L. 111-52 du Code de l'énergie, il existe un monopole de distribution d'électricité au profit d'Enedis et des Entreprises locales de distribution (ELD) existantes. La transposition en droit français du régime européen optionnel des réseaux fermés de distribution²⁴⁸⁰ constitue-t-il alors l'arrivée dans le secteur de la distribution d'un nouveau type d'ELD ? Au vu des éléments du nouveau Chapitre IV, Titre IV, Livre III du Code de l'énergie, il ne semble pas.

En effet, ce réseau fermé a pour but de distribuer de l'électricité « *à l'intérieur d'un site géographiquement limité* », pour « *un ou plusieurs consommateurs non résidentiels exerçant des activités de nature industrielle, commerciale ou de partages de services* »²⁴⁸¹. Le même

²⁴⁷³ France Stratégie, « Energie centralisée ou décentralisée ? », jan. 2017, p. 4.

²⁴⁷⁴ A relier à la question de la justice énergétique, cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2 II) B).

²⁴⁷⁵ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 17 novembre 2016 portant décision sur les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité dans les domaines de tension HTA et BT, p. 3.

²⁴⁷⁶ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, II) A).

²⁴⁷⁷ Nelsie BERGES, Olivia WOODROFFE, « Énergie solaire : le nouveau cadre juridique de l'autoconsommation », *Contrats Publics*, n° 168, sept. 2016, p. 67.

²⁴⁷⁸ Ordonnance n° 2016-1725 du 15 décembre 2016 relative aux réseaux fermés de distribution.

²⁴⁷⁹ Cf. Blanche LORMETEAU, « L'ordonnance "autoconsommation" ... », *cit.*, oct. 2016, p. 253 ; Patricia LAURENT, « Autoconsommation d'électricité ... », *cit.*, 27 fév. 2017.

²⁴⁸⁰ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, art. 28.

²⁴⁸¹ C. *Ener.*, art. L. 344-1, al. 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

article du Code impose de justifier un tel réseau par des raisons techniques ou de sécurité, ou pour desservir le propriétaire ou gestionnaire du réseau ou des entreprises liées. La distribution à des consommateurs finals résidentiels ne peut se faire que par exception et « à titre accessoire »²⁴⁸². Nous passerons sur les aspects techniques de l'ordonnance, notamment sur les devoirs du gestionnaire de ce réseau, pour nous concentrer sur le fait qu'au vu des éléments développés, il apparaît que si le régime des réseaux fermés de distribution aura l'avantage de donner une base juridique à une situation génératrice de contentieux²⁴⁸³, elle seule n'apportera une décentralisation marquée de la distribution d'électricité.

Il nous faut préciser que dans les faits, les réseaux fermés de distribution, raccordés au réseau public de distribution existent de longue date²⁴⁸⁴, en particulier pour des sites industriels ou avec des activités du tertiaire comme des gares ou des aéroports²⁴⁸⁵. Jusqu'à l'adoption et la ratification de l'ordonnance du 15 décembre 2016, ils existaient, le CoRDs notamment les reconnaissait dans ses décisions à certaines conditions (dont la principale, le comptage individuel des clients lié à leur possibilité de choisir librement un fournisseur)²⁴⁸⁶, mais il leur manquait un régime propre et clair. Etant amenés à se développer avec l'essor de l'autoconsommation collective, l'introduction en droit français d'une définition des réseaux fermés de distribution, transposée à partir de l'article 28 de la directive 2009/72/CE²⁴⁸⁷, était la bienvenue. Elle l'aura été d'autant plus que moins d'un mois après l'adoption de l'ordonnance, la cour d'appel de Paris prenait une décision qualifiée d'« *anachronique* » par la doctrine dans l'affaire de l'écoquartier *Valsophia*²⁴⁸⁸. Or, ce type de quartiers regroupant des constructions ensemble quasi-autonomes (voire même au bilan positif) en électricité représentent l'un des enjeux les plus importants de la réalisation de la transition énergétique et nécessitent à ce titre un régime juridique adapté. Régime qui toutefois ne peut ignorer les questions à l'échelle nationale de péréquation tarifaire, notamment. Nonobstant, il est fort probable que le droit de la transition énergétique doive se préparer à faire un nouveau bond en avant sur ce sujet avec le processus actuel d'adoption du « *quatrième paquet énergie-climat* » de la Commission européenne.

A ce sujet, la CRE a fait connaître sa position en réponse aux propositions de la Commission. Si elle admet des aspects positifs au profit des « *communautés énergétiques locales* », en particulier s'agissant de l'entraînement des citoyens dans la transition énergétique et de la flexibilité du système électrique, se dirigeant vers un maillage de mini-réseaux

²⁴⁸² C. Ener., art. L. 344-2.

²⁴⁸³ Pierre SABLIÈRE, « Rétrocession d'électricité, alimentation en décompte et réseaux fermés de distribution », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 12, déc. 2015, étude 20, §16 – 20.

²⁴⁸⁴ Aurore-Emmanuelle RUBIO, Christophe BARTHELEMY, « L'arrêt *Valsophia* et les réseaux fermés de distribution », *RFDA*, 2017, pp. 445 – 447.

²⁴⁸⁵ Comme dans l'affaire CJCE, 22 mai 2008, *Citiworks AG*, aff. C-439/06. Cet arrêt est fondateur dans la jurisprudence européenne concernant les réseaux et leur accès. Cf. Aurore-Emmanuelle RUBIO, Christophe BARTHELEMY, « L'arrêt *Valsophia* ... », *cit.*, 2017, pp. 447, 452.

²⁴⁸⁶ Aurore-Emmanuelle RUBIO, Christophe BARTHELEMY, « L'arrêt *Valsophia* ... », *cit.*, 2017, pp. 445 – 447.

²⁴⁸⁷ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

²⁴⁸⁸ Aurore-Emmanuelle RUBIO, Christophe BARTHELEMY, « L'arrêt *Valsophia* ... », *cit.*, 2017, p. 452.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

interconnectés, elle souligne le risque pour la planification du réseau (le mini-réseau constituant une « *poche* » inaccessible au gestionnaire) et surtout, le principe de péréquation tarifaire²⁴⁸⁹. A l'image des risques en termes de justice sociale que nous avons évoqués concernant l'autoconsommation d'électricité, ici, des réseaux fermés de distribution se développeraient surtout (uniquement ?) dans des zones urbaines denses, où les réseaux peuvent desservir de nombreux clients avec des investissements moindres. Cela risquerait alors de causer un « *renchérissement des tarifs d'utilisation des réseaux publics pour leurs utilisateurs* » selon la CRE²⁴⁹⁰. Enfin, le régulateur rappelle également que la péréquation relève de la compétence des Etats et elle incite donc la Commission à modérer ses ardeurs législatrices sur la question afin de laisser le droit national de la transition énergétique procéder aux arbitrages selon ses circonstances locales.

Au final, la conjugaison, comme évoquée quelques lignes plus haut, de ces réseaux fermés, de l'autoconsommation (individuelle ou collective), des compteurs communicants et des dispositifs de stockage de l'électricité (objet du II suivant), devrait faire davantage pour la décentralisation de l'énergie que les textes déléguant les compétences propres à la transition énergétique aux collectivités territoriales²⁴⁹¹, renforçant ainsi le caractère « *chamboule-tout* » du droit de la transition énergétique, y compris par des voies détournées. Pour que cette évolution n'aboutisse pas à des quartiers fortunés autonomes en énergie avec leur propre réseau et le reste de la population devant payer pour le réseau national qui sert d'assurance à tous, il faudra donc cependant que le droit de la transition énergétique ne prenne pas seulement en compte des aspects uniquement techniques, bien que très vivifiants intellectuellement, mais s'intéresse aussi aux conséquences sociales et environnementales de sa réglementation²⁴⁹².

II. L'incertitude juridique internationale, européenne et française sur le stockage d'énergie

Les progrès fulgurants des technologies de stockage de l'électricité par batterie, et la baisse consécutive de leurs coûts²⁴⁹³, pose dorénavant au législateur de nombreux pays la question de l'encadrement qu'il souhaite lui donner. Si dans certains Etats étrangers et en droit communautaire la confusion règne encore, les régimes juridiques tendent vers une meilleure adaptation et à une standardisation à l'échelle régionale. En revanche, en France, le stockage d'électricité brille encore par sa quasi-inexistence juridique.

²⁴⁸⁹ CRE, Fiche position n° 8 - Paquet énergie propre / observations du régulateur français - Communautés énergétiques locales, 21 juin 2017, pt. 3 [<http://www.cre.fr/actualites/cre/13-fiches-de-la-cre>].

²⁴⁹⁰ *Id.*, pt. 2.

²⁴⁹¹ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2, I.

²⁴⁹² Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, II) B) 2).

²⁴⁹³ Cf. Anna HIRTENSTEIN, « Batteries Storing Power Seen as Big as Rooftop Solar in 12 Years », *Bloomberg*, 13 juin 2016, consulté le 27 mars 2017 [<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-06-13/batteries-storing-power-seen-as-big-as-rooftop-solar-in-12-years>].

A) La confusion des régimes juridiques étrangers et européen du stockage d'énergie

Le rythme de développement du stockage d'électricité de nouvelle génération (donc à l'exclusion des stations de transfert d'énergie par pompage – STEP) dépend fortement des conditions géographiques et du prix moyen de l'électricité de chaque pays. En effet, des pays dotés d'une grande ressource hydroélectrique, comme la Norvège, ne nécessiteront probablement pas de stockage par batterie avant plusieurs années, sinon décennies. Des prix de l'électricité élevés incitent en revanche à développer le stockage, notamment résidentiel afin de réduire la facture énergétique. En fonction de ces éléments, le législateur a pu se prononcer de manière variée entre les différents Etats fédérés des USA tout comme au sein des Etats européens. Cependant, dans les deux cas, le régime juridique reste éparpillé et parcellaire.

1) Le besoin d'un cadre réglementaire adapté pour tirer pleinement parti des avantages du stockage d'électricité, l'exemple des USA

Aux USA, le développement de batteries électriques de grande capacité (en sus de l'essor du stockage résidentiel²⁴⁹⁴) prend forme afin de participer à l'équilibrage du réseau, et en particulier d'intégrer davantage d'électricité d'origine renouvelable variable et gérer la pointe de consommation du soir. La Californie, Etat connu pour son engagement fort en faveur des énergies renouvelables, fournit des exemples édifiants de cette progression. D'ici 2021, une batterie d'une capacité installée de 100 MW (composée de 18 000 batteries de technologie lithium-ion) sera installée à Long Beach, à proximité de Los Angeles. Elle remplacera une centrale à gaz de production de pointe afin d'alimenter le réseau durant la fin d'après-midi. Cette batterie a été choisie après une mise en concurrence ayant résulté en 1800 offres, incluant des centrales de génération thermique classique. C'est la première fois aux Etats-Unis qu'une batterie est plus compétitive que des centrales conventionnelles²⁴⁹⁵.

Toujours aux alentours de Los Angeles, une autre batterie de forte capacité a été installée fin 2016, afin de parer au risque de coupure d'électricité suite à la fuite de méthane d'un stockage de gaz²⁴⁹⁶. Cette installation, au coût comparable à celui d'une centrale à gaz de pointe, grâce à sa rapidité de construction et le peu d'autorisations, notamment

²⁴⁹⁴ Brett SIMON, « The Growing Opportunity for Residential Energy Storage in the US », *gtm*, 9 juin 2016, consulté le 27 mars 2017 [<https://www.greentechmedia.com/articles/read/The-Growing-Opportunity-for-Residential-Energy-Storage-in-the-US>].

²⁴⁹⁵ John FIALKA, « World's Largest Storage Battery Will Power Los Angeles », *Scientific American*, 7 juil. 2016, consulté le 27 mars 2017 [<https://www.scientificamerican.com/article/world-s-largest-storage-battery-will-power-los-angeles/>].

²⁴⁹⁶ *Le Monde*, « La fuite de gaz en Californie est sous contrôle », 12 fév. 2016, consulté le 27 mars 2017 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2016/02/12/la-fuite-de-gaz-en-californie-est-sous-contrôle_4863982_3244.html].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

environnementales, requises en comparaison d'une centrale conventionnelle, permet de renforcer la sécurité énergétique de l'Etat²⁴⁹⁷.

Ces installations ne sont pas seulement le résultat de progrès techniques et économiques, ils sont aussi le couronnement d'une législation Californienne développée depuis 2010 particulièrement volontaire. L'élément principal est l'Assembly Bill 2514, adopté en 2010. Ce texte de loi demanda au régulateur californien de l'énergie (la California Public Utilities Commission – CPUC) d'envisager la création d'une obligation de capacité de stockage par les fournisseurs d'électricité. En application, la CPUC fixa en 2013 comme objectif à l'ensemble des fournisseurs d'installer un total de 1 325 MW de nouvelles capacités de stockage d'ici 2024, le tout à coût équivalent pour le consommateur²⁴⁹⁸. Le législateur a donc dans ce cas joué un rôle d'aiguillon, par une intervention finalement limitée mais efficace.

Aux Etats-Unis, la régulation du stockage d'électricité est rendue complexe par sa multiplicité de rôles. Une installation de stockage peut en effet être considérée comme un outil de production, de consommation, de transmission ou de distribution selon la ou les tâches qui lui sont attribuées et le moment de la journée. Dès lors, la réglementation et la régulation est divisée entre le niveau fédéral et le niveau fédéré, ce dernier étant lui-même composé de 50 cadres juridiques différents²⁴⁹⁹. Or, selon maître Michael J. Allen, le stockage d'électricité rend essentiellement les mêmes services au réseau dans l'ensemble des Etats et des régimes différents risquent d'engendrer des surcoûts importants évitables, surtout que de nombreux fournisseurs agissent sur plusieurs Etats. C'est pourquoi cet auteur appelle les législateurs et régulateurs fédérés et fédéral à éviter une vaine « *balkanisation* » du réseau électrique et à créer un régime commun harmonisé²⁵⁰⁰.

L'exemple nord-américain ici évoqué a plusieurs vertus. Il permet tout d'abord de constater que *via* un encadrement juridique approprié, le stockage d'électricité par batterie peut se développer à un coût compétitif et rendre des services au réseau qui ne seraient pas envisageables avec des installations conventionnelles. Il permet surtout de percevoir l'enjeu essentiel d'un régime harmonisé qui apporte une réponse à la question de la qualification juridique de l'activité de stockage. Sans surprise, l'Union européenne et certains de ses voisins sont confrontés aux mêmes enjeux et aux mêmes problématiques.

²⁴⁹⁷ Diane CARDWELL, « Tesla Gives the California Power Grid a Battery Boost », *The New York Times*, 30 jan. 2017, consulté le 27 mars 2017 [https://www.nytimes.com/2017/01/30/business/energy-environment/battery-storage-tesla-california.html?_r=2].

²⁴⁹⁸ Tam HUNT, « Is an Energy Storage Tsunami About to Hit California? », *gtm*, 5 mai 2014, consulté le 27 mars 2017 [<https://www.greentechmedia.com/articles/read/is-an-energy-storage-tsunami-about-to-wash-over-california>].

²⁴⁹⁹ Michael J. ALLEN, « Energy Storage: The Emerging Legal Framework (And Why It Makes a Difference) », *Natural Resources & Environment*, vol. 30, n° 4, 2016, pp. 20-26.

²⁵⁰⁰ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2) Des régimes juridiques européens éparpillés du fait d'une absence de définition communautaire

L'éparpillement des régimes de stockage des Etats européens repose sur des capacités hydrauliques différentes, des pratiques juridiques différentes et des besoins différents. Cependant, le dénominateur commun pour une bonne partie d'entre eux est l'absence de réglementation adaptée, du fait de l'absence de définition juridique du stockage. Et cette absence doit se régler en premier lieu au niveau du droit communautaire afin de pouvoir mettre en place des réglementations nationales harmonisées.

a) L'éparpillement des régimes de stockage des Etat européens

Ces lignes s'intéresseront au régime du stockage électrique dans certains Etats membres de l'Union européenne ainsi que de la Norvège, du fait de sa forte connexion avec les pays de l'Europe du Nord qui utilisent ses capacités hydroélectriques pour une partie de l'équilibrage de leurs propres réseaux (en particulier le Danemark). Ces éléments reposent sur une étude de 2014, les dispositions ont donc pu changer entretemps, mais ils permettent à tout le moins de présenter les différences d'appréhension du stockage entre ces pays. Dans la plupart des cas, aucune réglementation particulière n'encadre le stockage, qui se voit alors appliqué le régime d'une installation de production d'électricité, de consommation, ou les deux. Enfin, au vu du faible développement au début 2017 des batteries électriques de grande capacité, davantage qualifiables de démonstrateurs²⁵⁰¹, les réglementations évoquées s'appliquent plus particulièrement à du stockage *via* des STEP.

De première part, le Royaume-Uni considère les installations de stockage d'électricité comme des unités de production d'énergie, soumises à la réglementation afférente, dont une autorisation. Bien que le stockage soit déclaré au nombre des éléments cruciaux pour l'atteinte des objectifs de transition énergétique en Albion, le manque de clarté sur son avenir s'ajoute à l'inexistence d'un cadre juridique spécifique pour en garantir le développement²⁵⁰². De deuxième part, le Danemark et l'Allemagne considèrent le stockage d'électricité comme une installation de consommation. Si les deux Etats considèrent le stockage comme un élément clé de leur transition (les deux étant en pointe sur ce sujet), le Danemark lui applique le régime et les tarifs de réseau concernés alors que l'Allemagne a mis en place un régime spécifique détaillé à l'issue de ce paragraphe²⁵⁰³. De troisième part, la Norvège et l'Espagne considèrent le stockage d'électricité à la fois comme une production et une consommation. Les installations concernées doivent donc payer les tarifs d'accès au réseau lorsqu'elles soutirent et lorsqu'elles injectent de l'électricité sur le réseau²⁵⁰⁴. En sus, la Norvège applique

²⁵⁰¹ Cf. par exemple, CRE, « Quelques expérimentations de stockage à l'étranger », *Smartgrids-cre.fr*, consulté le 27 mars 2017 [<http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=stockage-experimentations-etranger>].

²⁵⁰² Oghenetejiri Harold ANUTA *et al.*, « An international review of the implications of regulatory and electricity market structures on the emergence of grid scale electricity storage », *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, n° 38, 2014, p. 496.

²⁵⁰³ *Id.*, p. 497.

²⁵⁰⁴ *Id.*, pp. 497 – 498.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

une surtaxe lorsqu'une installation de stockage soutire de l'électricité du réseau durant les périodes de pointe, afin de limiter l'ampleur de ces dernières²⁵⁰⁵.

A l'exception de la majorité des situations évoquées ci-dessus, l'Allemagne est qualifiée par la CRE de « *pays du monde qui a développé le plus vaste cadre pour le secteur du stockage de l'énergie* »²⁵⁰⁶. Engagée dans l'*Energiewende*, cette dernière doit en effet préparer son système électrique à la pénétration croissante d'énergie éolienne et solaire et ainsi gérer leur variabilité. Afin de favoriser le développement de ces technologies, l'Allemagne a exempté de tarifs d'accès au réseau les nouvelles installations de stockage depuis une loi de 2009, et ce pour une durée de 20 ans. Egalement, l'électricité d'origine renouvelable stockée bénéficie des tarifs d'achat propres aux énergies renouvelables et est exemptée de taxe sur la consommation d'électricité. Le développement de systèmes de stockage conjugués à des sites de production d'énergie renouvelable est de ce fait incité et le risque de stockage d'électricité d'origine fossile ou fissile est diminué d'autant. Enfin, les installations de stockage résidentielles couplées à des systèmes PV font l'objet d'une subvention à l'investissement, incitant à l'autoconsommation et décongestionnant les réseaux²⁵⁰⁷. Mais même dans le cas de l'Allemagne, le manque de réglementation adaptée est pointé du doigt²⁵⁰⁸. En réalité, cet état de fait reflète l'absence de définition juridique du stockage au niveau du droit communautaire même.

Ainsi, à l'instar des réseaux électrique eux-mêmes, les droits nationaux régissant la transition énergétique à l'échelle européenne doivent s'interconnecter.

b) L'absence néfaste de définition juridique du stockage en droit communautaire

Un rapport rédigé sur demande de la commission du Parlement européen sur l'industrie, la recherche et l'énergie et publié en octobre 2015²⁵⁰⁹, s'interrogeant sur l'encadrement dont devrait faire l'objet le stockage d'électricité à l'échelle de l'UE, a relevé que la directive sur le marché de l'électricité de 2009²⁵¹⁰ ne mentionnait pas une seule fois le stockage, à la différence de la directive de la même année sur le marché du gaz²⁵¹¹. Plus encore que la différence de maturité technologique entre le stockage de gaz, maîtrisé de longue date, et son pendant électrique, c'est du fait d'une différence de besoins que cette absence de réglementation européenne existe. En effet, jusqu'à une époque récente, des capacités relativement limitées de flexibilité ou de stockage *via* des centrales de pointe, de l'effacement ou des STEP suffisaient à maintenir l'équilibre de réseaux majoritairement basés sur des énergies pilotables (bien qu'il faudrait différencier entre les centrales de production de base,

²⁵⁰⁵ *Id.*, p. 497.

²⁵⁰⁶ CRE, « Quelques expérimentations de stockage à l'étranger – Allemagne », *Smartgrids-cre.fr*, consulté le 27 mars 2017 [<http://www.smartgrids-cre.fr/index.php?p=stockage-experimentations-etrananger>].

²⁵⁰⁷ Oghenetajiri Harold ANUTA *et al.*, « An international review ... », *cit.*, 2014, p. 497.

²⁵⁰⁸ *Ibid.*

²⁵⁰⁹ Policy Department A, « Energy storage : which market designs and regulatory incentives are needed ? », pour le Parlement européen, oct. 2015.

²⁵¹⁰ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

²⁵¹¹ Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

comme les nucléaires, et de pointe). L'absence de besoins a donc créé (ou laissé tel quel) l'absence de droit en traitant.

D'après le rapport, « *ce manque de clarté a eu pour résultat de voir certains Etats membres appliquer un double tarif d'utilisation du réseau à l'électricité stockée par des stations de pompage hydrauliques, par exemple* »²⁵¹². Il constate alors qu'il n'existe pas, au moment de sa rédaction, de réglementation commune dans l'UE sur cette question, laissée au bon vouloir des Etats-membres²⁵¹³. Il prononce alors 6 recommandations dont certaines nous intéressent tout particulièrement. En premier lieu, la proposition numéro 3 recommande d'inciter les producteurs d'électricité renouvelable de grande taille à équilibrer eux-mêmes leur production²⁵¹⁴ et non plus à les inciter à produire autant que possible, quelles que soient les conséquences pour le réseau. En second lieu, la proposition numéro 4 recommande de mettre en place un marché de flexibilité neutre technologiquement²⁵¹⁵. Un Etat-membre demanderait alors à toute partie intéressée de proposer une solution pour fournir ou soustraire du réseau X MW. En sus des classiques centrales de pointe et de l'effacement (à l'instar du marché de capacité français, vu précédemment²⁵¹⁶), un pétitionnaire pourrait alors proposer la mise en place d'une installation de stockage, sur un pied d'égalité avec ses concurrents, à l'image de l'exemple Californien vu quelques pages plus haut. Enfin, en troisième lieu, la proposition 5 recommande de clarifier le rôle du stockage (production/transmission/consommation) et d'autoriser les opérateurs de réseau à investir, utiliser et exploiter une installation de stockage pour des missions d'équilibrage du réseau et autres services auxiliaires²⁵¹⁷. En effet, sous l'empire de la directive de 2009, les gestionnaires de réseau ne peuvent, sur le fondement de la libéralisation du marché, détenir ou contrôler d'installations de production d'électricité²⁵¹⁸, or, les installations de stockage sont souvent considérées par défaut ainsi et l'injection d'électricité fait partie de leurs caractéristiques intrinsèques.

Suite à ces recommandations et étant donné que la proposition de refonte de la directive de 2009 est publique, il est possible de prendre connaissance de la position de la Commission européenne sur ce sujet. Tout d'abord, signe de l'évolution des situations entre 2009 et 2017, la proposition de directive s'empare clairement du sujet du stockage. Dès son préambule, elle encourage les gestionnaires de réseau à utiliser le stockage « *sur la base de procédures de marché* »²⁵¹⁹. C'est probablement cette dernière précision qui concentrera les discussions et contentieux dans les Etats-membres, ainsi que nous le verrons pour la France ci-après. Dès son article 1^{er}, la proposition de directive énonce qu'elle établit des règles pour le

²⁵¹² Policy Department A, « Energy storage ... », *cit.*, oct. 2015, p. 11.

²⁵¹³ *Ibid.*

²⁵¹⁴ *Id.*, p. 12.

²⁵¹⁵ *Ibid.*

²⁵¹⁶ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 2, I) A) 2).

²⁵¹⁷ Policy Department A, « Energy storage ... », *cit.*, oct. 2015, pp. 12 – 13.

²⁵¹⁸ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, art. 9, 1. b) et 25, 5.

²⁵¹⁹ Commission européenne, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité », 23 fév. 2017, cons. 42 du préambule, p. 40.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

stockage²⁵²⁰. Et son article 2, attaché à définir les termes utilisés dans le texte, fournit la définition suivante du stockage d'énergie dans le système électrique :

« [L]e report d'une partie de l'électricité qui a été produite jusqu'au moment de son utilisation soit par consommation finale, soit par conversion en un autre vecteur d'énergie »²⁵²¹.

Nous noterons que cette définition ouvre la porte à la complémentarité des vecteurs énergétiques, et donc à l'utilisation notamment de l'hydrogène, comme expliqué un peu plus bas. Dans le corps du projet, les articles 36²⁵²² et 54²⁵²³ viendraient encadrer les rapports entre les gestionnaires de réseaux de distribution et de transport, respectivement, et les installations de stockage. Par principe, ceux-ci ne pourraient détenir, gérer ou exploiter de telles installations. Par dérogation, les Etats-membres pourraient cependant les y autoriser sous certaines conditions cumulatives nécessitant notamment un appel d'offres ouvert et transparent qui n'aurait attiré aucun pétitionnaire, le caractère nécessaire de la solution de stockage, et une autorisation par l'autorité de régulation. De manière intéressante pour l'application de la directive, certaines différences apparaissent entre les obligations faites aux gestionnaires selon qu'ils soient chargés de la distribution ou du transport. Par exemple, le gestionnaire de transport n'est pas explicitement prohibé de développer des solutions de stockage, à la différence du gestionnaire de réseau de distribution.

Entre l'évolution continue des technologies de stockage à l'échelle mondiale, et la mise en place progressive d'un cadre de droit communautaire, la question de son cadre légal promet d'évoluer encore et de poser des questions passionnantes par leur nouveauté. Nous noterons que le droit communautaire de la transition énergétique (car ayant la même finalité que son pendant national) tente donc d'harmoniser des expérimentations juridiques nationales qui ont émergé au gré des besoins locaux. Et pour se faire, il doit donc commencer par ce qui permet en droit de déterminer l'objet de l'étude, et donc par le définir. Dans le cas hexagonal, bien que le cadre juridique soit quasi-inexistant, les premiers débats se sont déjà fait jour sur la qualification et le régime applicable ne serait-ce qu'à des expérimentations pilotes de stockage d'électricité.

B) L'expérimentation technique en attente d'expérimentation juridique, le cadre du stockage d'électricité en France

Les expérimentations techniques, notamment sous forme de démonstrateurs, vont bon train en France dans le domaine du stockage d'électricité sous diverses formes. Toutefois, le cadre juridique ne suit pas. Il est de fait quasi-inexistant. Faisant preuve d'attentisme, le législateur français semble attendre une définition européenne alors qu'avoir pris les devants aurait pu impulser davantage le développement de cette technologie qui s'avère essentielle à la transition énergétique sur le moyen et le long terme. Nous nous devons de préciser que bien que l'intérêt pour le stockage en outre-mer soit dès à présent plus grand encore qu'en

²⁵²⁰ *Id.*, art. 1^{er}, p. 58.

²⁵²¹ *Id.*, art. 2, p. 63.

²⁵²² *Id.*, art. 36, p. 92.

²⁵²³ *Id.*, art. 54, p. 113.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

métropole continentale²⁵²⁴, comme il a été précisé en introduction de cette thèse, l'étude se limitera à cette dernière.

1) Possibilités techniques et planification du stockage d'électricité en France

Si la France utilise déjà le stockage d'électricité, *via* son parc hydroélectrique, d'autres technologies sont en train d'émerger de la recherche et pourraient se développer d'ici 2050. Sur cette base, la planification énergétique a défini leur rôle d'ici à cette échéance.

a) Les technologies de stockage d'électricité dans la France d'aujourd'hui à celle de 2050

En 2017, l'Hexagone disposait en termes de capacités hydroélectriques installées de près de 5 GW de STEP, et de plus de 8 et 10 GW respectivement de centrales de lacs et de centrales au fil de l'eau ou d'éclusées confondues²⁵²⁵. Dans ce total, certaines centrales de production permettent déjà d'ajouter de longue date de la flexibilité au réseau électrique français, lui servant dans les faits de batterie. Les centrales au fil de l'eau n'ont pas cette capacité et celles d'éclusées en ont une, mais très limitée²⁵²⁶. En revanche, les centrales de lac peuvent, dans certaines limites, concentrer leur production durant les pointes de consommation journalières et saisonnières²⁵²⁷. Enfin, les STEP sont l'outil historique qui se rapproche le plus d'une batterie, pompant l'eau d'un réservoir inférieur à un supérieur lors des périodes de production supérieure à la demande (de nuit par exemple), et la relâchant lors des périodes de tension du réseau²⁵²⁸. Afin de renforcer cet outil, le décret PPE fixa comme objectif de développer d'ici à 2030 1 à 2 GW de capacité supplémentaire de STEP²⁵²⁹.

Mais la recherche énergétique, catalysée par et exposée dans la Stratégie nationale de la recherche énergétique (SNRE) publiée en décembre 2016²⁵³⁰, souhaite accompagner la diversification des possibilités de stockage d'électricité, afin de pouvoir comparer ces options entre elles et avec les autres modes de flexibilité (effacement, pilotage de la demande, ...) « *afin de disposer pour les futures itérations de la SNBC et de la PPE d'une vision consolidée des options technologiques à court, moyen et long terme* »²⁵³¹. La recherche dans ce secteur est donc intimement liée à la planification de l'énergie, qu'elle entend alimenter de ses études.

Ainsi que l'expose la PPE, le stockage d'énergie est divisé en trois catégories : stockage mécanique, composé des STEP et du stockage d'air comprimé ; stockage électrochimique,

²⁵²⁴ Cf. par exemple, Alain OBADIA, « Le stockage de l'énergie électrique : une dimension incontournable de la transition énergétique », CESE, juin 2015, pp. 35 – 36.

²⁵²⁵ RTE, « Production en France – Capacité installée de production », consulté le 28 mars 2017 [http://clients.rte-france.com/lang/fr/visiteurs/vie/prod/parc_reference.jsp].

²⁵²⁶ SER, « L'hydroélectricité : les chiffres en France et dans le monde », juin 2012, pp. 3 – 4.

²⁵²⁷ *Id.*, p. 3.

²⁵²⁸ *Id.*, p. 4.

²⁵²⁹ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 3, III.

²⁵³⁰ Arrêté du 21 décembre 2016 portant publication de la stratégie nationale de recherche énergétique.

²⁵³¹ Stratégie nationale de la recherche énergétique, déc. 2016, p. 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

soit principalement, les batteries et l'hydrogène ; et, stockage thermique²⁵³². Ces différentes technologies permettent, chacune de manière différente, de mieux gérer la production électrique et intégrer davantage d'énergies renouvelables variables, de rendre des services au système (réglage de la fréquence, etc.) et d'éviter la construction de nouvelles lignes, ou de réduire voire supprimer le problème de la pointe de consommation²⁵³³. Elles ont également toutes des ordres de puissance et des temps de stockage qui varient, à l'image des batteries pouvant stocker de l'ordre de quelques heures de production électrique, alors que l'hydrogène peut être conservé durant des mois²⁵³⁴.

S'agissant de l'hydrogène, dont il est beaucoup question en France, il permettrait par électrolyse de stocker dans les canalisations de gaz les excédents de production renouvelable durant l'année, voire d'y ajouter du CO₂, pour un double bénéfice environnemental et ainsi produire du méthane, afin de les restituer en hiver²⁵³⁵. Mais, ni le « *plan de développement du stockage des énergies renouvelables par hydrogène décarboné* »²⁵³⁶, ni l'ordonnance sur l'expérimentation de « *réseaux électriques intelligents ou de dispositifs de gestion optimisée de stockage et de transformation des énergies* »²⁵³⁷, tous deux prévus par la loi de transition énergétique, n'ont été adoptés dans les temps impartis, posant ainsi question sur la position de l'Etat en la matière, alors que la planification de l'énergie en reconnaît l'importance pour la transition énergétique.

b) Le rôle programmé du stockage d'électricité dans la transition énergétique

Si la PPE reconnaît que le stockage d'électricité « *représente un enjeu important pour les années à venir dans une perspective de diversification du mix électrique* », elle précise toutefois que son développement aura lieu « *bien après la période de la PPE* »²⁵³⁸. De facto, en 2015, la SNBC avait donné un calendrier lapidaire de déploiement du stockage selon les besoins :

« [S]tockage hebdomadaire pour faire face à l'intermittence de l'éolien à l'horizon 2030, stockage journalier pour gérer la production photovoltaïque après 2030 lorsqu'elle atteindra des niveaux significatifs ; développer aussi les transferts entre systèmes énergétiques (power-to-gas, power-to-heat) [entendre, à horizon post 2030] »²⁵³⁹.

Une version davantage développée de ce calendrier est fournie par l'ADEME. Elle estime en effet que les besoins de stockage hebdomadaire augmentent « *significativement* » d'ici à

²⁵³² Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à la sécurité d'approvisionnement et au développement des infrastructures et de la flexibilité du système énergétique, 27 oct. 2016, pp. 34 – 35.

²⁵³³ *Id.*, p. 35.

²⁵³⁴ *Ibid.*, fig. 8.

²⁵³⁵ ADEME, « L'hydrogène dans la transition énergétique », Les avis de l'ADEME, fév. 2016, pp. 4 – 5.

²⁵³⁶ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 121.

²⁵³⁷ *Id.*, art. 200.

²⁵³⁸ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à la sécurité d'approvisionnement et au développement des infrastructures et de la flexibilité du système énergétique, 27 oct. 2016, p. 34.

²⁵³⁹ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, Stratégie nationale bas-carbone, 18 nov. 2015, p. 90.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2030, du fait de la différence croissante de consommation entre la semaine et le week-end d'un côté, et de la pénétration croissante de l'éolien, aux cycles de production « *de plusieurs jours* », de l'autre²⁵⁴⁰. Après 2030, des besoins de stockage journalier apparaissent, en conséquence de l'augmentation de la capacité PV installée, menant à des surproductions en milieu de journée pouvant ainsi être décalées sur la soirée²⁵⁴¹. Enfin, le stockage saisonnier peut s'avérer utile pour gérer les pointes hivernales, mais l'ADEME ne donne ici pas de délai²⁵⁴².

La PPE est un peu plus loquace sur ce dernier sujet, en parlant d'une mise en œuvre du « *power-to-gas* » (dit « *P2G* ») à échelle industrielle au plus tôt pour 2025-2030. Dans ce cadre, le document recommande surtout d'en préparer le développement *via* la recherche et notamment des démonstrateurs²⁵⁴³. Or, comme le précise le Conseil économique, social et environnemental (CESE), « *[i]l s'agit d'un horizon assez court dans l'univers de l'énergie* »²⁵⁴⁴. Il est alors urgent de mettre en place un cadre propre à permettre cette émergence, et le droit fait partie des éléments *sine qua non*.

2) L'appréhension inachevée du stockage d'électricité par le droit de la transition énergétique et la question déjà contentieuse des lignes virtuelles

Malgré la progression notable de l'intérêt pour le stockage d'électricité dans la loi de transition énergétique, en 2017 aucune définition ni aucun régime juridiques n'existaient, entraînant une insécurité en ce domaine. L'exemple des débats autour du projet de lignes virtuelles de RTE permet de donner corps à cette problématique et ses enjeux concrets.

a) Le stockage d'électricité, objectif de longue date sans définition ni régime adapté

L'objectif de développement du stockage de l'énergie fait partie de la politique énergétique française depuis avant la transition énergétique actuelle. Par exemple, la loi POPE de 2005 requiert de l'Etat d'« *assurer des moyens de transport et de stockage de l'énergie adaptés aux besoins* »²⁵⁴⁵. Cependant, il ressort de l'article 6 du même texte que le stockage d'énergie ici évoqué concernait le stockage du gaz et du pétrole. En revanche, l'article 5 envisage pour 2015 une politique de recherche qui semble concerner le stockage, incluant cette fois l'électricité, afin de « *limiter les inconvénients liés à l'intermittence des énergies renouvelables et optimiser le fonctionnement de la filière nucléaire* ». Cette recherche d'un palliatif à la variabilité des renouvelables ne date donc pas de l'expansion de ces énergies en France, entamée plusieurs années après cette loi. De manière fort intéressante, le législateur considère le stockage comme un moyen d'« *optimiser* » le fonctionnement du nucléaire, effectivement plus profitable lorsqu'il produit en base, de manière constante, autant que

²⁵⁴⁰ ADEME, « Étude sur le potentiel du stockage d'énergies », oct. 2013, p. 13.

²⁵⁴¹ *Ibid.*

²⁵⁴² *Ibid.*

²⁵⁴³ Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à la sécurité d'approvisionnement et au développement des infrastructures et de la flexibilité du système énergétique, 27 oct. 2016, p. 56.

²⁵⁴⁴ Alain OBADIA, « Le stockage de l'énergie électrique ... », *cit.*, juin 2015, p. 37.

²⁵⁴⁵ Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, art. 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

possible dans une année. Le stockage n'est donc pas une nécessité propre aux seules énergies renouvelables. Plus tard, en 2009, la loi Grenelle I renouvellera l'engagement de la recherche publique énergétique, notamment s'agissant du stockage d'énergie et de la filière hydrogène²⁵⁴⁶.

En 2015, la loi de transition énergétique marque néanmoins un bond en avant dans la prise en compte du stockage d'énergie et en particulier d'électricité. Si l'article 1^{er} de la loi réitère mot pour mot l'objectif de la loi POPE²⁵⁴⁷, au vu des autres dispositions du texte, les stockages de gaz et de pétrole ne sont clairement pas les seuls visés, passant de fait au second rang. Le législateur précise également que pour l'atteinte de ces objectifs, la responsabilité en incombe en premier lieu à l'Etat, « *en cohérence avec les collectivités territoriales et leurs groupements* » et enfin « *en mobilisant les entreprises, les associations et les citoyens* »²⁵⁴⁸. La gradation suggérée par les termes laisse à penser que les grands enjeux de la transition énergétique restent une affaire nationale avant d'intégrer quand utile d'autres acteurs. Outre ce prélude, nous recensons 7 articles consacrés au moins en partie au stockage de l'énergie en métropole, afin d'intégrer ce sujet aux tarifs d'utilisation des réseaux, à la PPE, aux Plans climat air énergie territoriaux (PCAET)²⁵⁴⁹, d'initier un plan de développement et d'organiser le déploiement d'expérimentations ou encore de créer un registre national des installations de stockage d'électricité²⁵⁵⁰. Toutefois, en 2017, il n'y avait toujours aucun chapitre dans le Code de l'énergie consacré au stockage d'électricité, et aucune définition juridique ni aucun régime spécifique. Les évolutions du cadre juridique du stockage se font davantage par touches, rappelant le style « *pointilliste* » du législateur sur le nucléaire²⁵⁵¹.

L'une de ces touches revêt une importance particulière. En l'absence de cadre juridique adapté, les installations de stockage d'électricité (dont les STEP) sont traitées « *par assimilation à d'autres réalités* », et donc considérées à la fois consommatrices d'électricité lorsqu'elles soutirent de l'énergie au réseau et productrices lorsqu'elles en injectent, s'acquittant alors « *deux fois des frais d'accès au réseau* »²⁵⁵². En application de l'article 157 de la loi de transition, les installations de stockage peuvent bénéficier d'une réduction du TURPE jusqu'à 50% de son montant. Par le décret 2016-141 du 11 février 2016, les règles sont fixées, déterminant une réduction variant de 30 à 50% selon les caractéristiques de l'installation, avec un malus de 10 points de pourcentage si l'efficacité énergétique (les pertes entre soutirage et injection) moyenne sur 3 ans est inférieure à 70%²⁵⁵³. En fonction de ses

²⁵⁴⁶ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, art. 22, I.

²⁵⁴⁷ Cf. C. Ener., art. L. 100-2, 9°.

²⁵⁴⁸ Cf. C. Ener., art. L. 100-2, al. 1.

²⁵⁴⁹ Rappelant ainsi le rôle multiple et primordial des collectivités territoriales reconnu par le droit de la transition énergétique. Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2.

²⁵⁵⁰ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 121, 157, 160, 176, 179, 188 et 200.

²⁵⁵¹ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, chapeau.

²⁵⁵² Alain OBADIA, « Le stockage de l'énergie électrique ... », *cit.*, juin 2015, p. 36.

²⁵⁵³ Décret n° 2016-141 du 11 février 2016 relatif au statut d'électro-intensif et à la réduction de tarif d'utilisation du réseau public de transport accordée aux sites fortement consommateurs d'électricité, annexe.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

modalités d'application, cette mesure semble, à défaut de favoriser l'installation de dispositifs de stockage d'électricité, au moins éviter de la pénaliser.

Il apparaît donc qu'en matière de stockage d'électricité, le droit de la transition énergétique se contente principalement d'être un droit d'objectifs, un droit déclamatoire, sans appréhender encore concrètement ces installations. Ces dispositions éparpillées ne constituant pas un encadrement prévisible et sûr, laissent alors prospérer les doutes sur certains projets en développement.

b) La controverse juridique naissante autour des lignes virtuelles de RTE

Plusieurs démonstrateurs de stockage d'électricité par batteries ou par hydrogène ou méthane (via P2G) ont débuté ou sont en cours d'installation²⁵⁵⁴. Déjà dans le domaine de l'hydrogène, le cadre réglementaire est considéré comme un des freins principaux²⁵⁵⁵, du fait de son inadaptation. Mais c'est un projet bien particulier qui retiendra ici notre attention pour les questions qu'il pose d'ores et déjà.

Le projet baptisé « *Ringo* » de lignes électriques dites virtuelles consiste pour RTE à implanter des batteries électriques (de type Lithium-ion) à des points névralgiques de son réseau pour une capacité totale de 100 MW. Lorsqu'une ligne haute tension est congestionnée et ne peut absorber toute la production d'une zone, la batterie absorberait alors le surplus, que délivrerait instantanément une autre batterie à un autre point du réseau, selon le principe des vases communicants. Ce principe permettrait d'éviter d'avoir à ordonner la mise à l'arrêt de certaines unités de production (par exemple des parcs éoliens) et ainsi éviter de perdre l'énergie produite et de verser une compensation²⁵⁵⁶. Ce projet constitue aussi une alternative potentiellement profitable au renforcement ou à la construction de nouvelles lignes électriques. Mais elle ne va pas sans poser de questions juridiques, en particulier s'agissant du respect de la directive de 2009 en cours de révision, évoquée auparavant s'agissant de la propriété de moyens de production (et bientôt, de stockage) par un gestionnaire de réseau²⁵⁵⁷. Si la CRE n'a pas encore rendu d'avis officiel sur ce projet, un de ses membres a déjà fait part de ses réserves et estime que RTE devrait faire part de ses besoins et procéder à une mise

²⁵⁵⁴ Cf., par exemple, Sophie FABREGAT, « Venteea : multiplier les solutions intelligentes pour faciliter l'insertion des énergies renouvelables », *Actu-environnement.com*, 18 nov. 2016, consulté le 13 déc. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/stockage-pilotage-electricite-eoliennes-smart-grid-27882.php4>] ; Sophie FABREGAT, « Jupiter 1000 : stocker la production d'électricité renouvelable dans le réseau de gaz », *Actu-environnement.com*, 17 nov. 2016, consulté le 13 déc. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/stockage-electricite-hydrogene-methane-reseau-gaz-27885.php4>] ; Damien CAREME, Jean-Paul REICH, « Le "power to gas" à l'heure de la démonstration », *Le Mag Ademe & Vous*, n° 101, déc. 2016 – jan. 2017, p. 9.

²⁵⁵⁵ Damien CAREME, Jean-Paul REICH, « Le "power to gas" ... », *cit.*, déc. 2016 – jan. 2017, p. 9.

²⁵⁵⁶ Philippe COLLET, « Stockage électrique : RTE dévoile son projet de "lignes virtuelles" », *Actu-environnement.com*, 7 mars 2017, consulté le 8 mars 2017 [<https://www.actu-environnement.com/ae/news/stockage-electrique-lignes-virtuelles-rte-28586.php4>].

²⁵⁵⁷ Cf., Partie 2, titre 1, chap. 2, section 2, II) A) 2) b).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

en concurrence neutre technologiquement, autorisant ainsi aussi bien des solutions *via* effacement, stockage, ou autres²⁵⁵⁸.

Mais, plus récemment encore, la CRE, dans ses fiches de réponse à la Commission sur le projet de « *quatrième paquet énergie-climat* », estime que par principe, les gestionnaires de réseau « *ne doivent pas être exploitants d'un stockage* »²⁵⁵⁹. Il semblerait donc à première vue que la CRE soit sur la ligne jusqu'à présent informelle. Toutefois, elle semble davantage se situer sur une ligne entre celle de la Commission européenne et celle de RTE, qui apprécierait certainement de pouvoir gérer des installations de stockage d'électricité. En effet, le régulateur, si opposé à l'idée d'un gestionnaire de réseau exploitant de stockage, demande à ce que le projet de directive « *n'aboutissent pas, de fait, à une interdiction totale et définitive pour les gestionnaires de réseaux d'être propriétaires de moyens de stockage* »²⁵⁶⁰. La CRE est donc avant tout consciente de l'étape actuelle de développement du stockage d'électricité et de la plus-value pour le réseau et les consommateurs de pouvoir compter sur des développements pilotes menés par les gestionnaires de réseau. Le régulateur est donc prêt à mettre de côté ses principes pour demander un cadre juridique davantage flexible. D'une certaine manière, la CRE appelle à un droit communautaire et national expérimental pour une technologie encore expérimentale à cette échelle.

A titre de comparaison toutefois, Terna, le gestionnaire de réseau de transport italien a été autorisé par son régulateur de l'énergie à acquérir, installer et gérer une batterie de 35 MW, considérée comme un actif de réseau (à l'instar des lignes ou transformateurs)²⁵⁶¹. La situation actuelle à l'échelle européenne comme hexagonale reste donc incertaine dans l'interprétation du « *primat du principe de concurrence* »²⁵⁶² qui doit être faite pour le stockage d'électricité. En cela, il serait loisible au législateur de ne pas attendre l'issue des négociations européennes et réparer l'occasion manquée de la loi de transition énergétique en proposant un cadre juridique, fut-il simple et destiné à évoluer, donc, expérimental.

²⁵⁵⁸ Philippe COLLET, « Les gestionnaires de réseau électrique vont-ils prendre en main le stockage ? », *Actu-environnement.com*, 18 nov. 2016, consulté le 13 déc. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/gestionnaires-reseau-electrique-vont-ils-prendre-main-stockage-27902.php4>].

²⁵⁵⁹ CRE, Fiche position n° 5 - Paquet énergie propre / observations du régulateur français - Utilisation du stockage par les gestionnaires de réseaux d'électricité, 21 juin 2017, pt. 3 [<http://www.cre.fr/actualites/cre/13-fiches-de-la-cre>].

²⁵⁶⁰ *Ibid.*

²⁵⁶¹ Philippe COLLET, « Les gestionnaires de réseau électrique ... », *cit.*, 18 nov. 2016.

²⁵⁶² Alain OBADIA, « Le stockage de l'énergie électrique ... », *cit.*, juin 2015, p. 36.

Conclusion du Chapitre 2nd

Ce chapitre permet de rendre compte de l'ampleur du défi posé par la transition énergétique qui se révèle être bien plus que le remplacement d'une source d'électricité par une ou plusieurs autres. Pour le droit, son droit, l'encadrement des nouvelles sources d'énergie se conjugue avec celui de la mise à l'arrêt de réacteurs nucléaires pour des raisons de politique énergétique ainsi qu'au changement d'appréhension de la réglementation des réseaux, qui se voient complétés par de nouveaux mécanismes et de nouvelles technologies pour leur apporter davantage de flexibilité. Flexible, le droit de la transition énergétique doit assurément l'être pour répondre à ces enjeux. Pourtant, dans la réalité, s'il correspond parfois aux défis de son époque, il est trop souvent mal écrit, mal armé pour atteindre les objectifs qu'il a fixés. L'exemple de la réduction de la part du nucléaire dans le mix électrique est frappant. Sur le fondement de retours d'expériences étrangers, il aurait pu avoir mis sur pieds la réglementation nécessaire et adaptée localement qui est attendue de lui. Or, deux ans après l'adoption de la loi de transition énergétique, ce cadre demeure largement inachevé, trop imparfait, peut-être même pas vraiment commencé, ou en tout cas, clairement pas comme il le devrait et le pourrait. En ce sens, le droit de la transition énergétique, notamment par le biais de sa loi-phare, reste dans une partie non négligeable une occasion manquée.

En tout état de cause, le droit doit ici bien plus se couler dans un cadre existant plutôt que de chercher à le révolutionner. Un droit évolutionnaire plutôt que révolutionnaire qui dans les faits, reste largement soumis aux principes classiques du droit, tels la propriété ou la vie privée. Ce qui est plutôt une bonne nouvelle, étant pour beaucoup des principes de liberté publique permettant de percevoir la transition énergétique et son droit non pas comme des processus uniquement techniques. La confrontation à ces principes anciens est aussi l'occasion de tenter de les faire évoluer, afin de les adapter aux problématiques des nouvelles technologies et des nouveaux usages de l'époque contemporaine. L'élaboration du droit de la transition énergétique répond donc à une dynamique d'influence mutuelle entre le droit existant et les logiques novatrices du nouveau venu, tirées de la nature de son objet.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Titre 2nd :

**L'expansion d'un droit de la transition énergétique
à la recherche de ses racines**

Le droit de la transition énergétique est d'abord un droit en expansion. Nous l'avons vu dans les titres précédents par le nombre des textes qui l'abondent, des institutions qui l'appliquent, et des énergies dont il a la charge d'organiser la transition.

Son expansion se traduit dans ce titre d'abord par l'intégration croissante des mécanismes économiques antérieurs soutenant tant bien que mal le développement des énergies renouvelables en France. Il passera alors d'un héritage instable et inadapté qu'il subit à l'élaboration d'un cadre juridique flexible et espéré finalement marqué par la sécurité juridique. Cette expansion se poursuit alors par l'édiction de dispositions permettant d'encourager le financement participatif local des énergies renouvelables, liant ainsi économie et citoyenneté, énergie et proximité.

Son expansion se ressent également dans le cadre davantage théorique des domaines auxquels il vient apporter sa contribution ou desquels il vient s'inspirer et chercher des moyens de renforcer l'effectivité de son action. Il se mesure alors aux droits-créances, aux droits fondamentaux en général, mais aussi aux théories de la justice.

Mais c'est un droit qui est dans le même temps à la recherche de ses racines. Ses racines nécessaires à la stabilité de sa réglementation, pour employer l'image de l'arbre, que nous pouvons voir dans le processus d'évolution et de rationalisation de la constitution au service public de l'électricité et de l'obligation d'achat, deux mécanismes sans lesquels le droit de la transition énergétique n'aurait probablement pas émergé, ou pas dans la même mesure, si ses objets étaient restés confidentiels par leur déploiement. Mais bien plus encore, un droit à la recherche de ses racines théoriques, de ce qui lui confèrera le « *supplément d'âme* » qu'il nécessite pour ne pas être qu'un amalgame de normes techniques sur des sujets techniques. Le recours croissant à l'action des citoyens, soit matérielle, soit contentieuse, fait partie de la logique de ce droit d'objectifs globaux et d'installations locales.

Enfin, ces derniers éléments nous font dire que le droit de la transition énergétique est un droit doublement voire triplement participatif. Il ne se satisfait plus des seules obligations d'information et de participation chères au droit de l'environnement. Il intègre dans son fonctionnement que les projets d'énergie renouvelable faisant la transition doivent inclure les citoyens vivant à proximité, par leur participation financière. Et enfin, il compte encore sur la participation du citoyen aux affaires de la Cité, afin que celui-ci force, par l'intermédiaire du juge, le législateur à adopter des objectifs réellement ambitieux et les outils nécessaires à leur atteinte, renforçant alors le droit de la transition énergétique.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Chapitre 1^{er} :

Droit et contentieux des modes de soutien au développement des énergies renouvelables, l'aspect économique central du droit de la transition énergétique

La question du financement du développement des énergies renouvelables (hydroélectricité mise à part) recouvre deux aspects. D'un côté, l'aspect recette. L'enjeu est ici de définir qui sont les agents qui payent pour financer le développement de ces énergies, tant qu'elles ont des coûts plus élevés que ceux du marché. Cet élément ouvre la voie à de nombreuses interrogations autour du mode de contribution retenu. De l'autre côté, l'aspect dépense. L'enjeu est dans ce cas de déterminer le système de soutien des énergies susnommées qui puisse à la fois garantir leur développement et en maîtriser les coûts pour la collectivité. Sur ce sujet, « [l]es trois principaux modes de soutien existants sont les tarifs d'achat garantis, les primes et les quotas combinés à des certificats verts »²⁵⁶³. Chaque système a ses avantages et inconvénients et si la France a choisi durant de nombreuses années le système des tarifs d'achat, la législation est en train de s'orienter vers un système majoritairement de primes.

Tant du côté des recettes, dont la contribution au service public de l'électricité (CSPE) prélevée sur les factures d'électricité a longtemps été l'unique source, que de celui des dépenses du mécanisme de soutien au développement des énergies renouvelables, les débats juridiques sont nombreux et vivaces. Les lois et textes réglementaires se succèdent, le juge est fortement sollicité, et surtout, ces éléments sont soumis à une forte prégnance du droit communautaire, et notamment de celui, fort développé, des aides d'Etat, conférant par extension « à la Commission européenne un pouvoir considérable »²⁵⁶⁴. Tous les éléments sont donc réunis pour apporter un nouvel éclairage sur les heurs et malheurs du droit européen et français de la transition énergétique.

Ces considérations lapidaires sont le fondement sur lequel sont construits les développements de ce chapitre. La première section sera dédiée à la si controversée CSPE, génératrice d'un contentieux qui dépasse le seul droit de la transition énergétique ou contribue à en élargir le champ, tandis que la seconde se penchera sur l'évolution en cours des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables, sous l'influence du droit communautaire, soulignant la forte prégnance des aspects économiques dans ce droit pour l'atteinte de sa finalité.

²⁵⁶³ Philippe QUIRION, « Quel mode de soutien pour les énergies renouvelables électriques ? », FAERE, Working Paper, août 2015, p. 1.

²⁵⁶⁴ Claire VANNINI, Christophe BARTHELEMY, « Énergie et aides d'Etat : de l'exception à la norme », RFDA, 2017, p. 482.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Section 1 :

La contribution au service public de l'électricité, budgétisation d'un outil de financement controversé

La CSPE est au cœur du système français de financement du soutien apporté aux énergies renouvelables en développement depuis les années 2000. Instaurée par le législateur pour compenser les « *charges imputables aux missions de service public assignées aux producteurs d'électricité* »²⁵⁶⁵, elle prendra avec l'essor de l'éolien terrestre et surtout du photovoltaïque des proportions à la mesure des réclamations et contentieux qu'elle entraînera.

Si le législateur prendra au fil des années conscience du développement exponentiel de la CSPE et finira par adapter la législation pour en permettre un abondement mieux réparti et surtout un contrôle démocratique, c'est au juge qu'est revenue la tâche de qualification de cet « *impôt innomé* » dans un premier temps et de contrôle de sa légalité dans un deuxième temps. Ce constat souligne une nouvelle fois le rôle du pouvoir judiciaire dans l'entreprise d'élaboration et, souvent, de clarification du droit de la transition énergétique.

Les développements de cette section s'attacheront tout d'abord à décrire l'évolution du mécanisme même de la CSPE avant de s'intéresser à son contentieux de longue haleine lié aux tarifs d'achat des énergies renouvelables et en particulier de l'éolien.

I. D'un impôt innomé hors de contrôle à un mécanisme budgétisé

La refonte de la CSPE était une nécessité qui s'imposait au législateur. Les raisons principales évoquées quelques lignes auparavant (son développement exponentiel et sa construction à partir d'une assiette étroite doublée d'un fonctionnement non démocratique) ont finalement permis de nommer cette imposition qui ne l'était pas et de la budgétiser. En conséquence, celle-ci se retrouve stabilisée. Ou, à tout le moins, davantage stabilisée qu'auparavant, sur le plan de son régime en premier lieu. Sur le plan financier, cela appelle d'autres considérations.

A) Un impôt innomé à la croissance exponentielle

Avant de s'intéresser à la croissance financière extrêmement rapide et prononcée de la CSPE qui a pris place depuis 2009, il est primordial de s'enquérir de ses causes, à savoir les rouages du mécanisme lui-même. Il en ressort que cette imposition innommée et *de jure*

²⁵⁶⁵ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, art. 5, I. (version initiale)

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

extrabudgétaire perdura de 2000 à 2016 malgré les nombreuses critiques émises à son encontre. Ce n'est qu'au pied du mur que le législateur se décida alors à agir.

- 1) Une imposition innommée et extrabudgétaire perdurant de 2000 à 2016 malgré les critiques

Le fait que le mécanisme de financement du soutien aux énergies renouvelables mis en place en 2000 se révèle être extrabudgétaire et ne passe donc pas par l'examen des lois de finances a été signalé au législateur à de nombreuses reprises, mais il faudra attendre le 1^{er} janvier 2016 pour qu'il évolue significativement. Entretemps, c'est le juge administratif qui a dû se prononcer sur la qualification de cette imposition.

- a) Un mécanisme pré-transition de financement extrabudgétaire irréformable ?

Dès son origine, la CSPE, issue de l'article 5 de la loi du 10 février 2000, a pour but de compenser « *intégralement* » les charges supportées au titre des « *missions de service public assignées aux producteurs d'électricité* »²⁵⁶⁶. Ces charges proviennent de plusieurs postes créateurs de surcoûts pour ces opérateurs : les résultats d'appels d'offres (afin de remplir les objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements²⁵⁶⁷) ou de contrats d'obligation d'achat (destinés aux énergies renouvelables ou à la cogénération²⁵⁶⁸), ainsi que la péréquation tarifaire avec les « *zones non interconnectées au réseau métropolitain continental* »²⁵⁶⁹. Les charges compensées en incluent également certaines à destination des gestionnaires de réseaux de distribution, à l'image des dispositions sociales²⁵⁷⁰. C'est donc un outil qui finance un éventail de surcoûts non pris en compte dans le prix de vente de l'électricité sur le marché, et ce afin de remplir des objectifs qui se trouvent en dehors de la seule sphère économique, à savoir l'environnement ou la solidarité géographique et sociale. C'est donc un mécanisme pré-droit de la transition énergétique et surtout qui ne traite pas uniquement de thématiques qui y sont reliées. C'est par la croissance de la part du soutien aux énergies renouvelables à la fin de cette décennie qu'elle le deviendra *de facto* puis *de jure*.

Dans sa version de l'aube du millénaire, la CSPE est acquittée principalement par les producteurs, fournisseurs ou distributeurs d'électricité « *lorsque ces différents opérateurs livrent à des clients finals installés sur le territoire national* »²⁵⁷¹ afin d'alimenter le fonds du service public de la production d'électricité, ou FSPPE²⁵⁷². Ce système, complexe, a rapidement laissé le pas, en 2003, à une CSPE ayant pour socle la ponction des

²⁵⁶⁶ *Ibid.*

²⁵⁶⁷ *Id.*, art. 5, I. 1° et art. 8.

²⁵⁶⁸ *Id.*, art. 5, I. 1° et art. 10.

²⁵⁶⁹ *Id.*, art. 5, I. 2°.

²⁵⁷⁰ *Id.*, art. 5, II, 2°.

²⁵⁷¹ *Id.*, art. 5, I. al. 6.

²⁵⁷² *Id.*, art. 5, I. al. 5.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

consommateurs finals d'électricité au prorata de leur consommation²⁵⁷³, jugée plus simple et qui perdurera jusqu'au 1^{er} janvier 2016.

Toutefois, ce second système a plutôt bien fonctionné tant que les charges à compenser restaient relativement limitées et que le montant de la CSPE payée par les consommateurs finals n'avait pas à varier fortement. Or, à partir de 2009, l'explosion des demandes de raccordement d'installations photovoltaïques (PV) ayant mené au moratoire de 2010/2011 vu précédemment²⁵⁷⁴ a mis à rude épreuve ce mécanisme. En parallèle de la refonte des tarifs d'achat du PV, la CSPE a donc vu son mode de fixation annuel évoluer. Par l'article 37 de la loi de finances initiale pour 2011, le législateur précise qu'à défaut d'un arrêté ministériel pris pour fixer le montant de la contribution pour l'année N+1, c'est la proposition de la CRE qui s'applique, dans la limite d'une augmentation de 3 €/MWh consommé²⁵⁷⁵. Cette modification qui pourrait paraître bénigne vise en réalité à parer à l'indécision du Gouvernement, encore pris dans un dilemme entre sa volonté de maintien de prix bas de l'électricité et sa position d'Etat stratège²⁵⁷⁶ (mais aussi plus prosaïquement, de respect de la loi) qui lui commande de compenser intégralement le surcoût supporté alors principalement par EDF. Il est néanmoins important de noter qu'ainsi qu'Olivier Beatrix le mentionne :

« La jurisprudence du Conseil d'État la mieux établie rappelle le principe selon lequel, lorsqu'une décision doit être prise "sur proposition" d'une autorité, l'autorité compétente pour prendre cette décision ne peut que se conformer à cette proposition, en demander une nouvelle ou s'abstenir de toute décision. Il faut donc considérer que la proposition de la CRE lie le ministre dans la fixation du montant de la CSPE et dans les limites ainsi rappelées par le Conseil d'État »²⁵⁷⁷.

Partant, le ministre compétent voit sa liberté de fixation du montant de la CSPE fortement restreinte, ce qui explique les augmentations maximales autorisées de 3 €/MWh prenant place chaque année entre 2011 et 2016, afin d'essayer, en vain²⁵⁷⁸, de rattraper l'ascension des charges supportées par les acheteurs obligés (EDF et les distributeurs non nationalisés - DNN).

De ce nouvel équilibre émergeront de nouvelles critiques. En sus de celles émises par la Cour des comptes sur la nature même de la CSPE²⁵⁷⁹, des parlementaires dénonceront la gestion « dépolitisée » et « notariale » de ce système²⁵⁸⁰. En somme, le droit de la transition

²⁵⁷³ *Id.*, art. 5, I. al. 9 (version modifiée par la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie).

²⁵⁷⁴ *Cf.* Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, II) A) 1).

²⁵⁷⁵ Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, art. 37. Disposition intégrée à l'alinéa 13 de l'article 5, I. de la loi du 10 février 2000 susmentionnée.

²⁵⁷⁶ *Cf.* Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, I) B) 1) b).

²⁵⁷⁷ Olivier BEATRIX, « La contribution aux charges de service public de l'électricité : de l'ombre à la lumière », *RFDA*, 2012, p. 939. En référence aux arrêts CE, 26 fév. 1958, *Bouchereau*, n° 39444 et CE, Sect., 13 juin 1958, *Confédération française des travailleurs chrétiens*.

²⁵⁷⁸ *Cf.* 2) suivant.

²⁵⁷⁹ Cour des comptes, « La contribution au service public de l'électricité (CSPE) : Suites données aux observations de la Cour dans le rapport public 2011 », juin 2012, pp. 7 – 10.

²⁵⁸⁰ Sénat, Commission des finances, Avis n° 236 sur le projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Jean-François HUSSON, 21 jan. 2015, p. 58.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

énergétique hérite d'un système dans lequel la CRE propose et le ministre s'abstient, validant par défaut le niveau de contribution payé par les consommateurs, faisant de la CSPE, supposé outil de politique énergétique, un simple outil d'approvisionnement financier sur le fondement d'un droit technocratique. Or, selon le Code de l'énergie, « [l]e montant de la contribution applicable à chaque kilowattheure est calculé de sorte que les contributions couvrent l'ensemble des charges imputables aux missions de service public »²⁵⁸¹. Le niveau même de la contribution exigée des consommateurs d'électricité est donc censé être lié aux missions du service public de l'électricité visant à approvisionner l'ensemble du territoire, qui s'exécute « [d]ans le cadre de la politique énergétique », incluant notamment l'indépendance énergétique, la lutte contre l'effet de serre ou la maîtrise de la demande d'énergie²⁵⁸². Partant, la CSPE, son assiette et son taux devraient être parties intégrantes de la politique énergétique, sachant que le prix de l'électricité ou l'étendue des tarifs sociaux ont une influence directe sur la consommation nationale et l'atteinte des objectifs de politique énergétique.

Cette accumulation de tords reprochés à la CSPE provoquera (finalement) sa réécriture, mais par la loi de finances rectificative pour 2015²⁵⁸³, et non la loi de transition énergétique, faisant donc une entrée détournée dans ce corpus juridique. Ce sera l'objet du B)²⁵⁸⁴, une fois qu'auront été également donnés de plus amples éléments sur la qualification juridique de la CSPE et sur sa croissance.

b) Une imposition innommée qualifiée par la jurisprudence

En 2006, « pour la première fois »²⁵⁸⁵, le Conseil d'Etat se prononce sur la nature juridique de la CSPE dans son arrêt *Eurodif*²⁵⁸⁶. Ce premier cas provient d'une filiale de la Cogéma, ancêtre d'Areva, ici à propos d'un site d'enrichissement d'uranium, gros consommateur d'électricité, qui contestait son assujettissement à la contribution²⁵⁸⁷.

Les conclusions de la Commissaire du gouvernement sont éclairantes sur la qualification de la CSPE et de son régime contentieux. C'est elle qui use du terme d' « *imposition innommée* »²⁵⁸⁸. Effectivement, la contribution perçue avant 2003 des fournisseurs, producteurs et distributeurs, puis des consommateurs finals n'est pas explicitement considérée comme une imposition par le législateur ou le pouvoir réglementaire. Et pourtant, la Commissaire du gouvernement lui trouve de fortes ressemblances avec la contribution au service universel du téléphone, qui a fait l'objet de l'arrêt du Conseil d'Etat, *Société Tiscali Telecom*, de 2003²⁵⁸⁹. Ni l'une, ni l'autre ne relèvent en effet « d'une imposition directe ou

²⁵⁸¹ C. Ener., art. L. 121-13 (dans sa version de 2011).

²⁵⁸² C. Ener., art. L. 121-1.

²⁵⁸³ Loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 de finances rectificative pour 2015.

²⁵⁸⁴ Cf. B) *La contribution au service public de l'électricité nouvelle, budgétisée et stabilisée* ?

²⁵⁸⁵ Olivier BEATRIX, « La contribution aux charges de service public de l'électricité ... », *RFDA*, 2012, p. 936.

²⁵⁸⁶ CE, 13 mars 2006, *Eurodif*, n° 263433.

²⁵⁸⁷ Célia VEROT, « Quelle est l'autorité compétente pour arrêter, en l'absence de déclaration et de liquidation spontanée, le montant des contributions nettes dues par les redevables au fonds du service public de la production d'électricité ? », *BDCF*, juin 2006, p. 52.

²⁵⁸⁸ *Id.*, p. 53.

²⁵⁸⁹ *Ibid.*, en référence à l'arrêt CE, 18 juin 2003, *Société Tiscali Télécom*, n° 250608.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

*d'une taxe sur le chiffre d'affaire ou assimilée, dont le contentieux relèverait du tribunal administratif, ni d'une contribution indirecte dont le contentieux relèverait du tribunal de grande instance »*²⁵⁹⁰. Partant, la Commissaire propose de transposer la solution de 2003, et sur le fondement des décisions prétorienne de 1956, *Sté Bourgogne-Bois* du Tribunal des conflits²⁵⁹¹ et de 1985, *S.A. Etablissements Outters*²⁵⁹², du Palais-Royal, de soumettre le contentieux de la CSPE à la juridiction administrative pour la fixation de son assiette²⁵⁹³.

Le 13 mars 2006, le Conseil d'Etat suit les conclusions de sa Commissaire et énonce que « *les contributions réclamées au titre du financement du fonds du service public de la production d'électricité constituent un impôt dont le contentieux est compris parmi le contentieux général des actes et des opérations de puissance publique* »²⁵⁹⁴. Il établit donc le caractère d'imposition de la CSPE et valide sa soumission à l'examen du juge administratif. Or, comme le souligne Olivier Beatrix, la qualification d'imposition de toute nature (à défaut d'être d'une nature particulière), fut-elle innommée, emporte la soumission de la CSPE à l'examen et au vote du Parlement²⁵⁹⁵, selon l'article 34 de la Constitution, et dans le respect de la lettre de l'article 14 de la DDHC. Ce rappel implique que dès 2006, ce dispositif violait la Constitution en n'étant pas soumis annuellement au législateur. Il faudra cependant attendre presque 10 ans pour que la situation soit régularisée.

Entretemps, cette vérité volontairement ignorée constituait une pierre de plus dans le jardin de l'Etat et des opérateurs exploitant le parc d'énergies renouvelables, conscients que cet outil, un des piliers de la transition énergétique, était menacé. Pourtant, c'est bien l'incurie financière, par l'ampleur qu'elle prit au fil des années qui poussa à réformer la CSPE en profondeur, bien plus que l'incurie légale, pourtant créatrice d'insécurité juridique. Le droit, et sa conformité au Droit (entendre par là, à la norme supérieure, en l'occurrence, la Constitution), se retrouve ici considéré comme un outil dont il est fait un usage inapproprié, à l'encontre même de son mode de fonctionnement propre.

2) La croissance hors de contrôle de la contribution au service public de l'électricité et le législateur mis au pied du mur

Avant toute chose, il nous faut évoquer, fut-ce brièvement, le mode de calcul de l'obligation d'achat financée par la CSPE. En effet, chaque année, lorsque la CRE dévoile le montant total des contributions qu'elle estime nécessaires afin de financer les missions de service public à charge des opérateurs concernés pour l'année N+1, elle annonce, s'agissant spécifiquement de l'obligation d'achat, le total des surcoûts à compenser en intégralité. Ces surcoûts sont calculés « *par rapport aux coûts évités à Electricité de France* », eux même « *calculés par référence aux prix de marché de l'électricité* »²⁵⁹⁶. En conséquence, si EDF

²⁵⁹⁰ *Ibid.*

²⁵⁹¹ TC, 10 juillet 1956, *Sté Bourgogne-Bois*,

²⁵⁹² CE, 20 décembre 1985, *S.A. Etablissements Outters*, n° 31927.

²⁵⁹³ Célia VEROT, « Quelle est l'autorité compétente ... », *cit.*, juin 2006, p. 53.

²⁵⁹⁴ CE, 13 mars 2006, *Eurodif*, n° 263433, cons. 2.

²⁵⁹⁵ Olivier BEATRIX, « La contribution aux charges de service public de l'électricité ... », *RFDA*, 2012, p. 938.

²⁵⁹⁶ *C. Ener.*, art. L. 121-7, 1°.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

achète l'électricité produite par un parc PV à 100 €/MWh et que les prix de marché de l'électricité sont de 50 €/MWh, ses coûts évités, donc le reste à charge pour la société se base sur un montant de 50 €/MWh. Par conséquent, les prix de marché de l'électricité ont un impact direct sur les finances de l'acheteur obligé principal, EDF (les entreprises locales de distribution, soumises à un autre mode de calcul, sont aussi beaucoup moins exposées qu'EDF sur ce sujet). La CRE estime d'ailleurs qu'une baisse d'un euro du MWh sur le marché équivaut à une hausse des surcoûts de l'obligation d'achat de 50 millions d'euros²⁵⁹⁷. Cet élément conjoncturel alourdit dès lors le poids de la CSPE.

Dans un rapport d'octobre 2014, la CRE s'est livrée à un exercice d'évaluation de la composition et de l'évolution de la CSPE sur les 10 années précédentes et pour les 10 années à venir²⁵⁹⁸. Si la CSPE n'est pas uniquement dédiée au financement de l'obligation d'achat, nous l'avons dit, en 2003 déjà ce poste représentait plus de la moitié des charges totales du mécanisme, à ce moment principalement en soutien de la cogénération. En 2013 toutefois, si la somme (et la part) destinée à la cogénération a fortement baissé, celle destinée aux surcoûts d'approvisionnement des zones non interconnectées et surtout celle à destination des énergies renouvelables a fortement progressé, maintenant ainsi la compensation de l'obligation d'achat comme premier poste de dépenses de la CSPE. Les estimations pour 2020 et 2025 confirment cette réalité avec une part toujours croissante des énergies renouvelables dans les charges compensées par la CSPE²⁵⁹⁹.

Pour ce qui est de l'obligation d'achat elle-même, la CRE avance que « [l]es surcoûts cumulés sur la période 2002-2013 s'élèvent à 19 Md€ courants », dus pour une moitié à la cogénération, avant le PV puis l'éolien²⁶⁰⁰. En revanche, pour la période 2014-2025, les surcoûts sont estimés à 73 Md€, soit plus du triple, dont plus de la moitié sont dus aux contrats d'obligation d'achat conclus avant 2013²⁶⁰¹. Cette réalité est particulièrement marquée s'agissant du PV, dont la CRE estime à 24 Md€ (soit un tiers du total sur 10 ans) la seule part des contrats pré-2014²⁶⁰². En comparaison, du fait de la baisse des coûts détaillée dans cette même thèse²⁶⁰³, l'estimation du surcoût à verser pour les contrats signés entre 2014 et 2020, d'un total supérieur (6 GW nouveaux prévus, contre 4 GW installés de 2002 à 2013), n'est pourtant que de 7 Md€. C'est ce point précis, l'effet d'aubaine du PV en France en 2009-2010, avant le moratoire²⁶⁰⁴, qui explique le début du déraillement de la CSPE. Pour une meilleure compréhension, la figure 18, ci-dessous, montre la stagnation du montant des charges de service public à couvrir et donc de la CSPE unitaire en €/MWh exigée des consommateurs finals de 2004 à 2009. Mais à partir de cette année-ci, les deux courbes se

²⁵⁹⁷ CRE, Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 13 juillet 2016 relative à l'évaluation des charges de service public de l'énergie pour 2017, p. 1.

²⁵⁹⁸ CRE, « La contribution au service public de l'électricité (CSPE) : mécanisme, historique et prospective », oct. 2014.

²⁵⁹⁹ *Id.*, p. 13, fig. 5.

²⁶⁰⁰ *Id.*, p. 6.

²⁶⁰¹ *Id.*, p. 6.

²⁶⁰² *Id.*, p. 7, fig. 2.

²⁶⁰³ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, I) A) 1) b).

²⁶⁰⁴ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, I) A) 1) b).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

décorrèlent, et les augmentations successives de la contribution ne suffiront pas à combler le retard établi par les tarifs d'achat de la fin de la décennie passée et entretenu par les appels d'offres et les tarifs en guichet ouvert du PV, et de l'éolien dans une moindre mesure.

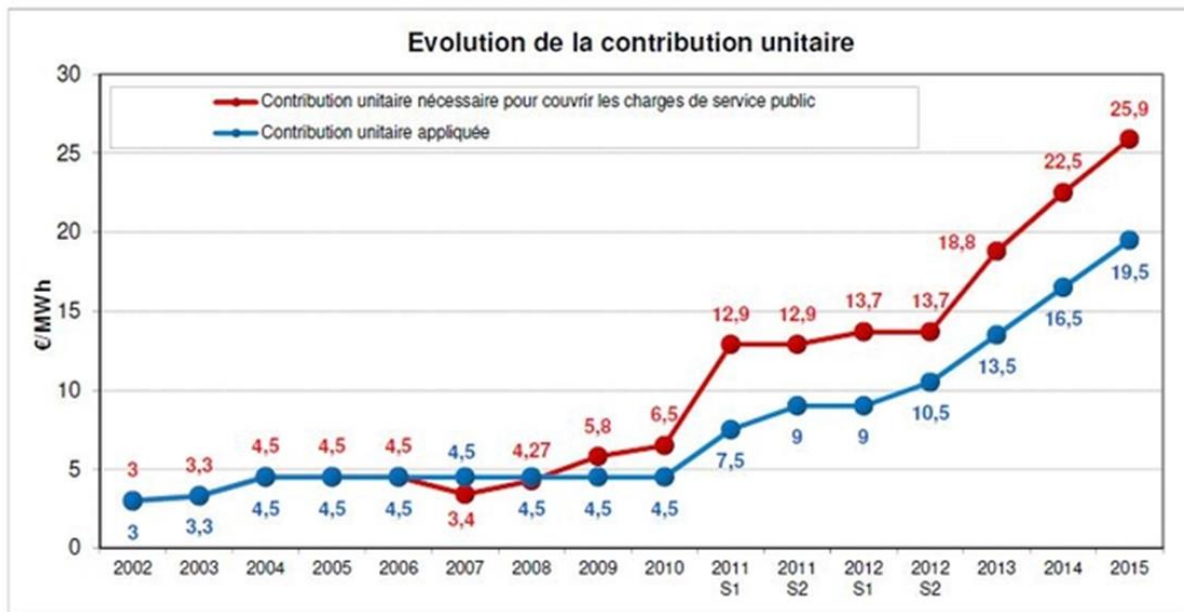


Figure 18 : Evolution de la contribution unitaire (CSPE), CRE, « Montant et évolution de la CSPE », consulté le 14 avril 2017 [<http://www.cre.fr/operateurs/service-public-de-l-electricite-cspe/montant>].

À ce rythme de progression, les prévisions de la CRE (délicates par nature vu la rapidité d'évolution des coûts des énergies renouvelables) annoncent un montant total de la contribution (donc incluant aussi la péréquation tarifaire et les tarifs sociaux, entre autres) supérieur à 30 €/MWh en 2025²⁶⁰⁵, soit plus de 10 fois son niveau de 2002, comme il apparaît dans la figure 18. Or, des avis plus récents de la CRE elle-même plaçaient d'ores et déjà le niveau nécessaire de la CSPE pour 2016 à 27,05 €/MWh. Les énergies renouvelables devaient alors représenter 67% du montant total de la CSPE²⁶⁰⁶.

Toutefois, le montant prélevé sur la facture d'électricité n'atteindra pas ce niveau suite à la refonte de la contribution à la fin 2015 par une loi de finances, objet des lignes qui suivent. Cette refonte aura donc été rendue incontournable du fait des multiples dysfonctionnements de la CSPE, tant dans son mode de fonctionnement que dans son montant qui paraît incontrôlable, et qui dans les faits est incontrôlé, que ce soit par le ministre compétent ou par le Parlement.

²⁶⁰⁵ CRE, « La contribution au service public de l'électricité (CSPE) ... », oct. 2014, *cit.*, p. 12.

²⁶⁰⁶ CRE, Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 15 octobre 2015 portant proposition relative aux charges de service public de l'électricité et à la contribution unitaire pour 2016, p. 1.

B) La contribution au service public de l'électricité nouvelle, budgétisée et stabilisée ?

Outre l'explosion des besoins de financement et l'absence de contrôle parlementaire, deux autres critiques sur la philosophie et la légalité de la CSPE ont été émises. Tout d'abord, il a été relevé (à raison), que l'abondement de cette contribution ne repose qu'uniquement sur les consommateurs d'électricité, alors que d'une part « *l'électricité est le vecteur énergétique au contenu carbone le plus faible* », et d'autre part, « *la transition énergétique est multi-énergies* »²⁶⁰⁷. En conséquence, il ne serait que justice de mieux répartir la charge du développement des énergies renouvelables, principalement électriques, sur l'ensemble des consommations d'énergies et d'ainsi ne pas désinciter à l'électrification des usages quand elle est bénéfique. Ensuite, les sénateurs ont soulevé le risque de non-respect du droit communautaire du fait des dépenses variées que la CSPE finance²⁶⁰⁸. La doctrine parlera d'ailleurs d'un véritable « *fourre-tout* »²⁶⁰⁹.

Avant que d'entrer dans le détail de la réforme ayant résulté, pour toutes les raisons énumérées dans les pages précédentes, en la CSPE dite nouvelle, nous préciserons qu'il ne sera pas ici question de la réforme des modes de soutien aux énergies renouvelables, pourtant directement liés à la croissance de la CSPE, mais réservée pour la section 2.

1) La contribution au service public de l'électricité nouvelle, une imposition enfin conforme au droit ?

Après en avoir eu l'opportunité dans le cadre de la loi de transition énergétique mais ayant alors choisi la voie superficielle de l'accroissement de l'information du Parlement²⁶¹⁰, le Gouvernement a dû se résoudre à budgétiser la CSPE, c'est-à-dire à l'intégrer aux lois de finances, permettant ainsi aux parlementaires de la contrôler et la voter chaque année. Cette refonte a enfin pris forme au tournant des années 2015-2016, procédant ainsi à une mise en conformité constitutionnelle de la CSPE.

a) La contribution au service public de l'électricité nouvelle, enfin soumise au Parlement

La CSPE dite nouvelle est entrée dans le corpus législatif à l'occasion des lois n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 de finances rectificative pour 2015 (ci-après LFR 2015) et n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016 (ci-après LFI 2016). Le cœur de cette refonte tient dans la création d'un compte d'affectation spéciale (CAS) intitulé « *Transition énergétique* » et d'un programme intitulé « *Service public de l'énergie* » dans le budget général, au sein de la mission « *Ecologie, développement et mobilité durables* ». Cette

²⁶⁰⁷ Assemblée nationale, Commission d'enquête sur les tarifs de l'électricité, Rapport n° 2618, Clotilde VALTER, 5 mars 2015, pp. 55 – 56.

²⁶⁰⁸ Sénat, Commission des finances, Avis n° 236 sur le projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Jean-François HUSSON, 21 jan. 2015, pp. 58 – 59.

²⁶⁰⁹ Marie-Hélène PACHEN-LEFEVRE, Guillaume ROSSIGNOL-INFANTE, « La compensation des charges de service public de l'énergie », *Contrats Publics*, n° 168, 13 oct. 2016, p. 51.

²⁶¹⁰ « Etude d'impact du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte (n° 2188) », 29 juil. 2014, p. 239.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

division permet de séparer les dépenses selon leur but, tandis que l'assiette de financement a également été revue. Plus encore, cette réforme soumet enfin la CSPE à un vote annuel du Parlement.

En premier lieu, l'article 5 de la LFR 2015 détaille l'assiette des recettes du nouveau CAS. Ce compte sera désormais principalement approvisionné par une part de l'ancienne taxe intérieure sur la consommation finale d'électricité (TICFE) à l'assiette élargie à toutes les consommations d'électricité et renommée CSPE. En sus, une fraction des taxes intérieure sur la consommation de gaz naturel (TICGN), taxe intérieure sur les houilles, les lignites et les cokes (ITCC, dite taxe charbon) et taxe intérieure sur les produits énergétiques (TIPE, dite contribution climat énergie²⁶¹¹) viendra s'ajouter, afin de faire reposer le financement du développement des énergies renouvelables sur l'ensemble des consommations d'énergie. Il faut également noter à ce sujet que l'article concerné permet également d'apporter des recettes en provenance de « versements du budget général »²⁶¹², risquant ici de rompre la logique d'un financement de l'énergie par l'énergie.

En second lieu, les dépenses assurées par le CAS sont limitées aux compensations des charges de service public directement liées aux énergies renouvelables. Elles comprennent à titre principal la compensation des obligations d'achat, des résultats des appels d'offres de production d'électricité renouvelable ou d'effacement et des compléments de rémunération²⁶¹³. S'y ajoute le remboursement de la dette d'EDF du fait du déficit de compensation enregistré depuis 2009-2010, d'un montant de 5,7 Md€ au 31 décembre 2015 et dont l'échéancier publié en mai 2016 prévoit le remboursement échelonné jusqu'en 2020²⁶¹⁴.

En troisième lieu, la LFR 2015 stabilise le montant de la CSPE nouvelle à 22,5 €/MWh pour 2016 et 2017²⁶¹⁵, afin de mettre en place des vases communicantes entre consommateurs d'électricité et consommateurs d'autres énergies. Si la fiscalité de l'électricité se stabilise, il faut en effet que la fiscalité sur d'autres sources d'énergie augmente afin de pallier aux besoins de financement des énergies renouvelables évoqués précédemment²⁶¹⁶. D'autant plus que l'article 21, II alinéa 2 de la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) impose l'équilibre annuel des recettes et dépenses d'un CAS. Il est à noter à cette occasion que si l'article 21, I, alinéa 1^{er} de la LOLF précise qu'un CAS est financé par des « recettes particulières qui sont, par nature, en relation directe avec les dépenses concernées », celles-ci « peuvent être complétées par des versements du budget général, dans la limite de 10 % des crédits initiaux ». En dernier recours, l'Etat peut donc financer en partie le développement des énergies renouvelables depuis le budget général, rompant néanmoins la cohérence de son montage.

²⁶¹¹ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, I) A) 1) b).

²⁶¹² Loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 de finances rectificative, art. 5, I, 1°, e).

²⁶¹³ *Id.*, art 5, I, 2°. S'agissant du complément de rémunération, cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) A).

²⁶¹⁴ Arrêté du 13 mai 2016 pris en application de l'article R. 121-31 du code de l'énergie, art. 1^{er}.

²⁶¹⁵ Loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 de finances rectificative, art. 14, I, E, 4°, b).

²⁶¹⁶ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1) I) A) 2).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

En quatrième lieu, la LFI 2016 apporte des précisions chiffrées sur les autorisations d'engagement et les crédits de paiement du CAS transition énergétique et du programme budgétaire nommé service public de l'énergie. Ainsi, le CAS est divisé en deux programmes intitulés « *Soutien à la transition énergétique* », afin de financer les modes de soutien des énergies renouvelables, l'injection de biométhane et l'effacement, et « *Engagements financiers liés à la transition énergétique* », afin de purger la dette à l'égard d'EDF²⁶¹⁷. Ce CAS est financé en grande majorité par la CSPE nouvelle et dans une moindre mesure par la TICGN²⁶¹⁸. En ce qui concerne le programme dit « *Service public de l'énergie* », il est financé par une ponction sur le produit de la CSPE nouvelle (il est en réalité financé par le budget général, en application du principe d'universalité²⁶¹⁹, mais son montant correspond peu ou prou à celui ponctionné sur la CSPE²⁶²⁰) et sert à financer à titre principal la péréquation tarifaire et les tarifs sociaux²⁶²¹. Un raisonnement tortueux, usant du passage par le budget général comme d'un écran afin de limiter le risque d'incompatibilité de la nouvelle accise (la CSPE nouvelle) avec la directive 2008/118/CE du Conseil du 16 décembre 2008 relative au régime général d'accise et abrogeant la directive 92/12/CEE. La finalité de la CSPE ancienne (et même nouvelle, si l'on suit la logique d'attribution des fonds) n'étant effectivement probablement pas « *spécifique* » au sens auquel l'entend la CJUE²⁶²².

Toutefois les avis sur la réforme sont globalement positifs, à l'image des sénateurs saluant « *un meilleur contrôle des charges et une plus grande transparence sur l'emploi de ces crédits* », tout en assurant « *la sécurisation juridique du dispositif [par] sa conformité avec le droit de l'Union européenne* »²⁶²³. La CRE se fend également d'un avis en partie favorable, notamment du fait du transfert du recouvrement de la CSPE aux services des Douanes, elle qui réclamait en 2014 déjà un transfert de cette mission « *très [éloignée] de ses missions de régulation* » à l'administration fiscale²⁶²⁴. En revanche, c'est elle qui porte le poids de la budgétisation de la CSPE et de son intégration *ipso facto* dans le calendrier budgétaire, réduisant sa période d'analyse de la CSPE pour l'année passée et en cours et de prévision de son montant pour l'année N+1 de 6,5 à 3,5 mois²⁶²⁵. Elle signale à cet effet que de mars à juillet chaque année, « *elle ne sera pas en mesure d'affecter les ressources adéquates aux autres missions relatives aux charges de service public, telles que l'instruction des appels*

²⁶¹⁷ Loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016, Etat D, I. Cf. également Sénat, Commission des affaires économiques, Avis n° 165 sur le projet de loi de finances pour 2016, Tome II, Bruno SIDO, 19 nov. 2015, pp. 36 – 37.

²⁶¹⁸ Loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016, Etat A, III.

²⁶¹⁹ Loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances, art. 6, al. 3.

²⁶²⁰ CRE, Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 13 juillet 2016 relative à l'évaluation des charges de service public de l'énergie pour 2017, pp. 4 et 6, tableau 1.

²⁶²¹ Sénat, Commission des affaires économiques, Avis n° 165 sur le projet de loi de finances pour 2016, Tome II, Bruno SIDO, 19 nov. 2015, p. 36.

²⁶²² Cyril SNIADOWER, « Contribution au service public de l'électricité : zugzwang ou cinquième as ? - À propos de l'arrêt CAA Paris, 23 févr. 2016, n° 12PA03983, Praxair », *Droit fiscal*, n° 39, 29 sept. 2016, comm. 520, pp. 3 – 6.

²⁶²³ Sénat, Commission des affaires économiques, Avis n° 165 sur le projet de loi de finances pour 2016, Tome II, Bruno SIDO, 19 nov. 2015, p. 36.

²⁶²⁴ CRE, « La contribution au service public de l'électricité (CSPE) ... », oct. 2014, *cit.*, p. 3.

²⁶²⁵ CRE, Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 27 janvier 2016 portant avis sur le projet de décret relatif à la compensation des charges de service public de l'énergie, p. 6.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

d'offres »²⁶²⁶. Il risque par conséquent, outre d'y avoir des répercussions sur les autres tâches de la CRE, moins de temps pour s'assurer de la qualité optimale du travail sur la CSPE, au moment même où le souhait de mieux suivre et prévenir cette dernière prend forme. Ses plaintes seront cependant ignorées dans le décret du 18 février 2016²⁶²⁷ qui « *parachève la refonte du mécanisme de financement des charges de service public de l'énergie* »²⁶²⁸.

En quelques mots, la refonte de la CSPE, tardive mais nécessaire, semble partiellement satisfaisante. Si elle répond à la majorité des critiques qui lui étaient adressées elle n'apporte pas de réponses à toutes les questions qu'elle suscitait. La CSPE nouvelle en fait même surgir de nouvelles : ce nouveau mécanisme sera-t-il adapté au financement des énergies renouvelables ? Permettra-t-il de suivre sa croissance et potentiellement la réduire ? Et surtout, quelle sécurité juridique apporte-t-elle aux acteurs concernés ?

b) La budgétisation de la contribution au service public de l'électricité, une entreprise de mise en conformité du droit ?

Les développements précédents nous amènent à nous poser la question de savoir si la budgétisation de la CSPE représente une mise en conformité du droit à l'égard de la Constitution. La question se pose, dans notre cas d'espèce. En principe, cet impôt devrait avoir dès le début été soumis au contrôle annuel du Parlement, sans avoir à mobiliser de nouveau le législateur plus d'une décennie après. Ce cas constitue un signe de plus, s'il en était besoin, que la Loi – « *expression de la volonté générale* » selon Rousseau²⁶²⁹ et l'article 6 de la DDHC – n'est pas infaillible. Elle ne respecte pas par nature la Constitution. D'où, d'ailleurs, le contrôle de conformité à cette dernière exercé *a priori* et *a posteriori* par le Conseil constitutionnel²⁶³⁰.

Concernant la CSPE, les deux principales lois qui l'ont instaurée, celles du 10 février 2000 et du 3 janvier 2003 vues précédemment, n'ont pas été soumises au contrôle des Sages de la rue de Montpensier et n'ont donc pas reçu de « *brevet de constitutionnalité* »²⁶³¹. Alors que nous avons vu quelques pages auparavant que par sa non-budgétisation, elle était probablement contraire à l'article 34 de la Constitution et à l'article 14 de la DDHC²⁶³². Il faut préciser que le déclenchement du contrôle de constitutionnalité *a priori* reposant sur « *le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs* »²⁶³³, son exercice est éminemment politique²⁶³⁴ et

²⁶²⁶ *Ibid.*

²⁶²⁷ Décret n° 2016-158 du 18 février 2016 relatif à la compensation des charges de service public de l'énergie.

²⁶²⁸ Marie-Hélène PACHEN-LEFEVRE, Guillaume ROSSIGNOL-INFANTE, « La compensation des charges de service public de l'énergie », *cit.*, 13 oct. 2016, p. 53.

²⁶²⁹ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social : Principes du droit politique*, rééd. Numilog, 2000, p. 69.

²⁶³⁰ Cf. art. 61 et 61-1 de la Constitution.

²⁶³¹ Cf. par exemple, pour l'usage de cette expression : Régis FRAISSE, « La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, jan. 2011, pp. 77 – 86.

²⁶³² Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, I) A) 1) b).

²⁶³³ Constitution, art. 61, al. 2.

²⁶³⁴ Jean-François KERLEO, « Les lois non déférées au contrôle de constitutionnalité *a priori* », *Revue générale du droit*, n° 3, déc. 2014, pp. 1 – 19.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

la saisine est facultative. Toutefois, l'arrivée de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en 2010²⁶³⁵ change les règles du jeu.

Si les lois de 2000 et 2003 ne lui ont point été soumises, la loi POPE de 2005²⁶³⁶ et la LFI pour 2011²⁶³⁷ ont, elles, fait l'objet d'un contrôle *a priori* du Conseil. Pour la première, elle instaurait un plafond complémentaire annuel pour certains gros consommateurs, pour la seconde, elle raffermissait le rôle de la CRE dans la fixation annuelle de la contribution unitaire (nous noterons cependant que dans ce dernier cas, l'article 37, qui nous intéresse, n'était pas déféré au juge par la saisine et que celui-ci ne le soulèvera pas d'office, comme il en a pourtant la capacité²⁶³⁸). Aucune des deux n'a cependant remanié entièrement la CSPE, mais chacune semble pourtant modifier son mécanisme, ce qui aurait alors pu potentiellement fonder un examen par ricochet de la régularité des dispositions originales, à l'appui de la jurisprudence dite *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*²⁶³⁹. Il est toutefois vrai que cette jurisprudence trentenaire n'a connu un regain d'activité et d'intérêt qu'à partir de 2012²⁶⁴⁰.

Mais ce qui n'arriva pas par le contrôle *a priori* peut arriver par le contrôle *a posteriori*. D'aucuns auraient alors pu penser que l'occasion parfaite de trancher et de forcer le législateur à mettre son œuvre en conformité avec la Constitution était venue avec la décision QPC *Société Praxair SAS*, du 8 octobre 2014²⁶⁴¹. Le requérant avait en effet soulevé l'inconstitutionnalité de certains alinéas de l'article 5 de la loi du 10 février 2000 (concernant la CSPE), en rapport avec l'article 34 de la Constitution. Il estimait que législateur avait péché par incompétence négative en ne prenant pas les dispositions pour fixer lui-même le taux, l'assiette et les modalités de recouvrement de cet impôt. Néanmoins, les Sages écartèrent les moyens en estimant que « *la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence dans la détermination de l'assiette ou du taux d'une imposition n'affecte par elle-même aucun droit ou liberté que la Constitution garantit* »²⁶⁴². La conclusion est la même quant aux modalités de recouvrement à l'encontre du droit de propriété²⁶⁴³.

Partant, si le contrôle *a priori* et *a posteriori* d'une disposition dont l'inconstitutionnalité semble aussi probable échoue, la seule solution reste celle d'une action du législateur. Mais comme nous l'avons vu, dans le cas présent, cela a pris 10 ans depuis que la CSPE a

²⁶³⁵ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, modifiant l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

²⁶³⁶ Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique et décision n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005.

²⁶³⁷ Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 et décision n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010.

²⁶³⁸ Pour aller plus loin sur ce sujet, cf. Anne-Charlène BEZZINA, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014.

²⁶³⁹ CC, 25 jan. 1985, déc. n° 85-187 DC, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 10.

²⁶⁴⁰ Cf. Julien BONNET, « L'épanouissement de la jurisprudence Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 2014, pp. 467 – 471.

²⁶⁴¹ CC, 8 oct. 2014, déc. n° 2014-419 QPC, *Sté Praxair SAS*.

²⁶⁴² *Id.*, cons. 10.

²⁶⁴³ *Id.*, cons. 11. Le Conseil constitutionnel analysera plus en détail cet aspect sur le fondement du droit au recours effectif, mais c'est un aspect que nous traiterons davantage dans le II de cette même section.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

clairement été qualifiée d'imposition dans l'arrêt *Eurodif* du Conseil d'Etat²⁶⁴⁴. La situation est d'autant plus complexe dans un cas comme celui-ci, où l'inconstitutionnalité découlerait non d'un acte positif mais de l'absence d'intégration de la mesure dans les lois de finances.

Ces quelques paragraphes montrent qu'il n'y a parfois de solution à un droit imparfait que davantage de droit et que les autorités de contrôle, tel le Conseil constitutionnel, peuvent se retrouver bien impuissantes. Cet état de fait devrait par conséquent inciter le législateur à porter davantage d'attention à son œuvre, surtout lorsqu'il y va de la conformité à la Constitution et de la sécurité juridique d'un dispositif aussi important pour le développement des énergies renouvelables et donc la réalisation de la transition énergétique. Le droit régissant cette même transition se serait révélé beaucoup plus sûr et stable si ces éléments avaient été pris en compte plus tôt.

Toutefois, le crépuscule de l'année 2015 n'a pas été l'occasion des dernières grandes modifications de la CSPE. Une année plus tard, ses équilibres internes seront à nouveau modifiés.

2) Un dispositif encore en évolution

Après tant de péripéties, nous étions en droit d'espérer une stabilisation sinon du montant de la CSPE, au moins de son régime juridique, de ses acteurs et de ses principaux arbitrages. Il semble pourtant qu'en 2017, le suivi de la croissance financière de la contribution, bien que renforcé par la budgétisation soit encore en attente de la mise en place de certaines dispositions de la loi de transition énergétique. Pour ce qui est du second aspect, les dernières modifications, techniques en apparence mais modifiant en partie la logique du dispositif, laissent à penser qu'il faudra encore attendre un peu avant de pouvoir s'enorgueillir d'une CSPE au mécanisme pérenne.

a) Les nouvelles modifications apportées par la loi de finances pour 2017 afin de parer au risque communautaire

Le rapport de la commission des finances de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de finances pour 2017 rend compte de certains changements au sein du CAS transition énergétique. L'article 22 du projet de loi prévoit ainsi de modifier la clé de répartition des recettes du compte, mais dans des mesures faibles et toujours à partir des mêmes impositions (CSPE, TICGN, TICC, TIPE)²⁶⁴⁵. En sus, une nouvelle dépense d'un million d'euros est transférée du budget général au CAS, afin de financer les études préalables aux appels d'offres d'éolien en mer²⁶⁴⁶. Le rapport souligne également que dès les travaux du collectif budgétaire pour 2015, il était question d'un important déficit de financement du CAS du fait de la stabilisation de la CSPE nouvelle et de la croissance continue du soutien apporté aux

²⁶⁴⁴ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, I) A) 1) b).

²⁶⁴⁵ Assemblée nationale, Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Rapport n° 4125 sur le projet de loi de finances pour 2017, Tome II, vol. 1, Valérie RABAULT, 5 mars 2015, p. 497.

²⁶⁴⁶ *Id.*, p. 498. Cf. pour le contexte, Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, II) B) 2) a).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

énergies renouvelables²⁶⁴⁷. Afin de respecter la règle d'équilibre issue de l'article 21 de la LOLF, le projet de loi de finances pour 2017 propose une augmentation de la part de la TIPE attribuée au compte concerné²⁶⁴⁸. Cette modification était donc prévue et s'accompagne de certaines autres réellement mineures dans les taux de la TICC et de la TICGN attribuées au financement des renouvelables.

Toutefois, par un amendement n° I-806, le Gouvernement propose de modifier cette fois de manière plus radicale le financement du CAS. Il vise en effet à exclure des recettes la CSPE nouvelle et la TICGN et les concentrer sur la TICC et la TIPE « *pour répondre aux demandes de la Commission européenne concernant la conformité des dispositifs de soutien aux énergies renouvelables avec le régime des aides d'État* »²⁶⁴⁹. C'est donc à dire qu'un risque de conformité avec le droit communautaire existait encore malgré la réforme de fin 2015, censée y mettre un terme. La raison invoquée est ici explicitement celle de la réglementation des aides d'Etat, sujet ô combien conflictuel dont fera l'objet la seconde moitié de cette section. Le financement du soutien aux énergies renouvelables est donc cette fois entièrement porté par « *les énergies les plus carbonées, qui contribuent au réchauffement climatique* »²⁶⁵⁰, aux dépens de la logique précédente qui voulait qu'une partie au moins de ce soutien soit assurée par les consommateurs d'électricité²⁶⁵¹. Cette nouvelle clé de répartition sera adoptée et insérée dans la LFI 2017²⁶⁵². Au final, ceux-ci paieront au budget général, afin « *notamment de financer la péréquation tarifaire électrique et les tarifs sociaux de l'énergie* »²⁶⁵³. Toutes choses égales par ailleurs, et en rappelant le caractère multi-énergies de la transition énergétique²⁶⁵⁴ bien qu'assise davantage sur des sources électriques, cette nouvelle clé de répartition ne semble pas poser en lui-même un problème de logique.

Au bout du compte, bien que la transition énergétique constitue un fil directeur des lois de finances de la décennie 2010²⁶⁵⁵, le professeur Philippe Billet regrettera pour celle de 2017 un manque d'ambition écologique et surtout des modifications « *très techniques, sans philosophie générale fédératrice* »²⁶⁵⁶. Si nous souscrivons à ces mornes conclusions, nous craignons d'autant plus que ce soit l'ouvrage en chantier du droit de la transition énergétique qui puisse dès lors être qualifié ainsi, constituant un reproche que nous adressons au droit de l'énergie en introduction²⁶⁵⁷ et dans lequel nous ne souhaitons pas le voir tomber. Nous

²⁶⁴⁷ *Id.*, pp. 507 – 508.

²⁶⁴⁸ *Id.*, p. 508.

²⁶⁴⁹ Amendement n° I-806, présenté par le Gouvernement, le 14 oct. 2016 [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/4061A/AN/806.asp>].

²⁶⁵⁰ *Ibid.*

²⁶⁵¹ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, I) A) 1) a).

²⁶⁵² Loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017, art. 44, Etat A, III et Etat D, I.

²⁶⁵³ Amendement n° I-806, présenté par le Gouvernement, le 14 oct. 2016 [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/4061A/AN/806.asp>].

²⁶⁵⁴ Nous penserons notamment ici au P2G. Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 2, II) B) 2) b).

²⁶⁵⁵ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, I) A) 1) b).

²⁶⁵⁶ Philippe BILLET, « Principales dispositions financières et fiscales en matière d'environnement, d'énergie et de transport dans les lois de finances rectificative pour 2016 et de finances pour 2017 », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, étude 12, avr. 2017, p. 1.

²⁶⁵⁷ Cf. Introduction, I) B) 2).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

ajouterons que s'agissant de la refonte de la CSPE, la loi de transition énergétique même se caractérise par des « *dispositions d'ajustement* »²⁶⁵⁸, au mieux.

b) Des apports de la loi de transition énergétique devant faire leurs preuves

Mise à part la réforme des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables²⁶⁵⁹, la loi de transition énergétique s'est peu investie sur la CSPE et ses sujets connexes. Deux articles de ce texte apportent néanmoins quelques modifications.

Premièrement, l'article 174 de la loi prévoit la rédaction du rapport annuel suivant :

« Le Gouvernement présente au Parlement, en annexe au projet de loi de finances de l'année, un rapport sur le financement de la transition énergétique, quantifiant et analysant les moyens financiers publics et évaluant les moyens financiers privés mis en œuvre pour financer la transition énergétique ainsi que leur adéquation avec les volumes financiers nécessaires pour atteindre les objectifs et le rythme de transition fixés par la présente loi ».

Le même article précise également que le rapport porte aussi sur la CSPE et les charges qu'elle couvre et comprend des scénarios d'évolution de cet impôt. Ce document peut donc s'avérer une précieuse source d'information pour les parlementaires lors de leurs débats sur la loi de finances, en parallèle de la budgétisation de la CSPE. Mais une analyse un peu plus en profondeur s'impose, à l'appui du premier rapport publié pour l'examen de la LFI 2017²⁶⁶⁰. Le « *jaune budgétaire* » relatif au financement de la transition énergétique semble, à première vue, quantifier les moyens publics – surtout – et privés – un peu – sur la transition énergétique *via* un catalogue des mesures en place et parfois de leur évolution dans les années passées qui ont un rapport direct avec les économies d'énergie et la production d'énergie renouvelable. En revanche, pour ce qui est de l'analyse de l'adéquation des moyens engagés avec ceux nécessaires pour l'atteinte des objectifs de la loi, le bilan est plus que maigre. Si sont mises à disposition quelques lignes lapidaires sur cette adéquation des financements privés²⁶⁶¹, aucune section particulière ne s'y réfère pour les financements publics. A l'étude de la section sur l'éolien en mer, à titre d'exemple, le document évoque les appels d'offres lancés et les capacités attribuées depuis 2011 mais ne met pas ces chiffres en rapport avec les objectifs de la PPE. Sur le financement même, aucun chiffrage du niveau des tarifs d'achat attribués n'est effectué²⁶⁶². Enfin, si l'introduction du rapport rappelle qu'il doit faire le bilan de la CSPE et fournir des scénarios d'évolution à moyen terme²⁶⁶³, ce sera non seulement une des rares fois où la CSPE sera mentionnée, et quant aux scénarios, nulle trace au gré des pages. La lecture des rapports et avis de la Cour des comptes et de la CRE sont donc

²⁶⁵⁸ Philippe BILLET, « Principales dispositions financières ... », *cit.*, avr. 2017, p. 1.

²⁶⁵⁹ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) A) 1).

²⁶⁶⁰ Rapport sur le financement de la transition énergétique, Annexe au projet de loi de finances pour 2017, 24 oct. 2016 [<http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/documents-budgetaires/lois-projets-lois-documents-annexes-annee/exercice-2017/projet-loi-finances-2017-jaunes-budgetaires#.WPd6K-ZXz-I>].

²⁶⁶¹ *Id.*, pp. 45 – 46.

²⁶⁶² *Id.*, pp. 28 – 29.

²⁶⁶³ *Id.*, p. 5.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

beaucoup plus instructifs que ce document qui ne semble pas tenir compte des missions qui lui sont confiées par la loi.

Deuxièmement, l'article 178 de la loi de transition énergétique crée le comité de gestion de la CSPE (CGCSPE) par l'insertion de l'article L. 121-28-1 au Code de l'énergie. La raison d'être de cette nouvelle instance est « *le suivi et l'analyse prospective de l'ensemble des charges de service public de l'électricité* »²⁶⁶⁴. Ce suivi, *a priori* bienvenu, se traduit par de multiples avis rendus, principalement sur la CSPE et les charges qu'elle supporte, ainsi que son évolution à moyen terme²⁶⁶⁵. Nous noterons également l'« *avis préalable sur le volet de l'étude d'impact* » économique, sociale et environnementale de la PPE²⁶⁶⁶. Le décret d'application du 16 mars 2016 vient préciser sa composition (parlementaires, membres de la Cour des comptes et de la CRE, représentants de ministères et 3 personnalités qualifiées)²⁶⁶⁷. Afin de juger de l'impact positif que pourrait générer ce comité sur la gestion de la CSPE, et en tant que solution préférée à la budgétisation de la CSPE en premier ressort²⁶⁶⁸, il est important de s'enquérir des moyens à sa disposition pour la réalisation de ses missions. Or, l'étude d'impact du projet de loi pour la transition énergétique avance un coût annuel faible de « < 10 000€/an » afin de « *rémunérer au moins un ETP* »²⁶⁶⁹, pour des tâches de secrétariat donc. Dès lors, et sachant que la CRE produit déjà, à intervalles moins régulières cependant, des estimations d'évolution de la CSPE et des coûts couverts par celle-ci²⁶⁷⁰, il est à se demander si imposer à la CRE la publication annuelle d'un tel rapport n'aurait pas été plus simple et apte à éviter la création d'un nouveau « *comité Théodule* »²⁶⁷¹. L'Assemblée nationale se montre également critique à l'égard du CGCSPE et spécifiquement à l'égard de son décret d'application qui laisse de nombreuses zones d'ombre sur son fonctionnement (règles de déontologie applicables, rémunération de ses membres, prise en compte des avis annuels de la CRE, publicité du suivi semestriel des engagements pluriannuels de coûts couverts)²⁶⁷². De fait, à la date de la rédaction de ces lignes, aucun signe vital de fonctionnement de ce comité n'avait été émis²⁶⁷³.

Il ressort donc de ces lignes que les mesures décidées par la loi de transition énergétique pour mieux contrôler la croissance de la CSPE s'avèrent, sous couvert d'une meilleure information bénéfique au législateur et à l'ensemble des intéressés, au mieux superfétatoire. Le droit de la

²⁶⁶⁴ C. Ener., art. L. 121-28-1, al. 1^{er}.

²⁶⁶⁵ C. Ener., art. L. 121-28-1, a), b), c), e).

²⁶⁶⁶ C. Ener., art. L. 121-28-1, d).

²⁶⁶⁷ Décret n° 2016-310 du 16 mars 2016 relatif au comité de gestion des charges de service public de l'électricité.

²⁶⁶⁸ « Etude d'impact du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte (n° 2188) », 29 juil. 2014, pp. 239 – 240.

²⁶⁶⁹ *Id.*, p. 241.

²⁶⁷⁰ A l'image du rapport de la CRE, « La contribution au service public de l'électricité (CSPE) : mécanisme, historique et prospective », oct. 2014.

²⁶⁷¹ Selon l'expression consacrée par le Général de Gaulle, à Orange, le 25 sept. 1963 [<http://www.ina.fr/video/I00012370>].

²⁶⁷² Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016, pp. 336 – 337.

²⁶⁷³ Au 19 avril 2017.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

transition énergétique, philosophiquement attaché à une information accrue de ses parties prenantes pour un changement de comportement et une amélioration de la prise de décision, se trouve ici desservi.

II. Le contentieux du tarif d'achat éolien, feuilleton juridique à rebondissements

Bien qu'étant dans une phase de transition vers d'autres modes de soutien, le tarif d'achat appuyé sur l'obligation d'achat restait le principal mécanisme d'incitation au développement des énergies renouvelables dans le monde en 2015²⁶⁷⁴. En Europe, la transition est cependant plus avancée vers des systèmes davantage intégrés au marché et le cas français ne fait pas exception²⁶⁷⁵. En quelques mots, l'obligation d'achat dans le domaine électrique consiste à garantir à un producteur d'électricité (ici, renouvelable) que toute sa production sera achetée par des opérateurs déterminés, quel que soit l'état de la demande (dans certaines limites telles que la préservation du réseau)²⁶⁷⁶. Le tarif d'achat va de pair avec cette obligation en garantissant un prix fixe auquel l'électricité est achetée, permettant aux développeurs de projets de calculer des hypothèses de rentabilité sécurisées et donc incitatives. Nous utiliserons le terme de « *tarif d'achat* » pour évoquer ces deux composantes liées dans les paragraphes qui suivent.

Si ce système concerne la majorité des énergies renouvelables électriques en France, nous nous concentrerons ici sur l'énergie éolienne, avec quelques éléments issus du PV²⁶⁷⁷, tant son contentieux foisonnant a donné lieu à un véritable feuilleton juridique en droit des aides d'Etat. La doctrine s'est en effet fendue de nombreux articles sur le sujet, en particulier de 2012 à 2016²⁶⁷⁸, tant la matière s'y prêtait par ses rebondissements, retournements, décisions parfois surprenantes et en tout cas difficilement prévisibles. Souvent, le débat doctrinal y a

²⁶⁷⁴ REN21, *Renewables 2016 Global Status Report*, 2016, p. 109

²⁶⁷⁵ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) A).

²⁶⁷⁶ C. *Ener*, art. L. 314-1 suiv.

²⁶⁷⁷ La réforme chaotique des tarifs d'achat du PV en 2010/2011 a déjà été évoquée : cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, II) A) 1).

²⁶⁷⁸ Afin d'en donner un ordre d'idée, le lecteur trouvera ci-dessous quelques exemples d'articles de doctrine sur le sujet en complément de ceux qui seront utilisés dans cette thèse : Etienne MULLER, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union européenne - Financement de l'énergie éolienne et aide d'Etat », *RTD Eur.*, 2012, p. 943s. ; Michel BAZEX, « La régulation de la fourniture de l'électricité éolienne », *Droit Administratif*, mars 2014, n° 3, comm. 22 ; Olga MAMOUDY, « Coup de vent sur la jurisprudence AC ! dans les litiges relevant du droit de l'Union européenne », *AJDA*, 2014, p. 1784s. ; Patrick THIEFFRY, « Aides des collectivités et droit de l'Union européenne - L'achat d'électricité d'origine éolienne, une aide d'Etat en pleine tourmente », *AJCT*, 2014, p. 487s. ; Hervé CASSAGNABERE, « Qui sème le vent... », *RJEP*, mai 2014, n° 719, comm. 20, p. 16s. ; Etienne MULLER, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union - Conséquences de l'octroi illégal d'une aide et modulation des effets de son annulation », *RTD Eur.*, déc. 2014, pp. 952 – 954 ; Alexandre MAITROT DE LA MOTTE, Édouard DUBOUT, « La contribution au service public de l'électricité, le rachat de l'électricité d'origine éolienne et le droit européen des aides d'Etat : Fiat Lux ! », *Droit fiscal*, n° 29, juil. 2014, comm. 450 ; Laurent AYACHE, Charlotte MICHELLET, « Chronique de la jurisprudence française et européenne relative aux aides d'Etat », *Rev. UE*, 2017, p. 53s.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

été nourri et contradictoire. Ce sujet permet aussi de percevoir l'impact de la transition énergétique sur un des nombreux domaines concernés, en l'occurrence celui des aides d'Etat, et en retour l'impact du droit des aides d'Etat sur le droit de la transition énergétique.

A) La reconnaissance tardive et forcée du tarif d'achat éolien comme aide d'Etat

Par principe, l'Union européenne juge incompatibles avec le marché intérieur les aides d'Etat²⁶⁷⁹. Cependant, outre les exceptions déjà prévues par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)²⁶⁸⁰, en matière d'environnement, la Commission européenne a mis en place des lignes directrices qui ouvrent des portes pour le soutien aux énergies renouvelables²⁶⁸¹. Mieux, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a déjà jugé que les régimes de soutien aux énergies renouvelables sont permis, voire même « *nécessaire[s] pour favoriser, dans une perspective de long terme, les investissements dans l'énergie verte* »²⁶⁸². À cette occasion, la CJUE autorisait même le régime de soutien en question à se soustraire au principe de liberté de circulation des marchandises²⁶⁸³, faisant du droit européen de la transition énergétique un droit exorbitant.

En France, le tarif d'achat éolien n'a pendant plus d'une décennie d'existence pas été considéré comme une aide d'Etat par les gouvernements successifs. Pourtant, si cette position avait des justifications, les indices se sont accumulés montrant que ce système aurait dû être considéré comme tel et soumis à l'examen de la Commission européenne comme l'exige la réglementation en vigueur²⁶⁸⁴. Les années passant, l'obstination du pouvoir réglementaire à ne pas notifier le dispositif incriminé s'est de manière unanime changée en incurie.

1) Une décennie de refus d'application du régime des aides d'Etat au tarif d'achat éolien

De l'instauration du premier tarif d'achat éolien en 2001²⁶⁸⁵ sur la base de la loi du 10 février 2000, jusqu'à la date de sa notification à la Commission européenne en 2013, 12 années s'écouleront. S'il est vrai que le tarif d'achat a pu être considéré comme étranger au régime des aides d'Etat après la jurisprudence *UNIDEN* du Conseil d'Etat de 2003, les signaux indicateurs du contraire se sont multipliés durant la décennie 2000, superbement ignorés par le pouvoir réglementaire.

²⁶⁷⁹ TFUE, art. 107, 1.

²⁶⁸⁰ TFUE, art. 107, 1. 2. 3.

²⁶⁸¹ Commission européenne, « Lignes directrices du 1er avril 2008 concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement », 2008. Plus récemment, Commission européenne, « Lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 », 2014.

²⁶⁸² Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Nouvelle prise de position de la CJUE sur l'euro-compatibilité des mécanismes nationaux de soutien à l'électricité renouvelable », *Environnement*, n° 11, nov. 2014, comm. 75, p. 10.

²⁶⁸³ CJUE, gr. ch., 1er juill. 2014, *Ålands Vindkraft AB c/ Annergimyndigheten*, aff. C-573/12, 2^e § du dispositif.

²⁶⁸⁴ TFUE, art. 108.

²⁶⁸⁵ Arrêté du 8 juin 2001 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent telles que visées à l'article 2 (2°) du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

a) Le tarif d'achat éolien, protégé par la jurisprudence *UNIDEN*

Saisi le 21 août 2001 d'un recours en annulation de l'arrêté tarifaire éolien du 8 juin 2001, le Conseil d'Etat se prononce en premier et dernier ressort le 21 mai 2003 sur la conventionalité de cet arrêté et en particulier sur son respect de la réglementation européenne des aides d'Etat²⁶⁸⁶. Dans son 6^e considérant, le juge élabore son raisonnement sur le régime de la CSPE alors en vigueur, alimentant le FSPPE par des contributions des producteurs, fournisseurs et distributeurs afin de rembourser intégralement le surcoût imposé à EDF et aux DNN, acheteurs obligés de l'électricité d'origine éolienne²⁶⁸⁷. A l'appui de sa réflexion, il se repose sur la décision de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) du 13 mars 2001, *PreussenElektra*²⁶⁸⁸. Le paragraphe qui nous intéresse ici est le 58 en ce qu'il avance que les aides d'Etat sont caractérisées par des « *avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'Etat* » et plus précisément ceux « *qui sont accordés directement par l'Etat ainsi que ceux qui le sont par l'intermédiaire d'un organisme public ou privé, désigné ou institué par cet Etat* ». Sur ce fondement, le juge administratif estimant que la CSPE étant payée par des entreprises « *sans que des ressources publiques contribuent, directement ou indirectement, au financement de l'aide* »²⁶⁸⁹, il rejette le recours de l'UNIDEN et juge que l'arrêté tarifaire éolien de 2001 ne constitue pas une aide d'Etat.

Sur le fondement de cette décision, il a été jugé inutile de notifier les arrêtés tarifaires éoliens de 2006 et 2008. Une partie de la doctrine avait également défendu cette interprétation. Pour la professeure Claudie Boiteau – surtout depuis la réforme de la CSPE de 2003 l'asseyant sur une contribution des consommateurs finals²⁶⁹⁰ – « *le surcoût n'est pas financé au moyen de ressources d'Etat* »²⁶⁹¹. Elle souligne toutefois que dans le cas français, « *le principal contributeur au fonds était alors une entreprise publique détenue par l'Etat* »²⁶⁹². Et le raisonnement, appuyé en sus sur une décision de la CJCE de 1978²⁶⁹³ semble effectivement se tenir, menant logiquement à la conclusion que la CSPE post-2003 ne saurait constituer une aide d'Etat.

C'est en tout cas la position des autorités françaises qui, « *cohérentes dans leur démarche, [n'ont] pas notifié à la Commission avant de le mettre en œuvre ce soutien qu'elles n'avaient pas regardé comme une aide d'Etat* »²⁶⁹⁴.

²⁶⁸⁶ CE, 21 mai 2003, *UNIDEN*, n° 237466.

²⁶⁸⁷ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, I) A) 1) a).

²⁶⁸⁸ CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra c/ Schleswag*, aff. C-379/98.

²⁶⁸⁹ CE, 21 mai 2003, *UNIDEN*, n° 237466, cons. 6.

²⁶⁹⁰ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, I) A) 1) a).

²⁶⁹¹ Claudie BOITEAU, « Le prix controversé du rachat de l'énergie éolienne ou l'énergie renouvelable à quel prix ? », *AJDA*, 2009, p. 2109.

²⁶⁹² *Ibid.*

²⁶⁹³ CJCE, 24 janv. 1978, *Van Tiggele*, aff. 82/77.

²⁶⁹⁴ Patrick THIEFFRY, « Un Vent de colère qui souffle du Palais-Royal à Luxembourg : le tarif d'achat de l'électricité éolienne, aide d'Etat illégale », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 224.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Pourtant au cours de la décennie 2000, les signaux montrant que le tarif éolien pouvait bien être une aide d'Etat et devait dès lors être notifiée se sont multipliés mais sont restés sans effets.

b) Les signaux indicateurs d'une aide d'Etat compatible ignorés

Outre l'élément contextuel sur le caractère public d'EDF soulevé par Mme Boiteau et évoqué ci-dessus, différents auteurs de doctrine ont avancé qu'il en existait d'autres qui, pris ensemble, devaient constituer un faisceau d'indices impossible à ignorer par les gouvernements français successifs et qui aurait dû les pousser à notifier le tarif d'achat éolien.

Si nous entrons dans le détail de l'analyse et de l'application au tarif d'achat français des critères jurisprudentiels quelques paragraphes plus bas, nous pouvons déjà mentionner les développements de quelques auteurs. Dès 2006, pour Gaël Bouquet, il ne faisait aucun doute que « *l'obligation d'achat d'électricité instaurée par l'Etat [...] doit être regardée comme une aide d'Etat* »²⁶⁹⁵. Il tire sa conclusion de l'analyse des critères retenus par des décisions de la Commission européenne et des jurisprudences européennes, surtout en ce qui concerne la question de la provenance des fonds alimentant le mécanisme de soutien à l'énergie éolienne, la « *plus controversée* »²⁶⁹⁶. En particulier, il procède à une lecture différente de la décision *PreussenElektra* de celle faite dans l'arrêt *UNIDEN*, qui d'ailleurs ne manque pas de l'étonner.

En 2014, Olivier Clerc et Hubert Delzangles faisaient également état de plusieurs décisions de la Commission de 2007 et 2009 qualifiant d'aide d'Etat des mécanismes tarifaires éoliens similaires à celui en vigueur en France²⁶⁹⁷. Ainsi, par une décision du 24 avril 2007, la Commission trancha le sort du mécanisme slovène. Son raisonnement sur les ressources d'Etat est particulièrement éclairant. Elle estime que le système Slovène est différent de celui décrit dans la décision *PreussenElektra*²⁶⁹⁸. Alors que le mécanisme de financement allemand jugé en 2001 reposait sur un financement direct des entreprises privées de distribution d'électricité acheteuses obligées, celui du petit pays outre-Alpin faisait peser le coût de son système sur « *une taxe parafiscale* »²⁶⁹⁹, imposée par l'Etat et dont le produit « *est versé sur un compte géré par les autorités publiques* » et distribué selon la loi²⁷⁰⁰. Or, la Commission avance que conformément à des positions qui sont les siennes depuis des décisions passées mais également des jurisprudences de la CJCE, « *le produit de taxes imposées par l'Etat alimentant des fonds désignés par l'Etat et destinés à procurer des avantages à certaines*

²⁶⁹⁵ Gaël BOUQUET, « Les mécanismes de soutien de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables à l'épreuve des articles 87 et 88 du traité relatifs aux aides d'Etat », *AJDA*, 2006, p. 699.

²⁶⁹⁶ *Ibid.*

²⁶⁹⁷ Olivier CLERC, Hubert DELZANGLES, « Note sur CJUE, 2^e ch., 19 déc. 2013, *Association Vent de Colère !*, aff. C 262/12 », *RJE*, n° 3, 2014, p. 540, note de bas de page 4.

²⁶⁹⁸ Commission européenne, Décision du 24 avril 2007 concernant le régime d'aides d'Etat mis en œuvre par la Slovaquie dans le cadre de sa législation relative aux producteurs d'énergie qualifiés, COM (2007) 1181 final, § 66.

²⁶⁹⁹ *Id.*, § 67.

²⁷⁰⁰ *Id.*, § 68.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

sociétés est considéré comme une ressource d'État »²⁷⁰¹. En conséquence de quoi, la Commission juge le dispositif comme étant une aide d'Etat, ce qui ne l'empêchera pas de la juger dans le même temps compatible avec le marché commun²⁷⁰². Dans une autre décision, datant du 28 janvier 2009, la Commission se penche sur le mécanisme Luxembourgeois. Sur la question de la nature des ressources alimentant la mesure de soutien au développement éolien, elle se fonde sur la jurisprudence de la CJCE établissant que :

« [L]es ressources financières d'une mesure ne doivent pas nécessairement constituer des actifs permanents du secteur public pour être des ressources d'État; en effet, le fait que ces ressources restent constamment sous contrôle public et donc à la disposition des autorités nationales compétentes suffit pour les qualifier de ressources d'État »²⁷⁰³.

Dans le cas du Luxembourg (à la différence, là encore du cas *PreussenElektra*), de 2001 à 2008, un fonds de compensation mis en place par l'Etat recueillait les contributions obligatoires des consommateurs d'électricité avant de les redistribuer aux distributeurs acheteurs obligés²⁷⁰⁴. Or, selon l'arrêt *Stardust Marine* de 2002, « des ressources qui passent sous contrôle de l'État à un certain moment sont toujours des ressources d'État »²⁷⁰⁵. A partir de ces éléments, la Commission décide que le mécanisme Luxembourgeois est bien une aide d'Etat²⁷⁰⁶, mais qui, ici aussi, est compatible avec le marché commun et donc validée²⁷⁰⁷, fut-ce après 7 ans de fonctionnement.

Enfin, en 2015, Pierre-François Racine va dans le même sens en évoquant la jurisprudence *Essent Network* de 2008²⁷⁰⁸ rendue par les juges du plateau de Kirchberg et décidant « qu'un financement par un supplément de prix imposé par l'État aux acheteurs d'électricité, constitutif d'une taxe, les fonds demeurant sous le contrôle de l'État membre, devait être regardé comme une intervention de l'État au moyen de ressources d'État »²⁷⁰⁹. Si nous entrerons davantage dans le détail de la décision *Essent Network* dans les lignes qui suivent, il ressort d'ores et déjà que de multiples éléments probants apparus durant la décennie 2000 auraient dû mettre la puce à l'oreille des autorités françaises quant au caractère d'aide publique potentiellement compatible du tarif d'achat français et les pousser à la notifier à la Commission européenne.

²⁷⁰¹ *Id.*, § 69, sur le fondement des décisions CJCE, 2 juil. 1974, *Italie c/ Commission*, aff. C 173/73 ; et, CJCE, 2 mars 1997, *Steinike c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C 78/79.

²⁷⁰² Commission européenne, Décision du 24 avril 2007 ..., *cit.*, § 97.

²⁷⁰³ Commission européenne, Décision du 28 janvier 2009 concernant l'aide sous la forme de la création d'un fonds de compensation dans le cadre de l'organisation du marché de l'électricité mise à exécution par le Luxembourg, C (2009) 230 final, § 56, sur le fondement de CJCE 16 mai 2000, *France/Ladbroke Racing et Commission*, aff. C 83/98.

²⁷⁰⁴ Commission européenne, Décision du 28 janvier 2009..., *cit.*, § 56.

²⁷⁰⁵ *Ibid.*, à l'évocation de CJCE, 16 mai 2002, *France/Commission*, aff. C 482/1999.

²⁷⁰⁶ Commission européenne, Décision du 28 janvier 2009..., *cit.*, § 57.

²⁷⁰⁷ *Id.*, § 89.

²⁷⁰⁸ CJUE, 17 juill. 2008, *Essent Network Noord e.a.*, aff. C 206/06.

²⁷⁰⁹ Pierre-François RACINE, « L'avis Praxair du Conseil d'État : comment s'enraye un mécanisme infernal », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, oct. 2015, comm. 80, p. 11.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2) Le tarif d'achat éolien à l'épreuve de la réglementation des aides d'Etat : un exemple de l'incurie de l'Etat

Si l'arrêté tarifaire éolien de 2001 a été confirmé par le Conseil d'Etat dans son arrêt *UNIDEN* de 2003, la nouvelle mouture de l'arrêté, adoptée le 10 juillet 2006²⁷¹⁰, fera l'objet d'une cassation par la même instance le 6 août 2008 pour vice de forme²⁷¹¹. En conséquence, le ministre compétent prendra deux nouveaux arrêtés à la fin 2008²⁷¹² afin de rétablir un tarif d'achat censé être juridiquement sécurisé cette fois et ainsi fournir une vision de long terme aux acteurs de l'éolien. Toutefois, celui-ci sera soumis à un contentieux de longue haleine impliquant tant le juge administratif que le juge européen. Etant donné l'aspect systématique de la contestation des actes administratifs liés à l'éolien et en particulier du tarif d'achat, les parties intéressées étaient en droit d'attendre du rédacteur de l'acte visé un soin particulier porté à sa légalité tant nationale que communautaire. Il n'en sera rien.

a) Le tarif d'achat éolien, une aide au moyen de ressources d'Etat

Suite à un recours en annulation des deux arrêtés susmentionnés déposé le 6 février 2009, le Conseil d'Etat s'est d'abord prononcé le 15 mai 2012. Au sein de son 8^e considérant, il énumère les 4 critères fixés par le Traité instituant la Communauté européenne (TCE) afin de déterminer si un mécanisme de soutien est une aide d'Etat :

« [E]n vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, la qualification d'aide au sens de l'article 87 requiert qu'il s'agisse d'une intervention de l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat et que cette intervention soit susceptible d'affecter les échanges entre Etats membres, accorde un avantage à son bénéficiaire et fausse ou menace de fausser la concurrence »²⁷¹³.

Selon l'analyse du Palais-Royal, trois des critères sont remplis, à savoir ceux de l'affectation des échanges entre Etats-membres, de l'avantage accordé au bénéficiaire (ici les sociétés d'exploitation des parcs éoliens) et enfin celui de la menace de fausser la concurrence (de manière évidente avec les autres sources d'énergie non bénéficiaires des tarifs)²⁷¹⁴. S'agissant du quatrième, qui posait déjà question à la professeure Claudie Boiteau et à Gaël Bouquet dans les lignes précédentes, le Conseil d'Etat développe davantage son raisonnement. Après avoir rappelé l'apport de la décision *PreussenElektra*²⁷¹⁵ et de l'arrêt *UNIDEN*²⁷¹⁶, il avance que la situation en France a changé avec la loi du 3 janvier 2003 soumettant l'ensemble des

²⁷¹⁰ Arrêté du 10 juillet 2006 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent telles que visées au 2° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.

²⁷¹¹ CE, 6 août 2008, *Association Vent de colère*, n° 297723.

²⁷¹² Arrêté du 17 novembre 2008 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent ; Arrêté du 23 décembre 2008 complétant l'arrêté du 17 novembre 2008 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent ; et commentaire de Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Coup de vent sur les éoliennes ? », *AJDA*, 2008, pp. 2117 – 2119.

²⁷¹³ CE, 15 mai 2012, *Association Vent de Colère! Fédération Nationale et autres*, n° 324852, cons. 8.

²⁷¹⁴ *Id.*, cons. 10.

²⁷¹⁵ *Id.*, cons. 11.

²⁷¹⁶ *Id.*, cons. 12.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

consommateurs finals d'électricité au paiement de la CSPE²⁷¹⁷. Enfin, il ajoute l'apport principal de la jurisprudence *Essent Network* :

« [U]n financement par un supplément de prix imposé par l'Etat aux acheteurs d'électricité, constitutif d'une taxe, les fonds demeurant en outre sous le contrôle de l'Etat, devait être regardé comme une intervention de l'Etat au moyen de ressources d'Etat »²⁷¹⁸.

Dès lors, il se tourne vers la Cour du Luxembourg afin de savoir si, au vu de ces évolutions, le tarif d'achat éolien constitue ou non une aide d'Etat²⁷¹⁹.

Par une décision du 19 décembre 2013, *Association Vent De Colère! Fédération nationale*, la CJUE tranche la question du 4^e critère. Elle précise d'emblée que pour juger qu'une aide provient d'une intervention de l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat, elle doit être accordée « *directement ou indirectement au moyen de ressources d'Etat et, d'autre part, être [imputable] à l'Etat* »²⁷²⁰. Deux critères cumulatifs donc. La question de l'imputabilité est rapidement réglée, le tarif d'achat venant de la loi du 10 février 2000²⁷²¹. Ensuite, des paragraphes 19 à 21, la CJUE égraine, sur le socle de ses jurisprudences antérieures, les conditions pour démasquer une intervention au moyen de ressources d'Etat. Ainsi, une mesure qui ne comporte pas de transfert de ressources d'Etat peut constituer une aide²⁷²², elle inclut les avantages accordés par l'Etat ou *via* un organisme public ou privé, désigné ou institué par l'Etat pour le gérer²⁷²³, et enfin les ressources concernées peuvent ne rester que sous contrôle public et non en possession permanente du Trésor Public, elles seront tout de même qualifiées ainsi²⁷²⁴. À une époque d'action déléguée de l'Etat à des organismes publics ou privés combinée à l'héritage d'un Etat-providence étendu, cette acception large de la CJUE n'est pas surprenante. Il serait trop facile aux Etats-membres de contourner les traités dans le cas contraire. Au surplus, il s'avère que la CSPE, taxe obligatoire fixée par la loi puis par arrêté ministériel tombe sous la qualification de ressource d'Etat²⁷²⁵. Enfin, la Cour enfonce le clou lors de son analyse du rôle de la Caisse des dépôts et consignations (CDC). Cette personne morale de droit public, créée par la loi sur les finances de 1816²⁷²⁶, est mandatée par l'Etat pour servir d'intermédiaire entre le produit de la CSPE et sa distribution aux bénéficiaires des tarifs d'achat. Les sommes concernées sont donc considérées sous contrôle public par la Cour²⁷²⁷. Les pièces du puzzle étant présentées, il ne restait à la CJUE

²⁷¹⁷ *Id.*, cons. 13.

²⁷¹⁸ *Id.*, cons. 14.

²⁷¹⁹ *Id.*, cons. 15 et 16.

²⁷²⁰ CJUE, 19 déc. 2013, *Association Vent de Colère ! Fédération nationale c/ Min. de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement*, aff. C 262/12, § 16.

²⁷²¹ *Id.*, § 18.

²⁷²² CJCE, 15 mars 1994, *Banco Exterior de España*, aff. C 387/92, pt 14 ; et CJCE, 19 mai 1999, *Italie/Commission*, aff. C 6/97, pt 16.

²⁷²³ CJCE, 22 mars 1977, *Steinike et Weinlig*, aff. C 78/76, pt 21; CJCE, 30 mai 2003, *Doux Élevage et Coopérative agricole UKL-ARREE*, aff. C 677/11, pt 26.

²⁷²⁴ CJCE, 16 mai 2002, *France/Commission*, aff. C 482/99, pt. 37; CJCE, 17 juil. 2008, *Essent Network Noord e.a.*, aff. C 206/06, pt 70.

²⁷²⁵ CJUE, 19 déc. 2013, *Association Vent de Colère ! ...*, *cit.*, § 23 – 25.

²⁷²⁶ *Id.*, § 29.

²⁷²⁷ *Id.*, § 33.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

qu'à les assembler, préciser que la situation était différente de celle dans l'arrêt *PreussenElektra*²⁷²⁸, et de déclarer que le tarif d'achat constitue bien une intervention au moyen de ressources d'Etat²⁷²⁹.

S'agissant du rôle de la CDC, il renvoie de nouveau au dispositif de l'arrêt *UNIDEN*, qui ne cesse de poser question, ici surtout lorsqu'on sait que le système jugé par le Conseil d'Etat en 2003 reposait déjà sur la CDC²⁷³⁰.

La suite directe de cette décision de décembre 2013, est que le Conseil d'Etat va considérer les arrêtés tarifaires de fin 2008 comme des aides d'Etat et en tirer les conséquences.

b) Le tarif d'achat éolien reconnu aide d'Etat illégale, conséquence de l'incurie de l'Etat

Dans ses conclusions, la rapporteure publique Claire Legras prend acte de la décision de la CJUE et assène sans ambages qu'il est « *certain que les arrêtés attaqués doivent être annulés pour défaut de notification à la Commission européenne* »²⁷³¹. L'article 108, § 3 du TFUE exige en effet la notification à la Commission européenne des aides d'Etat pour examen avant mise en œuvre, sous peine d'illégalité. Les arrêtés des 17 novembre et 23 décembre 2008 n'ayant pas été notifiés et constituant un régime d'aide d'Etat, il était dès lors plus que prévisible qu'ils étaient condamnés, comme viendra le confirmer le Conseil d'Etat le 28 mai 2014²⁷³².

Ce point n'ouvrant pas débat, la question des effets de cette annulation en soulève en revanche deux majeurs : celui de la récupération de l'aide et celui des effets dans le temps de la décision du Palais-Royal.

À propos de la récupération de l'aide, il faut signaler que les arrêtés contestés ont finalement été notifiés le 11 octobre 2013 et que la Commission européenne a fait connaître sa position sur ces actes le 27 mars 2014, donc après la décision de la CJUE mais avant la décision du Conseil d'Etat. À l'inverse de ce qu'avait anticipé une partie de la doctrine²⁷³³, mais « [c]omme on pouvait s'y attendre »²⁷³⁴ selon la rapporteure publique, la Commission juge l'aide d'Etat compatible avec les règles du marché commun, sans réserves²⁷³⁵. En conséquence de quoi, la rapporteure publique demande aux juges de ne pas se limiter à une annulation « *sèche* » et d'exiger dès maintenant le remboursement des intérêts des sommes versées durant la période d'illégalité, soit de 2008 à 2014, au moins²⁷³⁶. Toutefois, le juge administratif n'entrera pas dans ces détails et se contentera bien d'une annulation « *sèche* ».

²⁷²⁸ *Id.*, § 34.

²⁷²⁹ *Id.*, § 37.

²⁷³⁰ Claudie BOITEAU, « Soutien aux énergies renouvelables et aide d'Etat », *AJDA*, 2014, p. 928.

²⁷³¹ Claire LEGRAS, « Les limites des pouvoirs du juge imposées par la Cour de justice pour la récupération d'aides d'Etat », *RFDA*, 2014, p. 783.

²⁷³² CE, 28 mai 2014, *Association Vent de colère ! Fédération nationale et autres*, n° 324852, cons. 4.

²⁷³³ Patrick THIEFFRY, « Un Vent de colère qui souffle ... », *cit.*, 2014, pp. 224 – 225.

²⁷³⁴ Claire LEGRAS, « Les limites des pouvoirs ... », *cit.*, 2014, p. 784.

²⁷³⁵ Commission européenne, Décision C (2014) 1315, 27 mars 2014.

²⁷³⁶ Claire LEGRAS, « Les limites des pouvoirs ... », *cit.*, 2014, p. 785.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

S'agissant des effets dans le temps de la décision, les défendeurs demandaient de les moduler en appliquant la fameuse jurisprudence *AC !*²⁷³⁷. Or, le Gouvernement français l'avait déjà demandé au juge européen qui a construit une position très exigeante en la matière reposant notamment sur la preuve de la bonne foi des intéressés²⁷³⁸, dont celui-ci ne pouvait exciper²⁷³⁹. La rapporteure publique estime alors que cette position « *annihile encore un peu plus [la] marge de manœuvre* »²⁷⁴⁰ du juge administratif sur la question, afin d'éviter de « *priver cette obligation de toute portée* »²⁷⁴¹. L'obligation de notification perdrait en effet de son applicabilité dans le cas contraire. Sur le fondement des positions de la CJUE et de la rapporteure, le Palais-Royal rejette donc la demande de modulation des effets de sa décision dans le temps²⁷⁴².

De manière unanime, la doctrine a condamné « *l'incurie d'un gouvernement qui n'a pas notifié une aide alors qu'il savait devoir le faire* »²⁷⁴³. Ainsi que nous l'avons montré quelques pages auparavant, l'Etat avait déjà tous les éléments devant l'inciter à notifier l'aide objet des arrêtés de la fin 2008. D'autant plus que les effets potentiels de cette décision du Conseil d'Etat ne sont pas anodins. Devant un mode de financement ainsi mis en danger, les financeurs se sont montrés frileux durant la période 2013-2014, marquée par l'incertitude sur le régime d'aide d'Etat. Cette réalité, prévisible, aurait également dû inciter « *les bénéficiaires à s'assurer que l'administration a respecté ses obligations* »²⁷⁴⁴.

Enfin, l'incurie des autorités françaises vis-à-vis des énergies renouvelables sur ce point du financement ne se limite pas à la seule énergie du vent, étant donné que ce long contentieux sur le tarif éolien ne s'achève que pour voir émerger son jumeau sur le tarif d'achat photovoltaïque, construit sur le même principe et non notifié avant sa mise en œuvre. En quelques mots, ce contentieux a été lancé à l'encontre des arrêtés concernés par l'assureur d'Enedis, condamné à plusieurs reprises pour des retards de signatures de contrats de raccordement ayant fait échapper aux demandeurs le bénéfice d'un régime antérieur plus intéressant, à l'image de celui pré-moratoire²⁷⁴⁵. Par une décision de la Commission européenne du 10 février 2017, il apparaît que l'arrêté tarifaire PV du 4 mars 2011 a été notifié le 22 décembre 2014²⁷⁴⁶. À l'image du mécanisme éolien, il est considéré comme une

²⁷³⁷ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886.

²⁷³⁸ CJUE, 19 déc. 2013, *Association Vent de Colère !* ..., *cit.*, § 40.

²⁷³⁹ *Id.*, § 41.

²⁷⁴⁰ Claire LEGRAS, « Les limites des pouvoirs ... », *cit.*, 2014, p. 786.

²⁷⁴¹ *Id.*, p. 785.

²⁷⁴² CE, 28 mai 2014, *Association Vent de colère ! Fédération nationale et autres*, n° 324852, cons. 5.

²⁷⁴³ Géraldine CHAVRIER, « Le droit au remboursement de la contribution au service public de l'électricité », *AJDA*, 2015, p. 1198 ; cf. également, Pierre-François RACINE, « L'avis Praxair du Conseil d'État ... », *cit.*, oct. 2015, p. 11 ; Sophie NICINSKI, « Obligation de l'administration et aides d'Etat - Un *vade-mecum* pour la récupération des aides d'Etat par l'administration », *AJDA*, 2016, p. 1160.

²⁷⁴⁴ Sophie NICINSKI, « Obligation de l'administration et aides d'Etat ... », *cit.*, 2016, p. 1160.

²⁷⁴⁵ Cf. Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « La suspension de l'obligation d'achat d'électricité solaire photovoltaïque n'est pas constitutive d'une responsabilité de l'État », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 12, déc. 2015, comm. 88, pp. 1 – 8 ; Olivier PEIFFERT, Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union européenne - Quelques remarques critiques sur une application de la jurisprudence SCEA du Chéneau en matière d'aides d'État », *RTD Eur.*, 2016, p. 374-12.

²⁷⁴⁶ Commission européenne, Décision C (2017) 1093, 10 fév. 2017.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

aide d'Etat pour la Commission²⁷⁴⁷ mais est déclaré compatible avec le marché commun²⁷⁴⁸ bien qu'ayant été illégal durant plusieurs années, l'exposant aux mêmes conséquences complexes que la filière éolienne, détaillées dans la sous-sous-section suivante.

Ce n'est donc ici pas tant la qualité intrinsèque des mécanismes juridiques pré-transition énergétique qui est en cause, mais bien le comportement des autorités nationales, sapant leurs fondations. Or, ce comportement va imposer au juge national de nombreuses contorsions, dans la limite de ses pouvoirs, limités en matière d'aides d'Etat. Il est alors doublement impératif que l'aspect mécanismes de soutien des énergies renouvelables du droit de la transition énergétique ne reproduise pas cet enchaînement d'erreurs causant des contentieux d'une décennie avec l'insécurité juridique qui va de pair.

B) Récupération des aides d'Etat et remboursement de la contribution au service public de l'électricité, les contorsions du juge national à compétence réduite

A l'issue de la décision d'annulation des arrêtés tarifaires de fin 2008, les ministères de l'Environnement et de l'Economie ont pris un nouvel arrêté le 17 juin 2014, reconduisant le mécanisme validé par la Commission européenne le 27 mars 2014²⁷⁴⁹. Contesté de nouveau par l'association Vent de Colère notamment pour sa non-notification, il sera confirmé par le Conseil d'Etat le 9 mars 2016²⁷⁵⁰ étant donné que « *seule la modification substantielle d'une aide existante justifie une nouvelle notification* »²⁷⁵¹. Si cette décision vient enfin apporter de la visibilité sur le tarif d'achat éolien pour les années suivantes (tout du moins si l'on fait abstraction de la refonte en cours du système de soutien des énergies renouvelables²⁷⁵²), elle ne sort pas pour autant les juges de l'incertitude sur les suites à donner à l'illégalité du tarif d'achat de 2008. Deux questions doivent alors être traitées, celle de la récupération de l'aide d'Etat illégale et celle du remboursement de la CSPE ou d'une fraction de celle-ci aux consommateurs d'électricité.

1) Les implications juridictionnelles étendues de la récupération des aides d'Etat

La question de la récupération de l'aide d'Etat illégale pose tout d'abord une question économique alors que le versement à destination de l'éolien était estimé pour la seule année 2012 aux alentours de 500 millions d'euros²⁷⁵³, avec des montants variant de 80 à 344 millions/an sur la période 2008-2010²⁷⁵⁴. Mais elle pose aussi des questions juridiques

²⁷⁴⁷ *Id.*, § 67.

²⁷⁴⁸ *Id.*, § 120.

²⁷⁴⁹ Arrêté du 17 juin 2014 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent implantées à terre.

²⁷⁵⁰ CE, 9 mars 2016, *Association Vent de colère et autres*, n° 384092.

²⁷⁵¹ Yann SIMONNET, « La légalité du mécanisme de l'obligation d'achat de l'électricité produite par les installations éoliennes confirmée par le Conseil d'Etat », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 6, juin 2016, comm. 43, pp. 1 – 4.

²⁷⁵² Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) A).

²⁷⁵³ Cour des comptes, « La contribution au service public de l'électricité (CSPE) : Suites données aux observations de la Cour dans le rapport public 2011 », juin 2017, p. 61.

²⁷⁵⁴ *Id.*, p. 52.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

profondes, sur le rôle du juge national et même sur la remise en cause du dualisme juridictionnel en cette matière.

a) Le juge national, juge-exécutant de droit commun de la récupération des aides d'Etat

Suite à l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 mai 2014, la question la plus pressante était celle de savoir quelle somme l'Etat allait devoir récupérer des anciens bénéficiaires du tarif d'achat éolien. Ainsi que le souligne la doctrine, la validation le 27 mars 2014 par la Commission européenne du mécanisme de 2008 reconduit en juin 2014 comme aide d'Etat compatible avec le marché commun permet de réduire les conséquences de l'arrêt²⁷⁵⁵. En effet, depuis la jurisprudence *CELF*, en date du 12 février 2008, seuls les intérêts qu'auraient supporté les bénéficiaires de l'aide finalement validée par la Commission s'ils avaient emprunté sur le marché le montant de l'aide qui leur a été attribuée sont redevables²⁷⁵⁶. Cette exigence est justifiée par le principe d'effectivité du droit de l'Union européenne. C'est pourquoi le Conseil d'Etat a décidé lui-même que « *les principes généraux de droit interne relatifs au retrait des décisions créatrices de droit ne trouvent pas à s'appliquer en la matière* »²⁷⁵⁷. Le conflit se situe donc entre l'effectivité du droit français et celle du droit communautaire.

S'agissant d'effectivité du droit et avant de revenir sur ce conflit, s'impose le traitement de l'arrêt du Conseil d'Etat du 15 avril 2016. Puisque « *le ministre estimait que [l'annulation « sèche » de mai 2014] n'impliquait aucune mesure d'exécution* »²⁷⁵⁸, une procédure d'astreinte d'office a été ouverte le 28 septembre 2015 après plus d'un an d'inexécution²⁷⁵⁹. Les juges du Palais-Royal rappellent alors que si la Commission européenne est seule compétente pour juger de la compatibilité d'une aide d'Etat avec le marché commun, « *il incombe, en revanche, aux juridictions nationales de sauvegarder, jusqu'à la décision finale de la Commission, les droits des justiciables en cas de violation de l'obligation de notification préalable des aides d'Etat* »²⁷⁶⁰. Le juge national est donc, ainsi que rappelé ici, le juge de droit commun de l'application du droit communautaire. En sus, le juge administratif se fend d'un nouveau considérant de principe en vue de clarifier les obligations de l'Etat suite à l'annulation par le juge d'un acte réglementaire instituant ou modifiant une aide d'Etat non notifiée. De manière automatique, l'Etat doit donc « *prendre toutes les mesures nécessaires* » pour recouvrer les sommes dues et si le juge constate que cela n'est pas fait (comme dans le cas présent), celui-ci prescrit « *les mesures d'exécution impliquées par l'annulation de cet acte réglementaire, afin d'assurer la pleine effectivité du droit de l'Union* »²⁷⁶¹. Plus encore, la procédure de recouvrement doit aboutir à la récupération immédiate et effective de l'aide (ou des intérêts), en faisant usage dès que possible de

²⁷⁵⁵ Claudie BOITEAU, « Soutien aux énergies renouvelables et aide d'Etat », *cit.*, 2014, p. 929 ; Olivier CLERC, Hubert DELZANGLES, Note sur CJUE, *cit.*, 2014, p. 546.

²⁷⁵⁶ CJCE, 12 févr. 2008, *CELF*, aff. C 199/06, § 48 à 52.

²⁷⁵⁷ Claudie BOITEAU, « Soutien aux énergies renouvelables et aide d'Etat », *cit.*, 2014, p. 929.

²⁷⁵⁸ Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Aides d'Etat illégales : le vent ne l'emporte pas », *AJDA*, 2016, p. 1178.

²⁷⁵⁹ CE, 15 avr. 2016, *Assoc. Vent de colère ! Fédération nationale*, n° 393721, visas et cons. 1 et 2.

²⁷⁶⁰ *Id.*, cons. 4.

²⁷⁶¹ *Id.*, cons. 5.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

procédures accélérées²⁷⁶². C'est donc une pression forte qui pèse sur l'Etat fautif par sa non-déclaration, exercée par le droit communautaire *via* le juge national.

Ainsi que le relèvent Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet, « *les règles nationales s'appliquent dans la mesure où elles servent de base légale à la récupération des sommes ; elles s'effacent dans la mesure où elles y font obstacle* », formant ainsi ce qu'ils nomment « *une légalité à éclipses* »²⁷⁶³. Le juge national, bouche du droit, est alors réduit à la fonction d'organe d'expression d'un être différent, comme possédé, et effaçant ainsi une partie du raisonnement sur lequel il a coutume de prendre ses décisions. Le juge, diront-ils encore, est « *limité à un contrôle de façade sur la procédure de récupération, pour des annulations purement platoniques : si le recours ne peut être suspensif de l'obligation de reverser les sommes à récupérer et si les sommes, une fois reversées, ne peuvent, sous aucun prétexte, être restituées à leur bénéficiaire initial, alors le juge ne se prononcera jamais, en matière de procédure, que pour le principe* »²⁷⁶⁴. Un re-remboursement des intérêts de l'aide viderait en effet le droit communautaire de toute son effectivité. La doctrine s'est alors posée la question de ce que les exploitants éoliens, payant le prix de l'incurie de l'Etat (et, il est vrai, de leur propre inaptitude à attirer son attention sur la gravité du sujet), pouvaient récupérer. Quasiment rien en vérité, tout juste une partie des « *frais de dossier liés à l'éventuelle souscription d'un crédit pour payer les intérêts dus au titre de la période d'illégalité* »²⁷⁶⁵, et à un coût procédural mais surtout politique potentiellement important.

Le droit européen des aides d'Etat prime donc le droit national pré-transition énergétique mais également celui qui nous concerne actuellement en construction. Ce faisant, il contribue à placer les outils juridiques de ce mouvement dans un cadre préexistant qu'il doit respecter²⁷⁶⁶.

Nous pourrions alors penser que, suite à l'obligation sous une astreinte particulièrement incitative²⁷⁶⁷ de récupérer les intérêts de l'aide, l'Etat ayant recouvré environ 47 millions d'euros des exploitants éoliens, le feuilleton juridique du tarif d'achat éolien s'arrêterait là. Mais, comme l'indique Alexis Fitzjean O Cobhthaigh il pourrait s'agir d'un nouveau chapitre mais point encore de l'épilogue²⁷⁶⁸. De fait, il nous reste encore à voir un peu plus bas le contentieux du remboursement de la CSPE ou d'une part de celle-ci aux consommateurs d'électricité, pour ne citer que ce développement de l'affaire Vent de Colère.

²⁷⁶² Alexis FITZJEAN O COBHTHAIGH, « Affaire Vent de colère ! : épilogue ? », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 11, nov. 2016, comm. 73, pp. 4 – 5.

²⁷⁶³ Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Aides d'État illégales : ... », *cit.*, 2016, p. 1178.

²⁷⁶⁴ *Id.*, pp. 1178 – 1179.

²⁷⁶⁵ David DEHARBE, Stéphanie GANDET, « Remboursement des intérêts de l'aide d'Etat illégalement octroyée aux opérateurs éoliens », *Actu-environnement.com*, 27 avr. 2016, consulté le 24 avr. 2017 [<https://www.actu-environnement.com/ae/news/deharbe-gandet-vent-colere-eolien-arrete-tarifaire-remboursement-interet-aides-etat-26688.php4>].

²⁷⁶⁶ Ici, non temps un cadre temporel avec des principes anciens de rang constitutionnel (*cf.* Partie 2, titre 1, chap. 2, conclusion) mais davantage dans un cadre géographique, celui du droit européen, et en particulier des aides d'Etat.

²⁷⁶⁷ CE, 15 avr. 2016, *Assoc. Vent de colère ! Fédération nationale*, n° 393721, art. 1^{er} du dispositif.

²⁷⁶⁸ Alexis FITZJEAN O COBHTHAIGH, « Affaire Vent de colère ! ... », *cit.*, nov. 2016, p. 5.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

b) Une remise en cause du dualisme juridictionnel par le contentieux des aides d'Etat ?

Si le contentieux du tarif d'achat éolien a rappelé la situation de bras armé (et de soumission) du juge national au service de l'effectivité du droit communautaire et au détriment de celle du droit national, la transition énergétique et le droit dont elle hérite s'aventurent également sur le terrain du dualisme juridictionnel par l'entremise du contentieux naissant de la conventionalité du tarif d'achat photovoltaïque.

Pour rappel, comme nous l'avons écrit succinctement quelques pages plus haut, ce contentieux est mené par l'assureur d'Enedis à l'encontre du tarif d'achat PV de 2006, calqué sur celui de l'éolien et également non déclaré²⁷⁶⁹.

Dans les trois décisions rendues le 9 juin 2015 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le juge judiciaire se prononce sur le caractère d'aide d'Etat ou non du tarif d'achat PV de 2006, donc d'un acte réglementaire²⁷⁷⁰ – pour la première fois selon Bernadette Le Baut-Ferrarese²⁷⁷¹. La requête invite « *la Cour de cassation à assumer pleinement cette part essentielle de l'office européen du juge national* »²⁷⁷², donc, à prendre sa part dans une mission commune qui somme juge administratif et juge judiciaire de faire appliquer le droit de l'Union européenne à tout acte juridique, portant ainsi un premier coup au dualisme juridictionnel. Alors qu'en principe le juge judiciaire est incompétent pour évaluer la légalité d'un acte administratif, le droit de l'UE relève d'une exception actée par le Tribunal des conflits²⁷⁷³. Dès lors, pour la doctrine, la voie empruntée par la Cour de cassation participe d'une dilution du dualisme traditionnel de la justice française, d'une « *artificialisation de la ventilation des compétences lorsqu'elle concerne les contentieux intéressant le droit de l'UE* »²⁷⁷⁴. Toutefois, le contrôle de conventionalité auquel le juge judiciaire est sommé n'aura pas lieu, ayant rejeté le moyen, jugé tardif, même si cela porte à discussion²⁷⁷⁵.

Mais ce contentieux du tarif d'achat PV soldé en 2015 n'est pas le seul devant le juge judiciaire. À un échelon inférieur, la Cour d'appel de Versailles doit également trancher le recours d'un demandeur à l'encontre d'Enedis pour son retard dans la signature de la convention de raccordement, causant la perte pour celui-ci du tarif d'achat de 2006 au profit de celui établi le 12 janvier 2010, moins avantageux²⁷⁷⁶. Suite à une condamnation en première instance d'Enedis à payer des réparations pour son retard fautif, l'appel interjeté par cette dernière soulève comme nouveau moyen celui de la conventionalité du tarif d'achat de 2006²⁷⁷⁷. M. Olivier Peiffert rappelle à toutes fins utiles que la jurisprudence du Tribunal des

²⁷⁶⁹ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, II) A) 2) b).

²⁷⁷⁰ Cass. com., 9 juin 2015, *Stés ERDF et AXA Energie*, n°s 14-15.074, 14-15.123 et 14-15.592.

²⁷⁷¹ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union européenne - Contrôle de la légalité procédurale des aides d'État : quel office pour la Cour de cassation ? », *cit.*, 2016, p. 374-2.

²⁷⁷² *Ibid.*

²⁷⁷³ *Ibid.* En référence à TC 17 oct. 2011, *SCEA du Chéneau c/ Inaporc, M. Chérel e.a.*, n° C382863829.

²⁷⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁷⁶ CA Versailles, 8 décembre 2015, n° 14/02549.

²⁷⁷⁷ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

conflits *SCEA Chéneau* est fortement inspirée de la fameuse décision de la CJCE, *Simmenthal*, de 1978²⁷⁷⁸ permettant au juge judiciaire de ne point avoir à renvoyer au juge administratif une question de légalité d'un acte administratif en rapport avec le droit communautaire. Une telle rupture d'avec le dualisme juridictionnel est justifiée par – encore une fois – l'exigence d'effectivité du droit de l'UE, piétinant apparemment allègrement les spécificités et constructions juridiques nationales. Cette remise en cause est censée permettre de rendre justice sans excès de procédure et de manière plus rapide, dans l'intérêt du justiciable²⁷⁷⁹. Dans le cas de l'espèce néanmoins, malgré de très fortes similarités entre le tarif d'achat PV et le tarif d'achat éolien, la Cour d'appel décida de suivre la recommandation du ministère public et adresser une question préjudicielle à la Cour européenne afin de déterminer si celui-ci constitue ou non une aide d'Etat, auquel cas non notifiée. Après que la CJUE ait déclaré irrecevable la question qui lui est adressée par une décision du 30 juin 2016²⁷⁸⁰, la Cour d'appel réitère par un arrêt du 20 septembre 2016²⁷⁸¹. Finalement, par une ordonnance du 15 mars 2017, la CJUE, répond à la question reformulée : est-ce que le tarif d'achat photovoltaïque constitue une intervention d'Etat ou au moyen de ressources de l'Etat ? Soit, exactement la même que celle à laquelle elle a déjà répondu le 19 décembre 2013 pour l'éolien²⁷⁸². Sans surprise, la CJUE répond positivement à la question et laisse donc le soin à la Cour d'appel de trancher les trois autres critères de qualification d'une aide d'Etat et d'en tirer les conséquences²⁷⁸³.

Dans cette dernière affaire encore pendante, la doctrine estime que la question préjudicielle relève d'une perte de temps et d'un encombrement inutile des juridictions²⁷⁸⁴. Au surplus, nous ajouterons que la remise en cause du dualisme juridictionnel en matière de contrôle de conventionalité des actes administratifs donne ici à voir l'effet inverse de celui recherché. Adopté afin d'accélérer le traitement des procédures visant la sauvegarde des droits des justiciables, il se traduit par des questions posées en doublon. En réalité, il semble que le juge judiciaire n'ait pas encore intégré qu'il puisse faire siennes les réponses faites par la CJUE au juge administratif sur des questions qui se posent aussi à lui.

Une fois de plus, les questions juridiques que soulève l'organisation de la transition énergétique sont diverses, variées et peuvent remettre en cause certains piliers de notre architecture tant légale que prétorienne. Les rebondissements et remises en causes contentieuses dans le cadre de cette transition transcendante ne sont cependant pas les derniers et la controverse du remboursement de la CSPE ou d'une partie de celle-ci aux consommateurs en fait partie.

²⁷⁷⁸ Olivier PEIFFERT, « Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union européenne - Quelques remarques critiques ... », *cit.*, 2016, p. 374-12 ; en référence à CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77.

²⁷⁷⁹ *Ibid.*

²⁷⁸⁰ CJUE, 30 juin 2016, *ERDF c/ AXA et Ombrière Le Bosc*, aff. C 669/15.

²⁷⁸¹ CA Versailles, 20 septembre 2016, n° 16/05166.

²⁷⁸² Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, II) A) 2) a).

²⁷⁸³ CJUE, 15 mars 2017, *Enedis c/ AXA et Ombrière Le Bosc*, aff. C 515/16. La décision de la Cour d'appel de Versailles n'a pas encore été publiée à date d'écriture de ces lignes.

²⁷⁸⁴ Olivier PEIFFERT, « Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union européenne ... », *cit.*, 2016, p. 374-12.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2) L'Etat sauvé *in extremis* par le juge, une victoire à la Pyrrhus ?

La seconde branche juridictionnelle majeure de l'annulation des arrêtés tarifaires éoliens de 2008, c'est le contentieux du remboursement de la CSPE aux consommateurs d'électricité l'ayant réglée. Celui-ci recouvre des enjeux économiques majeurs. La doctrine a parlé de 47 000, 50 000 et finalement plus de 60 000 demandes adressées notamment à la CRE pour réclamer un remboursement²⁷⁸⁵. Le TA de Paris a été saisi de plus de 10 000 demandes suite au rejet tacite des réclamations. L'ensemble de celles-ci exposerait l'Etat au remboursement d'un total allant jusqu'à 5 milliards d'euros. Maître Sniadower parle de « *contentieux de masse* »²⁷⁸⁶ ; masses de réclamations, masses de deniers publics en partie illégalement perçus en jeu, le tout dans une suite de recours entamée début 2009. Au centre de ces enjeux, « *un dossier d'avant-garde devenu progressivement un dossier pilote* »²⁷⁸⁷, l'affaire *Praxair*. C'est dans cette affaire que se pose la question centrale du lien d'affectation contraignant entre la CSPE et le tarif d'achat éolien, dont la réponse apportée par le juge administratif laisse une partie des commentateurs aussi surpris et circonspect qu'à l'issue de la décision *UNIDEN* de 2003. En bout de course, le juge administratif risque néanmoins d'être pris à son propre jeu.

- a) Le refus de reconnaître le lien d'affectation contraignant entre contribution au service public de l'électricité et tarif d'achat

À l'issue de la décision de la CJUE du 19 décembre 2013 condamnant le tarif d'achat éolien, tant une partie de la doctrine²⁷⁸⁸ que la rapporteure publique du Conseil d'Etat quelques mois plus tard avaient prévu que la conséquence allait en être le remboursement « *incontournable* »²⁷⁸⁹ de la CSPE réglée par les consommateurs d'électricité à ces derniers. La rapporteure avait d'ailleurs consacré une partie non négligeable de ses développements, appuyés sur les jurisprudences de la CJCE *Wienstrom*²⁷⁹⁰ et *Van Calster*²⁷⁹¹, à expliquer pourquoi, selon elle, il ne faisait « *guère de doute* » que le juge allait reconnaître « *que la CSPE est un mode de financement de l'aide qui fait partie intégrante de cette dernière* »²⁷⁹².

Toutefois, le jour même de la décision du Conseil d'Etat, la CRE publia un communiqué de presse coupant court à toute possibilité de remboursement, sur le fondement d'une « *jurisprudence constante [voulant que] l'annulation d'une aide d'Etat n'entraîne pas l'annulation de l'impôt qui la finance lorsque le produit de la taxe n'influence pas directement le montant de l'aide* »²⁷⁹³. La Professeure Chavrier ne l'entend cependant pas du tout de cette

²⁷⁸⁵ Respectivement, Géraldine CHAVRIER, « Le droit au remboursement de la contribution au service public de l'électricité », *AJDA*, 2015, p. 1195 ; Pierre-François RACINE, « L'avis Praxair du Conseil d'Etat ... », *cit.*, oct. 2015, p. 11 ; Cyril SNIADOWER, « Contribution au service public de l'électricité ... », *cit.*, 29 sept. 2016, p. 1.

²⁷⁸⁶ Cyril SNIADOWER, « Contribution au service public de l'électricité ... », *cit.*, 29 sept. 2016, p. 1.

²⁷⁸⁷ *Ibid.*

²⁷⁸⁸ Olivier CLERC, Hubert DELZANGLES, Note sur CJUE, *cit.*, 2014, p. 544.

²⁷⁸⁹ Claire LEGRAS, « Les limites des pouvoirs ... », *cit.*, 2014, p. 784.

²⁷⁹⁰ CJCE, 18 déc. 2008, *Wienstrom*, aff. C 384/07.

²⁷⁹¹ CJCE, 21 oct. 2003, *Van Calster*, aff. C 261/01.

²⁷⁹² Claire LEGRAS, « Les limites des pouvoirs ... », *cit.*, 2014, p. 784.

²⁷⁹³ CRE, « L'annulation du tarif d'achat éolien ne donne pas lieu à un remboursement de la CSPE », 28 mai 2014.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

oreille et estime qu'il y a un lien d'affectation contraignant entre la CSPE et le tarif d'achat éolien dont la base réglementaire vient d'être annulée²⁷⁹⁴. Au rang de ses motivations apparaît notamment un rapport du conseil des prélèvements obligatoire considérant la CSPE comme une taxe affectée²⁷⁹⁵. Ces prises de position antagonistes entre autorité de régulation et doctrine nous amènent à l'affaire *Praxair*, afin de tenter d'en voir le fin mot.

Suite à une réclamation rejetée de la société *Praxair* visant le remboursement de la CSPE versée de 2005 à 2009, celle-ci saisit le TA de Paris, en vain²⁷⁹⁶, avant d'interjeter appel auprès de la CAA de Paris. Une QPC est tout d'abord transmise au Conseil d'Etat puis au Conseil constitutionnel mais qui n'entachera pas la loi du 10 février 2000 d'inconstitutionnalité²⁷⁹⁷. Au retour de l'affaire devant la CAA, celle-ci adresse une question préjudicielle au Conseil d'Etat afin de savoir si un lien d'affectation contraignant, au sens de la jurisprudence de la CJCE *Société Régie Networks* de 2008²⁷⁹⁸, existe entre la CSPE et le tarif d'achat éolien²⁷⁹⁹. Dans son avis du 22 juillet 2015, le Palais-Royal rappelle que la décision européenne de 2008 exige que « *le produit de la taxe [soit] nécessairement affecté au financement de l'aide et influence directement l'importance de celle-ci* »²⁸⁰⁰, afin de trouver ce lien. Son interprétation au sujet du mécanisme français repose alors sur le fait que le montant de l'aide d'Etat versée est calculé en fonction du coût évité par l'acheteur obligé et non en fonction du produit de la taxe, et qu'en sus, la CSPE a connu un dérapage fort depuis 2009 et se retrouve insuffisante pour couvrir les coûts encourus par l'aide d'Etat²⁸⁰¹. En conséquence de quoi, sans besoin de saisir la CJUE d'une question préjudicielle, la contribution « *ne peut être regardée comme faisant partie intégrante de [l'aide illégale]* »²⁸⁰².

La doctrine ne restera pas muette face à ce positionnement qui peut surprendre. S'il faut rappeler, comme le fait Pierre-François Racine, les propos de l'avocat général dans la décision *Streekgewest Westelijk* de 2005²⁸⁰³, avançant qu'il est plus difficile de faire le lien entre une taxe et une aide quand celle-ci n'est financée qu'en partie par la taxe ou que le produit de la taxe est affecté à plus de finalités que la seule aide en cause (ce qui est le cas de la CSPE, finançant les énergies renouvelables, la péréquation tarifaire, les tarifs sociaux, etc.²⁸⁰⁴), il faut aussi relever le caractère spécieux de la référence du Conseil d'Etat au dérapage de la CSPE. Le recours portant sur les années 2005-2009, durant la majorité desquelles, la CSPE a été à l'équilibre parfait avec l'aide financée²⁸⁰⁶. Laure Clément-Wilz

²⁷⁹⁴ Géraldine CHAVRIER, « Le droit au remboursement ... », *cit.*, 2015, p. 1195

²⁷⁹⁵ *Id.*, p. 1196.

²⁷⁹⁶ TA Paris, 6 juillet 2012, n° 1105485.

²⁷⁹⁷ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, I) B) 1) b).

²⁷⁹⁸ CJCE, gr. ch., 22 déc. 2008, aff. C 333/07.

²⁷⁹⁹ CAA Paris, 17 mars 2015, n° 12PA03983, 5^e question.

²⁸⁰⁰ CE, Sect., 22 juill. 2015, *Sté Praxair*, n° 388853, pt. 12.

²⁸⁰¹ *Id.*, pt 15.

²⁸⁰² *Id.*, pt 16.

²⁸⁰³ CJCE, 13 janv. 2005, *Streekgewest Westelijk*, aff. C 174/02.

²⁸⁰⁴ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, I) A) 1) a).

²⁸⁰⁵ Pierre-François RACINE, « L'avis Praxair du Conseil d'Etat ... », *cit.*, oct. 2015, p. 7.

²⁸⁰⁶ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, I) A) 2) fig. 18.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

estimera au surplus qu'une question préjudicielle adressée à la CJUE aurait pu faire progresser le droit tant ce cas prêtait à interprétations divergentes²⁸⁰⁷.

La CAA de Paris réceptionnera positivement la réponse du Palais-Royal et suivra son interprétation, menant au rejet de la demande la société *Praxair* (devenue *Messer France*)²⁸⁰⁸ et par la même occasion aux espoirs des milliers de requérants en suspens. L'affaire *Praxair* nous laisse cependant aux prises avec deux réflexions.

Dans un premier temps, *quid* si le ministre compétent avait géré la CSPE comme il le devait et maintenu le niveau du produit de la CSPE en équilibre avec celui de ses coûts ? La CSPE, ou du moins sa fraction ayant financé le développement éolien aurait-elle dû être remboursée ? Ne s'agit-il pas d'une décision allant à l'encontre du fameux principe *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ?

Dans un second temps, cette séquence rappelle le rôle primordial du juge dans la transition énergétique, ici par son interprétation de certaines règles européennes qui peuvent avoir des répercussions très importantes sur le déroulement de ladite transition, selon le sens de sa décision. Malheureusement pour lui, il se retrouve par la même occasion dans une position fort délicate, qui peut contribuer à mettre en doute le bienfondé de son interprétation du droit, semblant défendre les intérêts de l'Etat quitte à tordre les règles du jeu²⁸⁰⁹. Au final, il risque d'ailleurs de se retrouver lui-même pris au piège de ses positions arrangeantes au profit d'un Etat empêtré dans les conséquences de sa légèreté.

b) Le Conseil d'Etat pris au piège de son interprétation restreinte du lien d'affectation contraignant

À la suite de la décision de la CAA de Paris en date du 23 février 2016, le requérant débouté, insatisfait de son sort, s'est pourvu en cassation. La décision du Conseil d'Etat du 22 février 2017 nous en apprend davantage sur le cul-de-sac dans lequel se sont enfermés les juges du Palais-Royal.

Tout d'abord, le juge confirme son refus de voir un lien d'affectation contraignant entre la CSPE et le tarif d'achat éolien, ainsi que s'y attendait la doctrine²⁸¹⁰. Il valide au passage la position, pourtant critiquable, de la CAA ayant « *relevé que la contribution collectée n'était, pendant les années en litige, pas suffisante pour couvrir les charges de service public en cause* »²⁸¹¹. Et le tout sans s'adresser à la CJUE, alors qu'il le fait pour les éléments suivants.

²⁸⁰⁷ Laure CLEMENT-WILZ, « Chronique de droit de l'Union européenne et droit administratif - Le juge administratif », *RFDA*, 2016, p. 581.

²⁸⁰⁸ CAA Paris, 10e ch., 23 févr. 2016, *SAS Messer France*, n° 12PA03983. Cf. pour une analyse, Patrick OUARDES, « Contribution au service public de l'électricité (CSPE), suite... », *Droit fiscal*, n° 15, 14 avr. 2016, comm. 280, pp. 1 – 9.

²⁸⁰⁹ C'est par ailleurs un reproche qui lui est déjà fait de longue date. Cf. Jean-Marie PONTIER, « Droit administratif, juge administratif : Une imposture ? », *RRJ*, 2016-3, pp. 1249 – 1252.

²⁸¹⁰ Cyril SNIADOWER, « Contribution au service public de l'électricité ... », *cit.*, 29 sept. 2016, p. 2.

²⁸¹¹ CE, 22 fév. 2017, *SAS Messer France*, n° 399115, pt. 6.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

En effet, parmi les nouveaux moyens invoqués en appel devant la CAA et rejetés se situe la question épineuse de la CSPE par rapport au régime européen des accises.

Sans rentrer dans le détail, il est reproché à la CSPE d'être une taxe qui affecte la consommation d'électricité sans pour autant constituer une accise en sens des directives européennes successives²⁸¹². Partant, elle serait donc une « *autre imposition indirecte* »²⁸¹³, en supplément à une éventuelle accise, ce qui la soumet à des conditions particulières. La première question adressée à la Cour du Luxembourg est alors de savoir si la CSPE est une « *autre imposition indirecte* » ou si elle peut rentrer dans la catégorie des accises, étant antérieure au régime des accises de la directive de 2003²⁸¹⁴. Si la CSPE rentre dans la première catégorie *quid* lorsqu'en 2011 entre en vigueur la TICFE, qui constitue clairement une accise sur la consommation d'électricité, avec la même assiette que la CSPE²⁸¹⁵ ? La seconde question se base sur des jurisprudences récentes de la CJUE exigeant pour valider une taxe supplémentaire à une accise que ladite taxe ait « *une ou plusieurs finalités spécifiques* »²⁸¹⁶. Or, le Conseil d'Etat rappelle que la CSPE est « *affectée* » au financement des tarifs d'achat renouvelables, de la péréquation tarifaire et des dispositions sociales (mais sans toutefois, selon lui, avoir de lien d'affectation contraignante avec ces dépenses)²⁸¹⁷. La question est alors de savoir si les deux finalités principales financées (la lutte contre l'effet de serre et la péréquation géographique et sociale) constituent des finalités spécifiques au sens de la réglementation européenne²⁸¹⁸. Et si seulement une partie des finalités financées sont jugées spécifiques, les requérants peuvent-ils demander le remboursement de l'intégralité de la CSPE ou seulement d'une quote-part correspondante aux parties illégales²⁸¹⁹ ?

Sur ces éléments, et en particulier la notion de finalité spécifique, la doctrine a déjà fait part de son scepticisme concernant la CSPE, et ce dès la décision de la CAA sur ce point. Surtout, elle estime que le juge est maintenant pris au piège :

« À n'avoir pas voulu reconnaître un lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide, il est probable que le Conseil d'État se soit obligé à concéder que la taxe, sauvée par lui des griffes des aides d'État, succombe devant l'implacable exigence des règles communautaires applicables aux produits soumis à accises »²⁸²⁰.

Car, en effet, selon le Conseil d'Etat lui-même, les dépenses en principe financées par la CSPE le sont quel que soit le produit de cette taxe, diluant le lien d'affectation, qui pourtant

²⁸¹² Directive 92/12/CEE du 25 février 1992 relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accise ; directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité ; directive 2008/118/CE du Conseil du 16 décembre 2008 relative au régime général d'accise et abrogeant la directive 92/12/CEE.

²⁸¹³ CE, 22 fév. 2017, *SAS Messer France*, n° 399115, pt. 13.

²⁸¹⁴ *Ibid.*

²⁸¹⁵ CE, 22 fév. 2017, *SAS Messer France*, n° 399115, pt. 14.

²⁸¹⁶ *Id.*, pt. 16 ; en référence à CJCE, 9 mars 2000, *Evangelischer Krankenhausverein Wien et Wein et Co. HandelsgesmbH*, aff. C 437/97 ; CJUE 27 février 2014, *Transportes Jordi Besora SL*, aff. C 82/12 ; CJUE, 5 mars 2015, *Tallinna Ettevõtlusamet*, aff. C 553/13.

²⁸¹⁷ *Id.*, pt. 17.

²⁸¹⁸ *Id.*, pt. 18.

²⁸¹⁹ *Id.*, pt. 20.

²⁸²⁰ Cyril SNIADOWER, « Contribution au service public de l'électricité ... », *cit.*, 29 sept. 2016, p. 6.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

existerait toujours, mais sans être contraignant. Sauf que le risque ici, selon la réponse qui sera apportée par la CJUE, c'est d'avoir à rembourser jusqu'à la totalité de la CSPE. Pour avoir tenté d'épargner l'Etat, les conséquences pourraient en être plus grandes encore.

Le fin mot de l'histoire restant encore à écrire, le législateur et le pouvoir réglementaire ont néanmoins mis en place, sous la pression européenne visant la mise en conformité du droit national de la transition énergétique avec son pendant communautaire, un nouveau mécanisme de soutien au développement des énergies renouvelables, du fait de leur maturité croissante. Leur intégration au marché de l'électricité en ressort accrue, les poussant ainsi à entrer en compétition directe avec les moyens classiques de production d'électricité.

L'intérêt principal de cette section qui se clôt par ces mots est de souligner l'intérêt absolument prioritaire qu'il y a à vérifier que les dispositions de soutien aux énergies renouvelables créées dans le cadre du droit de la transition énergétique en France respectent le cadre européen du droit des aides d'Etat. Si ce n'est pas le cas, nous avons vu que les conséquences peuvent être d'une importance significative, par les sommes à rembourser (possibles à mesurer) additionnées aux investissements non réalisés pour cause d'insécurité juridique (très difficiles à mesurer). L'expérience des déconvenues du droit pré-transition énergétique sur ce sujet doit servir de leçon. Chaque faille ignorée, apparente ou non, risque d'être mise à profit, soit par des opposants, soit par des compagnies d'assurances ou tout autre requérant. De fait, le droit de la transition énergétique, en sus d'un devoir de résultat²⁸²¹ est soumis à un devoir de sécurité juridique renforcée de ses instruments. Partant, il doit se constituer en véritable école de la méthode et de la procédure, pour forger un régime juridique se devant d'être le plus solide possible, car soumis à de nombreuses attaques.

²⁸²¹ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, II) A) 1) a).

Section 2 :

Les rapports fluctuants entre droit communautaire et droit français de la transition énergétique dans la refonte des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables

Après avoir étudié le financement des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables mis en place avant le lancement de la transition énergétique, soit l'aspect amont, et ses incertitudes juridiques majeures, les pages qui suivent nous amèneront sur le terrain de l'aspect aval, à savoir la règle d'attribution et de répartition de ces mécanismes de soutien et leurs évolutions récentes sous l'impulsion du droit de l'UE. S'agissant de cette section, les propos introductifs de Mme Le Baut-Ferrarese sont éclairants :

« Le soutien économique public pour les filières liées aux énergies renouvelables s'est construit autour de la nécessité de pallier, au nom d'un intérêt général supérieur, les défaillances des acteurs traditionnels de marché qui hésitaient à investir un secteur productif offrant des perspectives insuffisantes de rentabilité à court terme. Son développement ces dernières décennies doit beaucoup à la mansuétude des institutions européennes qui ont considéré qu'en son absence la promotion et la diffusion de l'électricité renouvelable notamment seraient illusoirs. La part accrue des énergies renouvelables dans le mix-énergétique de la plupart des États européens reflète d'une certaine façon sa réussite. La [loi de transition énergétique] reflète le choix de la France de maintenir un soutien économique public tout en révisant certaines de ses modalités, l'exercice se devant d'être en tout état de cause "euro-compatible" »²⁸²².

A la lecture de ces quelques lignes émergent (ou refont surface) plusieurs questions qui seront au cœur des développements suivants. Parmi celles-ci : Quel est le rôle du droit dans le développement des énergies renouvelables et sur les acteurs de ce marché ? Comment le développement de ces énergies est-il appréhendé par les institutions européennes, notamment en matière de réglementation des aides d'Etat ? Suite à la loi de transition énergétique, le soutien refondu aux énergies renouvelables est-il compatible avec le droit de l'Union européenne et l'application qu'en font ses institutions ?

Au surplus, le professeur Patrice Geoffron résume très bien les « *injonctions contradictoires* » de cette transition, théâtre de luttes juridiques, économiques mais aussi idéologiques : « *comment produire des règles de droit qui préservent le primat de mécanismes de marchés dans l'Europe énergétique, tout en permettant l'insertion de technologies énergétiques nouvelles qui ne sont pas viables sous un régime de concurrence classique ?* »²⁸²³.

Pour répondre à cette multiplicité d'interrogations et poursuivre l'identification du droit de la transition énergétique, nous nous pencherons tour à tour sur la transition énergétique encouragée par le droit de l'UE puis sur sa transposition en droit français.

²⁸²² Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Les énergies renouvelables en transition », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, oct. 2015, dossier 8, p. 2.

²⁸²³ Patrice GEOFFRON, « La délicate élaboration du droit de la "transition énergétique" », préface, *Énergies renouvelables et marché intérieur*, Claudie BOITEAU (dir.), Bruylant, 2014, p. IX.

I. L'utilisation extensive du droit de l'UE pour encourager une transition énergétique conforme au primat de concurrence

Du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) signé en 1951²⁸²⁴, au projet contemporain d'Union européenne de l'énergie²⁸²⁵, l'intégration supranationale progressive ayant cours en Europe s'est toujours appuyée sur l'énergie. Il n'est dès lors pas surprenant que la transition énergétique soit un domaine de prédilection pour le déploiement du droit communautaire.

La compétence est cependant aussi partagée entre l'Union et ses Etats-membres que les points de vue sur l'organisation de cette transition et notamment de la logique qui sous-tend les mécanismes de soutien au développement des énergies renouvelables. Ainsi, si les institutions européennes, et tout particulièrement la Commission, encouragent cette transition par une utilisation extensive du droit communautaire, cette dernière veille à ce que le processus en cours suive sa propre vision de la transition, appuyée sur le marché.

A) Une utilisation extensive du droit communautaire pour encourager la transition énergétique

Afin d'appuyer le développement des énergies renouvelables, la Commission propose des directives et règlements mais adopte également des lignes directrices. De force normative variée, ces instruments revendiquent en sus chacun une portée qui serait spécifique à leur rédaction, mais ont tous pour finalité de contribuer à la transition énergétique, du moins par la trajectoire de libéralisation vue par leurs auteurs. Si ce procédé est censé faciliter l'harmonisation des réglementations des Etats-membres dans le sens d'un développement accéléré des énergies renouvelables à moindre coût, il complexifie l'interprétation de leur valeur juridique et, partant, risque d'affaiblir la sécurité juridique qu'ils escomptaient instaurer.

- 1) De la directive énergies renouvelables de 2001 à la proposition de directive pour 2030, de l'usage de différents niveaux de contrainte

De la directive du 27 septembre 2001 à la proposition actuellement soumise au Parlement européen, en passant par celle du 23 avril 2009, ces trois textes communautaires marquent

²⁸²⁴ Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, signé le 18 avr. 1951 par la France, l'Allemagne, l'Italie, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas et entré en vigueur le 23 juillet 1952 [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM:xy0022>].

²⁸²⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et à la Banque européenne d'investissement: Un cadre stratégique pour une Union de l'énergie résiliente, dotée d'une politique clairvoyante en matière de changement climatique, COM (2015) 80, 25 fév. 2015.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

trois phases européennes de la politique de promotion des énergies renouvelables. Chacune est notamment marquée par la proclamation d'un niveau de contrainte différent.

Dans un premier temps, la directive de 2001 annonce clairement placer « [l]a promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables [...] au premier rang des priorités de la Communauté »²⁸²⁶. Toutefois, alors que le Parlement européen avait mis en exergue la nécessité de « cibles contraignantes et ambitieuses en matière de sources d'énergie renouvelables au niveau national »²⁸²⁷, la directive se cantonne à des objectifs nationaux indicatifs²⁸²⁸. Il est bien prévu que la Commission propose des objectifs obligatoires « [s]i cela se révèle nécessaire »²⁸²⁹, à l'issue de rapports bisannuels sur les progrès des Etats-membres²⁸³⁰, mais il ne sera pas fait usage de cette mesure.

Dans un second temps, la directive de 2009, sur le constat de l'échec des objectifs indicatifs de pénétration des énergies renouvelables²⁸³¹, impose cette fois des « objectifs nationaux contraignants »²⁸³², sur le fondement des opinions du Parlement, du Conseil européen et de la Commission²⁸³³. La directive justifie le recours à des mesures contraignantes en ces termes :

*« Les objectifs contraignants nationaux servent principalement à offrir une certaine sécurité aux investisseurs et à encourager le développement continu de technologies qui génèrent de l'énergie à partir de tous types de sources renouvelables. Retarder une décision sur le caractère contraignant ou non d'un objectif en attendant la survenance d'un événement futur n'est donc pas judicieux »*²⁸³⁴.

La justification repose donc sur la préoccupation de la sécurité juridique offerte aux investisseurs, par le biais de dispositions ouvertement présentées comme liantes pour les Etats-membres, garantissant donc en principe un marché stable et croissant pour les années suivantes. La directive écarte également d'un revers de main tout potentiel retard de décision. Mais il est difficile ici de savoir s'il s'agit d'un retard de décision d'investissement, que le texte souhaite décourager, ou d'un retard de décision des institutions nationales (de transposition par exemple) qu'elle souhaite ici exclure. Pourtant, la question fondamentale de la sanction, pendant nécessaire à la contrainte en vue de l'efficacité d'une mesure, ne peut être écartée ainsi. Cette question va d'ailleurs se faire plus aigüe à l'arrivée de l'échéance de 2020, date butoir pour le respect des objectifs de la directive de 2009.

²⁸²⁶ Directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité, préambule, § 2.

²⁸²⁷ Résolution du Parlement européen du 30 mars 2000 sur l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables et le marché intérieur de l'électricité, JO C 378, 29 déc. 2000, p. 89.

²⁸²⁸ Directive 2001/77/CE, *cit.*, § 5.

²⁸²⁹ *Id.*, § 7.

²⁸³⁰ *Id.*, art. 3, pt. 4.

²⁸³¹ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Énergies renouvelables: progrès accomplis pour atteindre l'objectif de 2020, COM (2011) 31, 31 jan. 2011, pp. 3 – 4.

²⁸³² Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, art. 1^{er} et 3.

²⁸³³ *Id.*, § 8, 9 et 13.

²⁸³⁴ *Id.*, § 14.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Dans un troisième temps, la proposition de directive sur les énergies renouvelables publiée le 23 février 2017 fixe des objectifs pour 2030, en transférant cette fois la contrainte du niveau national au niveau de l'Union européenne elle-même²⁸³⁵. La Commission assoie sa proposition sur le principe de subsidiarité en jugeant que la nouvelle directive permettra de renforcer la sécurité juridique par une meilleure coordination – voire harmonisation ? – des procédures d'autorisation, et une plus grande efficacité du marché intérieur de l'énergie « *tout en laissant aux États membres la liberté de produire diverses formes d'énergies renouvelables selon le bouquet énergétique de leur choix* »²⁸³⁶. Le projet de texte avance clairement que le passage des « *objectifs nationaux juridiquement contraignants* » à leur pendant communautaire « *suppose une modification profonde du cadre de politique publique pour 2030* »²⁸³⁷.

Si l'ébauche de directive s'annonce satisfaite des résultats obtenus par les objectifs nationaux contraignants, ayant placé à portée de main l'atteinte en 2020 de l'objectif collectif et de la quasi-totalité des objectifs nationaux²⁸³⁸, elle rappelle que ces niveaux prescriptifs forment la base du nouveau cadre d'action²⁸³⁹. Les Etats-membres ne pourront donc redescendre en dessous de ce niveau, instaurant une sorte de principe de non-régression, cher au professeur Michel Prieur²⁸⁴⁰, dans le domaine de la transition énergétique. Cette mesure augmente aussi la pression sur les Etats-membres dont la trajectoire d'atteinte de leurs objectifs montrerait des signes de retard, risquant d'ajouter à la sanction pour les objectifs 2020 un handicap pour ceux de 2030.

Regardant la sanction, deux voies semblent s'ouvrir. La première, applicable aux objectifs nationaux de la directive de 2009 pour 2020, est la procédure classique d'action en manquement contre un Etat pour manque de respect des objectifs d'une directive, fondée sur l'article 288 du TFUE disposant que « [l]a directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre [...] ». Les Etats-membres de l'UE destinataires d'une directive sont en effet tenus « *non pas [à] un simple devoir de diligence, mais [bien à] une obligation de résultat* »²⁸⁴¹. Transposer la directive et prendre des mesures pour en respecter les objectifs ne suffit donc pas, il faut trouver les moyens de remplir ses engagements. Des jurisprudences ont été rendues en ce sens, notamment en matière de pollution des eaux aux nitrates²⁸⁴² ou de qualité de l'air ambiant²⁸⁴³.

²⁸³⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, COM (2016) 767, 23 fév. 2017, art. 3.

²⁸³⁶ *Id.*, p. 9.

²⁸³⁷ *Ibid.*

²⁸³⁸ *Id.*, p. 11.

²⁸³⁹ *Id.*, préambule, § 9.

²⁸⁴⁰ Cf. par exemple, Michel PRIEUR, Gonzalo SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012.

²⁸⁴¹ CJCE, 14 nov. 2002, *Commission des Communautés européennes c/ Irlande*, aff. C-316/00, pt. 37.

²⁸⁴² AJDA, « La directive du 15 juillet 1980 sur la qualité des eaux impose une obligation de résultat », 2006 p. 215.

²⁸⁴³ Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, Ève TRUILHE-MARENGO, « L'obligation de résultat des États quant à la qualité de l'air ambiant : quel risque pour la France ? », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 312.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Toutefois, comme si elle craignait que ce processus ne soit efficient, la Commission joint dans le cadre du paquet hivernal présenté à la fin 2016 et contenant notamment le projet de directive énergies renouvelables pour 2030, une proposition de règlement sur la gouvernance de l'Union de l'énergie prévoyant un mécanisme sinon de sanction, de marchandage. L'Etat-membre qui soit ne se fixe pas d'objectifs assez ambitieux pour permettre l'atteinte de l'objectif commun, soit dévierait de sa trajectoire d'atteinte, devrait alors agir pour régler le problème ou abonder une « *plateforme de financement gérée par la Commission* », permettant de financer des projets en tout point de l'UE²⁸⁴⁴. Il semblerait que la Commission souhaite user de ce même mécanisme afin de sanctionner tout Etat-membre n'ayant pas rempli ses objectifs pour 2020²⁸⁴⁵. Il est possible de penser que ce mécanisme aurait la vertu d'abonder un fond permettant de prendre des actions identifiables, au lieu d'abonder le budget général de l'Union européenne. Cela montrerait ainsi directement aux citoyens à quoi sert la sanction et permettrait aussi de la rendre davantage vertueuse en allant financer d'autres projets d'énergie renouvelable et non se perdre dans les méandres bureaucratiques de la Commission européenne.

Mais ces objectifs solidairement mais non individuellement contraignants amenés à être fixés pour 2030 ouvriront un champ de questionnements fort large. *Quid* si l'objectif global est atteint malgré la défaillance de certains Etats, compensés par une surperformance des autres ? Les objectifs nationaux n'étant plus contraignants nationalement, il ne devrait logiquement dans ce cas pas y avoir de sanction. Et si l'objectif global n'est pas rempli, les sanctions seront-elles infligées au prorata de l'écart entre la cible et l'état de réalisation ?

S'il est visiblement fait un usage varié de la contrainte prêtée aux directives énergies renouvelables, force est de constater que ces fluctuations ne parviennent pour le moment pas à donner une vision claire de ce que pourrait être la sanction pour manquement à l'atteinte des objectifs. Mais ce n'est peut-être pas le souci principal de la Commission européenne, qui tend à prêter une force obligatoire à un autre instrument censé en être dénué, la ligne directrice.

2) La question controversée de l'usage extensif des lignes directrices

Depuis le 1^{er} juillet 2014, les lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 sont entrées en vigueur²⁸⁴⁶. Après 3 phases de consultation tenues de juillet 2012 à février 2014, ce « *document d'une importance majeure pour le secteur de l'énergie en général, et pour le développement des énergies*

²⁸⁴⁴ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance de l'union de l'énergie, COM (2016) 759, 23 fév. 2017, art. 27, pt 4.

²⁸⁴⁵ *Ibid.* Cf. également, Julian SCHORPP, « Renouvelables : la France se bat pour éviter une amende en 2021 », *Contexte*, 13 avr. 2017, consulté le 2 mai 2017 [https://www.contexte.com/article/energie/renouvelables-la-france-veut-eviter-une-amende-en-2021_68755.html].

²⁸⁴⁶ Communication de la Commission européenne, Lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020, 2014/C 200/01, publiée le 28 juin 2014. Date d'entrée en vigueur fixée au point 246 des lignes directrices.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

renouvelables en particulier »²⁸⁴⁷ a donc été adopté afin de préciser les règles que la Commission compte appliquer lors de son examen de la compatibilité des aides d'Etat concernant l'environnement ou l'énergie. Elle y fixe 7 critères cumulatifs²⁸⁴⁸ afin d'évaluer notamment les mesures de soutien au développement des énergies renouvelables²⁸⁴⁹. Pour la Commission, l'aide doit être limitée aux cas où il n'est pas possible d'appliquer le principe pollueur-payeur²⁸⁵⁰, ce qui n'est pas difficile à démontrer sachant qu'elle reconnaît que le marché du carbone européen et les taxes carbone existantes sont notoirement incapables à l'heure actuelle d'internaliser complètement les coûts des émissions de CO₂ et de financer en retour le développement des énergies renouvelables²⁸⁵¹. Aux points 107 et suivants, la Commission établit donc les règles à suivre pour garantir la compatibilité des mécanismes de soutien au développement des énergies renouvelables. En quelques mots, en attendant la suppression de ces aides et leur remplacement par un système s'appuyant uniquement sur le marché (de l'électricité, des capacités et des certificats verts), elle demande à ce que les modes de soutien soient attribués par le biais de mises en concurrence technologiquement neutres. Dans l'attente de l'intégration totale au marché elle exige également que les tarifs d'achat laissent place à des systèmes de primes s'ajoutant à la vente directe sur le marché. Des dérogations existent cependant quant à la suppression des tarifs ou le caractère neutre des appels d'offres, mais qui feront l'objet d'une étude plus appropriée un peu plus bas²⁸⁵².

Dès l'élaboration de ces lignes directrices et la soumission du projet aux tiers, cette ébauche a créé l'émotion. Dans la réponse de la France à la consultation, la Commission est accusée d'excès de compétence²⁸⁵³ du fait du « *niveau de détail beaucoup trop intrusif* » de son texte « *qui revient à imposer des choix relevant des Etats membres et ne relevant pas de problématiques de concurrence mais de politique énergétique que ces lignes directrices n'ont pas vocation à traiter* »²⁸⁵⁴. Paris (et d'autres Etats-membres par la même occasion²⁸⁵⁵) n'accepte pas que ces lignes directrices définissent avec précision les outils de politique énergétique auxquels les Etats-membres sont limités, sous peine de non-compatibilité avec le marché intérieur²⁸⁵⁶.

Ce n'est pas la première fois que la question de la force normative des lignes directrices est posée par la doctrine. Or, celle-ci en a conclu que si cet instrument, principalement utilisé en droit de la concurrence²⁸⁵⁷, n'a pas de portée juridique et ne constitue qu'une règle de

²⁸⁴⁷ Guillaume DEZOBRY, « Les lignes directrices concernant les aides d'Etat à l'énergie : vers une évolution des modes de soutien aux énergies renouvelables (EnR) », *Rev. UE*, 2015, p. 299.

²⁸⁴⁸ Lignes directrices environnement/énergie, *cit.*, pt. 27.

²⁸⁴⁹ *Id.*, pt. 18.

²⁸⁵⁰ *Id.*, pt. 44.

²⁸⁵¹ *Id.*, pt. 115.

²⁸⁵² Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) A) 1) a).

²⁸⁵³ Premier Ministre, Note à la Commission européenne, « HT.359 - Réponse des autorités françaises à la consultation de la Commission sur le projet de lignes directrices concernant les aides dans le domaine de l'environnement et de l'énergie », 26 févr. 2014, p. 2.

²⁸⁵⁴ *Ibid.*

²⁸⁵⁵ Guillaume DEZOBRY, « Les lignes directrices ... », *cit.*, 2015, p. 302.

²⁸⁵⁶ Premier Ministre, Note à la Commission européenne, « HT.359 ... », *cit.*, 26 févr. 2014, p. 4.

²⁸⁵⁷ Dorian GUINARD, « À propos du *soft law* en droit de l'Union européenne : analyses théorique et pratique », *Rev. UE*, 2013, p. 611.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

conduite de la Commission, au cas par cas, il a été reconnu par le juge du Luxembourg qu'il pouvait s'imposer à cette dernière²⁸⁵⁸. Plus encore, ces lignes directrices peuvent avoir un impact sur les Etats-membres en appuyant une décision de la Commission à l'égard d'un d'entre eux²⁸⁵⁹. Dorian Guinard évoque au final une production ponctuelle d'effets de droit par cet instrument²⁸⁶⁰, ce qui n'est pas optimal en termes de sécurité juridique.

Toujours est-il qu'un tel outil ne saurait s'éloigner des dispositions du droit primaire²⁸⁶¹, dont il n'a pas la légitimité. Or, selon l'article 194 du TFUE, l'énergie constitue bien une compétence partagée entre les institutions européennes et celles des Etats-membres. En effet, son point 2, alinéa 2 précise que les mesures prises au niveau de l'UE « *n'affectent pas le droit d'un Etat 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* », en somme d'écrire son propre droit de la transition énergétique. Pour Guillaume Dezobry, seule la CJUE pourrait trancher, à la suite d'un recours en exception d'illégalité ou d'une question préjudicielle²⁸⁶². Il semble cependant lui-même tenir pour acquis que les lignes directrices qui nous intéressent servent « *une finalité qui relève davantage de la politique énergétique* »²⁸⁶³. Partant, ces doutes sur l'utilisation qui est faite de cet instrument ne sauraient que fragiliser la position de la Commission, qui se retrouve prise entre un document qu'elle est tenue de suivre et des Etats-membres qui pourraient décider de le contester devant le juge avec des chances raisonnables d'obtenir gain de cause et de le faire invalider.

Le droit européen ayant trait à la transition énergétique semble donc être utilisé de manière extensive même lorsqu'existent des doutes sur la normativité des instruments usés. La question se posera plus avant de savoir si la France a obtempéré après avoir vitupéré, et donc modifié son ordonnancement juridique afin de respecter les vœux de la Commission²⁸⁶⁴. Ce sera l'occasion de constater si l'usage extensif des lignes directrices est efficace, à défaut d'être pleinement fondé juridiquement²⁸⁶⁵. En tout état de cause, il apparaît donc que la Commission européenne n'hésite pas à repousser les limites de ses compétences en matière de transition énergétique. « *Si l'on ne peut que se réjouir de la volonté de la Commission européenne d'améliorer l'efficacité économique de ces dispositifs* »²⁸⁶⁶, et par extension d'accélérer les progrès de la transition, se pose la question de quelle transition énergétique est ainsi soutenue et impulsée par Bruxelles, qui auront certainement un impact sur les dispositions du droit de la transition énergétique et en particulier sur les mécanismes de soutien aux énergies renouvelables qu'il encadre.

²⁸⁵⁸ *Id.*, p. 612 ; Guillaume DEZOBRY, « Les lignes directrices ... », *cit.*, 2015, p. 302.

²⁸⁵⁹ Dorian GUINARD, « À propos du *soft law* ... », *cit.*, 2013, pp. 612 – 613.

²⁸⁶⁰ *Id.*, p. 613.

²⁸⁶¹ *Id.*, p. 612.

²⁸⁶² Guillaume DEZOBRY, « Les lignes directrices ... », *cit.*, 2015, pp. 302 – 303.

²⁸⁶³ *Id.*, p. 304.

²⁸⁶⁴ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II).

²⁸⁶⁵ Comme nous avons vu que cela puisse être le cas avec les instruments de droit souple. Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 2.

²⁸⁶⁶ Guillaume DEZOBRY, « Les lignes directrices ... », *cit.*, 2015, p. 304.

B) Une utilisation extensive du droit communautaire pour encourager une transition énergétique par le marché

Des objectifs qu'elle fixe à la transition énergétique et des vertus qu'elle prête à sa réalisation, l'UE tire des recommandations voire des exigences d'organisation de leur développement. L'aspect du coût pour le consommateur est un élément de motivation central du raisonnement de l'UE, qui explique que « *sa* » transition énergétique doive se réaliser pour et par le bénéfice des consommateurs. Néanmoins, la frontière est fine entre l'aspiration à une transition bénéfique laissant aux Etats-membres le soin de décider comment y parvenir et l'imposition d'une doctrine spécifique, au risque de violer le principe de subsidiarité.

- 1) Une transition énergétique théoriquement fondée sur un développement des énergies renouvelables au meilleur coût pour le consommateur

A l'aune de la rédaction des documents communautaires, il est pointé de manière croissante que pour la réalisation de la transition énergétique au meilleur coût, il n'y a qu'une seule voie à terme, le marché, jugé seul à même « *d'atteindre l'optimum économique* »²⁸⁶⁷. Or, une telle évidence peut être mise en doute, et, dès lors, la transition énergétique au meilleur coût pour le consommateur pourrait relever d'un autre mécanisme de soutien.

- a) Une transition énergétique européenne annoncée au meilleur coût pour le consommateur

Le premier paragraphe de la directive énergies renouvelables de 2001 établit les raisons pour lesquelles la Communauté européenne d'alors a choisi de promouvoir le développement des énergies renouvelables : pour leur contribution à la protection de l'environnement et au développement durable, leur potentiel de création d'emplois locaux, leur incidence positive sur la cohésion sociale, leur contribution à la sécurité d'approvisionnement énergétique et enfin leur rôle dans la réalisation des objectifs de Kyoto. De ces bénéfices attendus du déploiement des énergies renouvelables, la directive s'empresse de conclure qu'il « *est, par conséquent, nécessaire de veiller à ce que ce potentiel soit mieux exploité dans le cadre du marché intérieur de l'électricité* »²⁸⁶⁸. Elle avance donc, comme si cela tenait de l'évidence scientifique, que la réalisation de ces objectifs sociétaux se fera au mieux *via* l'inclusion de ces énergies au marché. Elle prévoit un peu plus loin dans son texte qu'à terme les régimes de soutien aux énergies renouvelables seront bien intégrés au marché en passant par une réduction « *à moyen terme* » des aides publiques²⁸⁶⁹. Enfin, si les propos n'étaient pas assez clairs jusque-là, la directive invoque clairement « *la puissance des forces du marché* » qui doit « *faire de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables un produit compétitif et attrayant pour les citoyens européens* »²⁸⁷⁰, liant ainsi fins et moyens.

²⁸⁶⁷ Claire VANNINI, Christophe BARTHELEMY, « Énergie et aides d'État ... », *RFDA*, 2017, p. 472.

²⁸⁶⁸ Directive 2001/77/CE, *cit.*, préambule, § 1.

²⁸⁶⁹ *Id.*, § 16.

²⁸⁷⁰ *Id.*, § 18.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Pour sa part, si la directive de 2009 se préoccupe peu des questions de soutien aux énergies renouvelables et de leur intégration au marché²⁸⁷¹, elle avance tout de même que les aides publiques sont nécessaires au développement de ces énergies « *en particulier aussi longtemps que les prix de l'électricité sur le marché intérieur ne refléteront pas l'intégralité des coûts et des avantages environnementaux et sociaux des sources d'énergie utilisées* »²⁸⁷². Les modes de soutien qui n'y sont pas intégrés ne peuvent donc qu'être transitoires.

S'agissant des lignes directrices pour les aides d'Etat environnement/énergie 2014-2020, elles estiment qu'il est « *généralement admis que les marchés concurrentiels tendent à produire des résultats efficaces en termes de prix, de production et d'utilisation des ressources* », et que l'intervention de l'Etat ne trouve son fondement que pour corriger les défaillances du marché et contribuer à la réalisation de l'objectif commun d'énergies renouvelables lorsque le marché seul ne le peut pas²⁸⁷³.

Enfin, la proposition de directive énergies renouvelables pour 2020-2030 procède à une actualisation des bénéfices attendus de la promotion des énergies renouvelables, à savoir : la réduction des émissions de gaz à effet de serre, la sécurité d'approvisionnement en énergie, le développement technologique et l'innovation et enfin la création d'emplois, surtout dans les zones rurales et isolées²⁸⁷⁴. La proposition met ensuite l'accent sur l'impératif de déploiement des énergies renouvelables « *au coût le plus faible possible pour les consommateurs et les contribuables* »²⁸⁷⁵. Partant, les Etats-membres sont tenus de « *réduire au minimum le coût global du déploiement pour le système* » dans la conception des régimes d'aides²⁸⁷⁶, aides qui doivent par ailleurs s'intégrer au marché en soumettant les producteurs à ses signaux²⁸⁷⁷. Nous noterons également que la proposition demande aux Etats-membres d'adopter des régimes d'aide stables qui « *ne fassent pas l'objet de modifications fréquentes* »²⁸⁷⁸. Ce point souligne alors la relation intrinsèque entre sécurité juridique et coût d'investissement, entre droit et économie. En effet, outre l'aspect destructeur que peut avoir le changement inopiné et répété de réglementation, déjà évoqué dans cette thèse²⁸⁷⁹, il augmente de manière générale et potentiellement sur le long terme « *les coûts de financement du capital, [...] les coûts de*

²⁸⁷¹ Directive 2009/28/CE, *cit.*, art. 1^{er}.

²⁸⁷² Directive 2009/28/CE, *cit.*, préambule, § 27.

²⁸⁷³ Lignes directrices environnement/énergie, *cit.*, pt. 34.

²⁸⁷⁴ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance de l'union de l'énergie, COM (2016) 759, 23 fév. 2017, préambule, § 2.

²⁸⁷⁵ *Id.*, § 16.

²⁸⁷⁶ *Id.*, § 16.

²⁸⁷⁷ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance de l'union de l'énergie, COM (2016) 759, 23 fév. 2017, art. 4, pt. 2. Cf. également Pierre-Adrien LIENHARDT, Aurélia RAMBAUD, « La Commission européenne présente sa réforme du marché européen de l'électricité », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 3, mars 2017, comm. 14, p. 2.

²⁸⁷⁸ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance de l'union de l'énergie, COM (2016) 759, 23 fév. 2017, § 18.

²⁸⁷⁹ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, II) A) 1).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

développement des projets et donc [...] le coût global du déploiement des énergies renouvelables »²⁸⁸⁰.

Les éléments ici évoqués mettent en exergue la perception qu'ont les institutions européennes de la transition énergétique de l'Union et les outils juridiques qu'elles comptent prescrire pour la favoriser. Ils serviront notamment à poser plus avant la question du principe de subsidiarité dans ce cadre. Dans les lignes qui suivent, nous développerons des éléments montrant que la voie choisie à Bruxelles n'est peut-être pas la meilleure pour remplir les objectifs fixés.

b) Une transition énergétique européenne réellement au meilleur coût pour le consommateur ?

Il existe plusieurs modèles de financement du développement des énergies renouvelables, ainsi que le montre la figure 19. La France, tout comme la majorité de l'Europe et du monde²⁸⁸¹, a adopté dans les années 2000 le tarif d'achat ou *Feed-in-Tariff* (FiT). Toutefois, les institutions européennes souhaitent quitter ce système pour en choisir un davantage intégré au marché, donc soit un système de prime ou *Feed-in-Premium* (FiP) flottante ou fixe, soit une bourse d'échange de certificats verts.

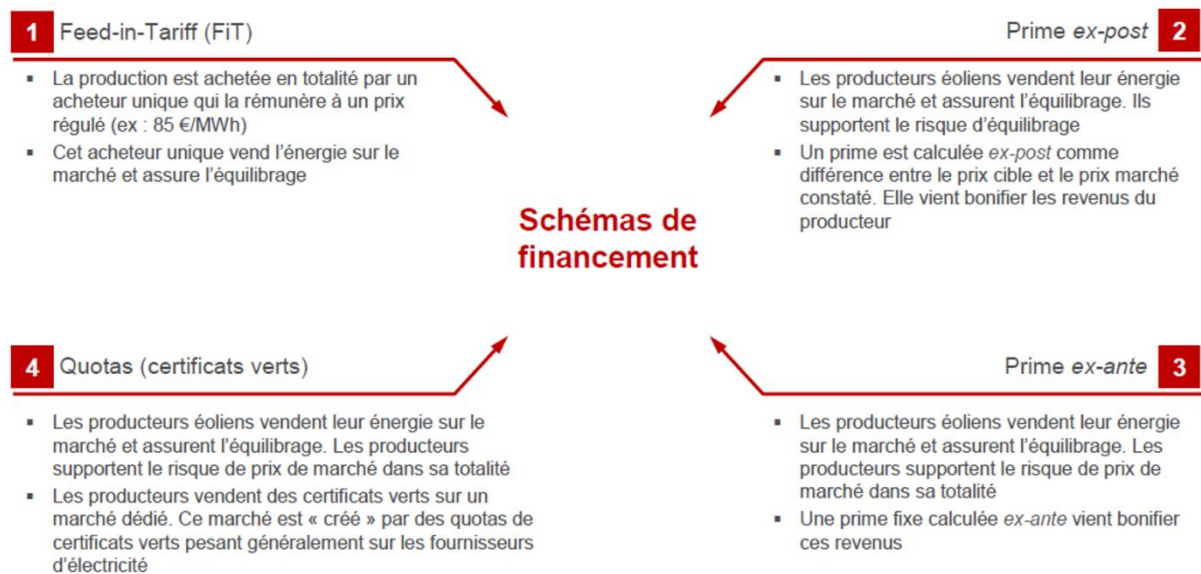


Figure 19 : Présentation des quatre principaux modèles de financement du soutien aux énergies renouvelables, ici avec l'exemple de l'éolien. E-Cube, « Eolien et intégration marché, étude comparée des schémas de financement », oct. 2013, p. 9.

Or, l'avantage principal que procure le tarif d'achat provient de la récurrence de ses revenus pour les investisseurs, permettant alors de financer les installations qui y ont accès à des taux faibles, ce qui a un impact direct sur le coût du capital, primordial dans le coût pour le

²⁸⁸⁰ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance de l'union de l'énergie, COM (2016) 759, 23 fév. 2017, préambule, § 18.

²⁸⁸¹ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, II) chapeau.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

consommateur de l'électricité produite par les installations éoliennes et solaires²⁸⁸². Une étude de 2013, consacrée à l'éolien mais en grande partie applicable au PV, prévoit qu'une « *forte convergence marché pourrait à l'inverse se traduire par une augmentation importante des coûts de financement [pouvant alors] entraîner une hausse du LCOE de l'éolien de plus de 10% et risquer une paralysie de la filière* »²⁸⁸³. Nul doute que si l'atteinte par la France de ses objectifs européens d'énergie renouvelable pour 2020 était obérée en partie par un tel changement défavorable, il faudrait alors en tenir compte dans l'éventualité de la sanction financière envisagée par la Commission européenne que nous avons vue précédemment²⁸⁸⁴. Cette étude n'est pas la seule à pointer le risque d'augmentation des coûts pour le consommateur d'un mécanisme connecté au marché de l'électricité de manière accrue. La CRE²⁸⁸⁵ ou le CLER – réseau pour la transition énergétique²⁸⁸⁶, estiment également plus coûteux certains de ces mécanismes, en particulier ceux des certificats verts et de la prime *ex-ante*. Dans un rapport du Conseil des régulateurs européens de l'énergie (Council of European Energy Regulators, CEER), une étude de cas sur la situation du Royaume-Uni révèle que le marché des certificats verts adopté en 2002 s'est avéré causer une incertitude sur les revenus des installations concernées du fait de la volatilité des marchés de l'électricité et desdits certificats, augmentant alors les coûts d'emprunt et au final le coût pour le consommateur. En 2017, ce mécanisme y sera abandonné pour toute nouvelle installation, au profit d'un système mixte de prime *ex-post*, moins dépendant du marché²⁸⁸⁷.

Compte tenu de ces éléments, l'architecture du mécanisme de soutien aux énergies renouvelables visée aux lignes directrices pour 2014-2020 et dans la proposition de directive pour 2020-2030 devrait pousser à une intégration au marché, mais réfléchie et mesurée, afin de ne pas nuire aux objectifs fixés par la réglementation européenne elle-même. Aussi, il a été souligné que l'architecture du marché de l'électricité européen avait été dessinée par les législateurs nationaux dans les années 1970/1980 dans un contexte énergétique différent, fondé sur des unités de production fossiles centralisées. Or, la transition énergétique étant en marche, le législateur, tant national que communautaire cette fois, devrait orienter ses travaux vers une mue du marché de l'électricité afin de l'adapter au nouveau paradigme. Par ces évolutions réglementaires, les surcoûts ou inconvénients économiques et sociaux des renouvelables pourraient alors aisément être valorisés²⁸⁸⁸.

²⁸⁸² Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, I) A) 2) a).

²⁸⁸³ E-Cube, « Eolien et intégration marché, étude comparée des schémas de financement », oct. 2013, p. 4.

²⁸⁸⁴ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, I) A) 1).

²⁸⁸⁵ CRE, « Réponse de la Commission de régulation de l'énergie à la consultation de la DGEC sur l'évolution des mécanismes de soutien aux installations sous obligation d'achat », 2014, p. 4 [<http://www.cre.fr/documents/presse/communiqués-de-presse/couts-et-rentabilite-des-energies-renouvelables-en-france-metropolitaine-le-rapport-de-la-cre>].

²⁸⁸⁶ CLER, « Pour un système de soutien à l'électricité renouvelable juste et efficace - Propositions et réponses à la consultation », 26 fév. 2014, p. 2.

²⁸⁸⁷ CEER, « Key support elements of RES in Europe: moving towards market integration », 26 jan. 2016, pp. 25 – 26. A noter que le marché des certificats verts semble fonctionner en Suède et Norvège, mais l'étude n'évoque pas les coûts du capital, cf. *Id.*, pp. 27 – 28.

²⁸⁸⁸ France Energie Eolienne (FEE), « Réponse de France Energie Eolienne à la consultation de la Commission européenne sur le document "Guidelines on environmental and energy State aid for 2014-2020" », fév. 2014, p. 12.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Un autre sujet d'inquiétude quant aux conséquences d'une intégration plus poussée aux marchés ressort s'agissant des « *petits producteurs* » et regroupant installations individuelles ou communautaires et participatives. Un mécanisme de marché risquerait en effet de présenter « *une barrière à l'entrée* »²⁸⁸⁹ pour eux, du fait des contraintes et coûts accrus de gestion de la vente d'électricité sur le marché. Le CLER demande ainsi un maintien du tarif d'achat pour les installations de moins de 5 MW de puissance²⁸⁹⁰ étant donné le besoin de développement des agrégateurs²⁸⁹¹, encore balbutiants en France²⁸⁹². Enfin, la doctrine juridique a également évoqué le risque de « *disparition des "petits producteurs"* »²⁸⁹³.

Il ressort de ces quelques paragraphes que le droit européen de la transition énergétique pourrait bien se révéler perturbateur pour ladite transition énergétique. Afin d'éviter que cela ne se produise, il est primordial que le travail de création du droit communautaire (qu'il soit *hard* ou *soft*) soit construit sur un travail de réflexion approfondi et peut-être aussi qu'il se limite à déterminer les fins et non les moyens, comme l'outil qu'est la directive le prévoit, en principe²⁸⁹⁴.

2) L'empiètement sur la politique énergétique des Etats-membres pour imposer une doctrine contraire à la nature de la transition énergétique ?

A l'appui des développements précédents de cette section, il apparaît que les orientations en matière d'énergie renouvelable de l'Union européenne vont dans la direction d'un système exclusivement fondé sur le marché, avec des aides publiques tolérées durant la période transitoire entre l'ère des monopoles publics intégrés d'hier et celle d'un système électrique libéralisé. Cela n'est en définitive pas surprenant, étant donné que l'article 194 du TFUE définit le cadre de la politique énergétique de l'Union et donc par ricochet celle de ses Etats-membres (à tout le moins dans une certaine mesure) comme étant celui du marché intérieur « *en tenant compte de l'exigence de préserver et d'améliorer l'environnement* »²⁸⁹⁵. Le souci environnemental n'est donc que secondaire, accessoire. Selon les mots de Claire Vannini et Christophe Barthélemy, à partir des lignes directrices de 2008, la Commission a considéré que « *la protection de l'environnement ne pouvait pas prévaloir en toutes circonstances sur les effets négatifs [que les aides d'Etat] peuvent produire* »²⁸⁹⁶.

Dans le cas présent, nous avons souligné l'interprétation extensive qu'adopte la Commission européenne au profit de ses propres instruments et au prix d'un empiètement sur les compétences des Etats-membres, dans le domaine à compétence partagée qu'est celui de

²⁸⁸⁹ E-Cube, « Eolien et intégration marché, étude comparée des schémas de financement », oct. 2013, p. 5.

²⁸⁹⁰ CLER, « Pour un système de soutien à l'électricité renouvelable ... », *cit.*, 26 fév. 2014, p. 18.

²⁸⁹¹ Les agrégateurs sont définis par l'article R. 314-1, 2° du Code de l'énergie comme suit : « *personne morale ou physique chargée de la vente sur les marchés de l'électricité produite par l'installation, pour le compte du producteur* ».

²⁸⁹² Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) B) 2) a).

²⁸⁹³ Philippe BILLET, Adrien FOURMON, « Les nouvelles lignes directrices relatives aux aides d'Etat en matière environnementale et énergétique pour la période 2014-2020 », *Environnement*, n° 7, juil. 2014, étude 11, p. 7.

²⁸⁹⁴ TFUE, art. 288.

²⁸⁹⁵ TFUE, art. 194, 1.

²⁸⁹⁶ Claire VANNINI, Christophe BARTHELEMY, « Énergie et aides d'Etat ... », *RFDA*, 2017, p. 476.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

l'énergie²⁸⁹⁷. Ce qui pose nécessairement la question du respect du principe de subsidiarité défini à l'article 5, point 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE). Les propos liminaires de la proposition de directive énergies renouvelables pour 2020-2030, et particulièrement l'étude du respect par le projet de texte du principe de subsidiarité, comme exigé par le protocole n° 2 du TFUE, sont sur ce point éclairants :

« L'analyse montre que des mesures prises au niveau des États membres uniquement conduiraient vraisemblablement à des distorsions du marché intérieur de l'énergie ainsi qu'à une fragmentation de celui-ci, ce qui aurait pour résultat des coûts globaux supérieurs et un déploiement plus faible des énergies renouvelables dans l'Union »²⁸⁹⁸.

L'affirmation ci-dessus, issue des propos liminaires sus mentionnés, semble péremptoire. Elle part du principe que des mesures nationales fragmenteraient le marché, ce qui paraît une conséquence logique, mais encore que cela aurait un impact négatif sur le coût de la transition énergétique et le déploiement des énergies renouvelables, ce qui ne procède pas tout à fait de la même logique incontestable. En effet, qu'empêcherait un Etat-membre d'adopter un système électrique construit autour des monopoles nationaux ou d'une multiplicité d'acteurs de tailles diverses, plus adapté au développement des énergies renouvelables décentralisées, de développer les interconnexions avec ses voisins et d'ainsi augmenter la part de ces énergies à un coût réduit en profitant du foisonnement à l'échelle continentale²⁸⁹⁹, dans le cadre d'un soutien hors-marché ?

Selon la Commission, le projet de directive devrait aussi lever les incertitudes juridiques des investisseurs, favorisant dès lors un déploiement des énergies renouvelables « *cohérent et à moindre coût [...] tout en laissant aux États membres la liberté de produire diverses formes d'énergies renouvelables selon le bouquet énergétique de leur choix* »²⁹⁰⁰. Or, nous touchons ici au cœur de la logique de la Commission européenne. En effet, retenir une interprétation du principe de subsidiarité limitée au choix des énergies composant le mix énergétique d'un Etat-membre sans lui laisser de marge de manœuvre (ou si peu) pour organiser leur soutien selon les besoins, c'est donc limiter la subsidiarité aux aspects purement techniques de la transition, au choix du développement de plus ou moins d'éolien, de solaire ou de biomasse. Plus encore, cette liberté délaissée aux capitales européennes est battue en brèche par la priorité donnée aux procédures de mise en concurrence technologiquement neutres dans les lignes directrices pour 2014-2020²⁹⁰¹. En effet, de telles procédures risquent d'entraîner le développement d'une seule technologie concentrée dans un espace géographique limité, ces deux aspects concourant à l'apparition de la plus forte rentabilité financière pour

²⁸⁹⁷ *Id.*, 2.

²⁸⁹⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, COM (2016) 767, 23 fév. 2017, p. 8.

²⁸⁹⁹ Cf. Résolution du Parlement européen du 15 décembre 2015 sur la réalisation de l'objectif de 10 % d'interconnexion dans le secteur de l'électricité – Un réseau électrique européen prêt pour 2020, 2015/2108(INI).

²⁹⁰⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, COM (2016) 767, 23 fév. 2017, p. 9.

²⁹⁰¹ Premier Ministre, Note à la Commission européenne, « HT.359 ... », *cit.*, 26 fév. 2014, p. 4, à propos des dispositions des lignes directrices environnement/énergie, *cit.*, pt. 109.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

l'investisseur et si possible énergétique pour la société²⁹⁰². Le revers de la médaille étant un renchérissement des coûts de l'électricité du fait du développement nécessaire du réseau et de la perte de l'effet de foisonnement²⁹⁰³. Au vu de ces éléments, il semble donc que le droit européen de la transition énergétique semble faire peu de cas du principe de subsidiarité, et de manière paradoxale être de plus en plus centralisé, dans un mouvement contraire au mouvement naturel d'accompagnement d'énergies par nature décentralisées.

Enfin, pour achever ce paragraphe, nous soulignerons des éléments rappelés fort à propos par des membres de la doctrine juridique. Tout d'abord, le professeur Philippe Billet et l'avocat Adrien Fourmon soulignent qu'historiquement, les « *énergies traditionnelles* » se sont développées « *grâce aux subsides des États [...], situation qui semble avoir été un peu vite oubliée* »²⁹⁰⁴. Afin de permettre la réalisation des transitions énergétiques précédentes, la dernière en date ayant été celle nous ayant mené à un haut niveau d'électricité d'origine nucléaire²⁹⁰⁵, il est en effet nécessaire de soutenir le dernier entrant pour permettre son développement. Il ne faut alors jamais oublier ce point lors d'une entreprise de refonte de la réglementation d'un système énergétique, même si la détermination du point de bascule exact pour une technologie donnée dans un cadre donné (géographique, réglementaire, économique, etc.) dans une maturité suffisante pour ne plus avoir à lui apporter un soutien significatif reste une entreprise fort complexe. Ensuite, pour le professeur Gérard Macrou, le secteur électrique ne se prête tout simplement pas à une libéralisation du marché, du fait du monopole naturel que constitue le réseau, du non-stockage de l'électricité (à tout le moins dans des quantités majeures, mais peut-être plus pour longtemps²⁹⁰⁶), de la difficulté de prendre les lourdes décisions d'investissement requises sur la foi des estimations de prix de gros, « *trop variables* » (ainsi que le corrobore la période actuelle de prix bas²⁹⁰⁷), et de « *l'exigence absolue d'équilibre sur le réseau [qui] renforce les inconvénients des asymétries de marché* »²⁹⁰⁸. Toujours selon lui, le monopole intégré permet de satisfaire les besoins du consommateur à un coût inférieur²⁹⁰⁹, affaiblissant la position des institutions européennes.

En quelques mots, il est donc fait un usage extensif des outils réglementaires européens pour favoriser la transition énergétique, ou plutôt une transition énergétique qui corresponde aux vues de Bruxelles (et logiquement de Strasbourg). Si cet activisme juridique peut sembler positif en ce qu'il puisse permettre d'accélérer le grand chantier que représente la transition

²⁹⁰² Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, I) B) 2).

²⁹⁰³ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 20 avril 2017 portant avis sur le projet de cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir d'énergie solaire photovoltaïque ou éolienne situées en métropole continentale, p. 3 ; cf. également CRE, Fiche position n° 12 - Paquet énergie propre / observations du régulateur français - Appels d'offres technologiquement neutres, 21 juin 2017, pt. 2 [<http://www.cre.fr/actualites/cre/13-fiches-de-la-cre>].

²⁹⁰⁴ Philippe BILLET, Adrien FOURMON, « Les nouvelles lignes directrices ... », *cit.*, juil. 2014, p. 7.

²⁹⁰⁵ Cf. Introduction, I) B) 1).

²⁹⁰⁶ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 2, II) A).

²⁹⁰⁷ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, II) A) 2) a).

²⁹⁰⁸ Gérard MARCOU, « I. Introduction - électricité, marché unique et "transition énergétique" : les contradictions du nouveau système électrique et la place des collectivités territoriales », *Droit et gestion des collectivités territoriales - Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, GRALE, Tome 33, Le Moniteur, 2013, p. 64.

²⁹⁰⁹ *Id.*, p. 65.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

énergétique, il semble tout autant enfoncer ses pieds dans l'argile meuble d'une doctrine qui reste critiquable. L'avenir dira si le chemin balisé par l'Union européenne, possiblement au mépris du principe de subsidiarité, aura permis de remplir les objectifs qu'elle s'est elle-même fixée.

II. La transposition laborieuse du régime de soutien aux énergies renouvelables en France résultant en un droit de la transition énergétique tirailé

Du fait des instruments utilisés (directives et lignes directrices) et malgré leur usage extensif, la réglementation européenne laisse certaines marges de manœuvre aux Etats-membres pour adopter des normes de transposition variables, notamment du fait des dérogations prévues. Il revient alors aux institutions nationales de les utiliser à bon escient pour définir l'architecture des modes de soutien aux énergies renouvelables qui leur convienne le plus. En conséquence, il existe à l'échelle de l'Union européenne une multiplicité de droits de la transition énergétique, correspondant chacun à des réalités locales, et dont le tout forme un droit européen de la transition énergétique plus large que le seul droit issu des institutions européennes.

Les développements suivants seront davantage tournés vers le régime de soutien à l'éolien terrestre, en raison de sa particularité parmi les régimes de soutien aux énergies renouvelables, tant dans les lignes directrices pour les aides d'Etat environnement/énergie 2014-2020, qu'au sein du nouveau régime national, encore en cours de construction. S'agissant du contexte français, l'un des éléments majeurs à garder en mémoire avant d'analyser la transposition des règles communautaires, n'est autre que le fameux coût du capital de l'énergie éolienne. Selon une étude de 2016²⁹¹⁰, il est l'un des plus bas d'Europe de l'Ouest et constitue une situation avantageuse que le législateur, le pouvoir réglementaire et le régulateur tentent de préserver tout en se conformant aux volontés de l'UE. À partir de ce constat, les lignes qui suivent traiteront de l'instauration laborieuse de ce nouveau régime et de ses tiraillements.

A) L'instauration laborieuse d'un régime de soutien à l'éolien conforme aux lignes directrices européennes

Une fois traitée la doctrine des institutions européennes et se faisant plus claire la direction dans laquelle celles-ci poussent les Etats-membres, il faut entrer dans le détail des exigences nouvelles posées par les lignes directrices de la Commission européenne afin d'obtenir la validation des aides d'Etat en matière d'énergie renouvelable. Nous nous attacherons donc à l'étude de l'instauration progressive du complément de rémunération dans le droit de la

²⁹¹⁰ PÖYRY, « Observatoire des coûts de l'éolien terrestre », oct. 2016, p. 44 [<http://fee.asso.fr/pub/observatoire-couts-de-leolien-terrestre-france/>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

transition énergétique, constituant une mise en abyme de la transition même, avant de nous intéresser au complément éolien lui-même, encore en cours d'arbitrage.

- 1) L'instauration progressive du complément de rémunération, une mise en abyme de la transition énergétique

Le complément de rémunération est la traduction française de l'incitation communautaire à confronter les producteurs d'électricité renouvelable aux lois du marché. Cet aiguillonnement comporte toutefois des dérogations permettant de laisser aux Etats-membres une certaine liberté. Le processus même de transposition retiendra notre attention dans un deuxième temps, pour ses heurs et malheurs.

- a) Une exigence de confrontation au marché avec dérogation

Pour la Commission, il est impératif qu'à partir du 1^{er} janvier 2016, toute nouvelle installation de production d'électricité renouvelable bénéficiant d'une aide publique au fonctionnement vende son électricité directement sur le marché et soit soumise à ses obligations. Cela se traduit par un mécanisme de prime ajoutée au produit de la vente sur le marché, la « *responsabilité standard d'équilibrage* » pour les producteurs et une incitation à ne pas produire durant les heures de prix négatifs²⁹¹¹.

Une rapide digression s'impose concernant le phénomène de prix négatifs, vu qu'il est considéré comme l'une des raisons principales du passage des tarifs d'achat à la vente directe sur le marché. Selon la CRE, « [l]es *prix négatifs traduisent une situation particulière de l'équilibre offre-demande, dans laquelle les producteurs préfèrent payer pour écouler leur production* »²⁹¹². C'est donc une distorsion de marché, qui se répand dans les pays à forte pénétration d'énergies renouvelables variables²⁹¹³, aux coûts de production très faibles et incitées à produire coûte que coûte par leur mécanisme de soutien²⁹¹⁴. Toutefois, même si la causalité entre développement des renouvelables variables et prix négatifs semble évidente, ce phénomène trouve plusieurs sources, et ces énergies ne jouent qu'un rôle conjoncturel dans un contexte structurel. Toujours selon la CRE, ces prix sont la résultante d'une demande faible, de moyens de production peu flexibles aux « *coûts d'arrêt-démarrage significatifs* [préférant] *proposer des enchères à prix négatifs plutôt que de suspendre leur production* », et enfin d'une production d'électricité renouvelables « *décorrélée du signal prix* » par son mode de soutien²⁹¹⁵. Pour le professeur Marcou, il est premièrement la conséquence de la libéralisation du marché²⁹¹⁶, et pour France énergie éolienne, sur la foi d'une analyse du

²⁹¹¹ Lignes directrices environnement/énergie, *cit.*, pt. 124.

²⁹¹² Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 9 décembre 2015 portant avis sur le projet de décret relatif au complément de rémunération mentionné à l'article L. 314-18 du code de l'énergie, p. 14.

²⁹¹³ Epex Spot, « Prix négatifs - Questions réponses », consulté le 9 mai 2017 [https://www.epexspot.com/fr/epex_spot_se/fondamentaux_du_marche_de_l_electricite/Prix_n%C3%A9gatifs].

²⁹¹⁴ Cf. Bob BELLINI, Cam Thao NGUYEN THI, Johann THOMAS, « Les contraintes que fait peser l'éolien sur la gestion de la charge », *Revue de l'Énergie*, n° 598, nov. - déc. 2010, p. 385.

²⁹¹⁵ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 9 décembre 2015 portant avis sur le projet de décret relatif au complément de rémunération mentionné à l'article L. 314-18 du code de l'énergie, pp. 13 – 14.

²⁹¹⁶ Gérard MARCOU, « I. Introduction ... », *Droit et gestion des collectivités territoriales - Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, *cit.*, 2013, p. 64.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Fraunhofer Institute, il résulte souvent outre-Rhin d'une « *erreur de prévision sur la consommation électrique et non [d'une] erreur sur les productions éolienne et solaire* »²⁹¹⁷. Ces éléments posent donc quelques questions sur la justesse du diagnostic et du remède proposé à ce dysfonctionnement.

Nous noterons que ce principe de confrontation au marché « *de manière à éviter des distorsions inutiles* » a été repris par la proposition de directive énergies renouvelables pour 2020-2030²⁹¹⁸. Or, tant cet aspect que la prise en compte des dynamiques du marché (afin d'inciter à vendre l'électricité lors des périodes de forte demande par exemple) pourraient être traités par un tarif d'achat amélioré²⁹¹⁹.

En sus de ces éléments sur le type d'aide attribué, depuis le 1^{er} janvier 2017, les aides publiques sus mentionnées et surtout leur montant doivent également être accordées suite à des appels d'offres technologiquement neutres et non plus fixées par l'administration²⁹²⁰.

Des dérogations tant au mécanisme de prime qu'au principe des appels d'offres neutres existent cependant dans les lignes directrices de la Commission. S'agissant du mode de soutien, la Commission permet de maintenir un mécanisme de tarif pour les installations d'une puissance nominative de moins de 500 kW, pour les démonstrateurs ou, spécifiquement pour l'éolien, d'une capacité installée de 3 MW ou de 3 éoliennes maximum²⁹²¹. S'agissant des appels d'offres, les Etats-membres peuvent s'y soustraire sous trois conditions alternatives tenant principalement à des situations de contre-performance attendues du fait d'un manque de concurrence²⁹²². Pour ce qui est de la taille des installations, celles de puissance inférieur à 1 MW, les démonstrateurs et pour l'éolien, celles de 6 MW ou 6 éoliennes maximum peuvent y échapper²⁹²³. Enfin, pour le caractère neutre de ces appels d'offres, cinq conditions alternatives permettent de s'en dédouaner, principalement dans le cas de technologies nouvelles, ou d'enjeux de diversification et de réseau²⁹²⁴. Ces derniers éléments sont très importants en ce qu'ils permettent de prendre en compte les critères techniques d'architecture de réseau et de favoriser l'équilibre de différentes sources d'électricité.

Il apparaît donc qu'à s'y intéresser en détail, le droit européen de la transition énergétique ouvre des portes aux Etats-membres afin qu'ils adaptent les règles de principe à leurs contextes particuliers. Nous verrons par la suite qu'en France, elles ont été utilisées pleinement.

²⁹¹⁷ FEE, « Réponse de France Energie Eolienne à la consultation de la Commission européenne sur le document "Guidelines on environmental and energy State aid for 2014-2020" », fév. 2014, p. 8.

²⁹¹⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, COM (2016) 767, 23 fév. 2017, art. 4, pt 1.

²⁹¹⁹ E-Cube, « Eolien et intégration marché, ... », *cit.*, oct. 2013, p. 12, fig. 2.

²⁹²⁰ Lignes directrices environnement/énergie, *cit.*, pts. 109 et 126.

²⁹²¹ *Id.*, pt. 125.

²⁹²² *Id.*, pt. 126.

²⁹²³ *Id.*, pt. 127.

²⁹²⁴ *Id.*, pt. 126.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

b) Une transition dans la transition

Depuis le 17 août 2015, l'article 104 de la loi de transition énergétique pour la croissance verte a intégré au Code de l'énergie le mécanisme du complément de rémunération²⁹²⁵, prime *ex-post*, afin de se conformer aux nouvelles règles de la Commission européenne en matière d'aides d'Etat. La mise en place de ce mécanisme, en particulier pour l'éolien terrestre, s'est révélée laborieuse et s'étale déjà sur plusieurs décrets et arrêtés pris de mai 2016 à mai 2017.

Si le décret du 27 mai 2016²⁹²⁶ précise le régime issu de la loi, dont la formule de calcul du complément, nous le réservons pour les pages suivantes et nous concentrons sur les attermoissements du régime réservé à l'éolien terrestre. Par décret du 28 mai 2016 fixant la liste des installations éligibles au tarif d'achat ou au complément de rémunération, cette énergie bénéficie d'un régime de faveur, lui permettant d'obtenir l'un ou l'autre sans limite de puissance installée²⁹²⁷. Le lecteur attentif notera que cette disposition viole les règles et dérogations des lignes directrices de la Commission vues précédemment, mais cette incongruité est rendue possible, ou du moins le pouvoir réglementaire et la filière éolienne le pensèrent-ils, du fait de la validité décennale de l'arrêté tarifaire éolien de 2014²⁹²⁸. Plusieurs auteurs de doctrine et la CRE s'en feront écho, ainsi que de la position de la Commission européenne estimant finalement que la refonte de la CSPE au début de l'année 2016 a changé les circonstances de sa décision sur l'arrêté tarifaire concerné, exigeant alors une mise en conformité avec ses lignes directrices de 2014²⁹²⁹.

Finalement, la situation pour la filière éolienne concernant l'année 2016 sera régularisée à sa toute fin et rétroactivement, lors de la parution de l'arrêté tarifaire dédié le 13 décembre après sa validation par la Commission européenne. Cet arrêté, qui abroge celui du 17 juin 2014 avec date d'exécution au 1^{er} janvier 2016²⁹³⁰, fixe le niveau de la prime à l'énergie, principal élément permettant de compléter l'écart laissé entre le prix de vente sur le marché et celui convenu par les autorités françaises, le niveau de la prime de gestion, destinée à couvrir les coûts d'accès au marché, ou la prime pour non-production durant les heures de prix négatifs²⁹³¹. Afin d'assurer que les pétitionnaires ayant déposé une demande complète de contrat d'achat ou l'ayant signé entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2016 ne soient pas lésés,

²⁹²⁵ C. Ener, art. L. 314-18 à -27.

²⁹²⁶ Décret n° 2016-682 du 27 mai 2016 relatif à l'obligation d'achat et au complément de rémunération prévus aux articles L. 314-1 et L. 314-18 du code de l'énergie et complétant les dispositions du même code relatives aux appels d'offres et à la compensation des charges de service public de l'électricité.

²⁹²⁷ Décret n° 2016-691 du 28 mai 2016 définissant les listes et les caractéristiques des installations mentionnées aux articles L. 314-1, L. 314-2, L. 314-18, L. 314-19 et L.314-21 du code de l'énergie, art. 1 et 2.

²⁹²⁸ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, II) B) chapeau.

²⁹²⁹ Adrien FOURMON, « L'évolution des mécanismes de soutien applicables aux énergies renouvelables pour la transition énergétique : 1ers commentaires sur la notion de complément de rémunération », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, août 2015, étude 15, p. 4 ; Jérôme PENTECOSTE, Alexandre SILVA-DELAQUAIZE, « ENR : entre tarifs administrés et prix de marché », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 7, juil. 2016, étude 16, p. 2 ; Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 3 novembre 2016 portant avis sur le projet d'arrêté fixant les conditions du complément de rémunération de l'électricité produite par les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent, pt. 2.4.

²⁹³⁰ Arrêté du 13 décembre 2016 fixant les conditions du complément de rémunération de l'électricité produite par les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent, art. 14.

²⁹³¹ *Id.*, Annexe, I. et II.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

le nouvel arrêté tarifaire fixe le tarif de référence (leur rémunération garantie) au même niveau que celui du tarif de 2014, à savoir 82 €/MWh²⁹³². De manière pragmatique, la CRE, qui avait dénoncé en 2014 une rentabilité excessive entraînée par ce niveau de tarif, « *prend toutefois acte de la volonté de garantir un équilibre économique inchangé aux producteurs ayant signé leur contrat d'achat ou ayant demandé à en bénéficier au cours de l'année 2016* »²⁹³³. Elle privilégie ainsi la sécurité juridique à l'application d'une rémunération normale des capitaux immobilisés²⁹³⁴.

Enfin, ce complément d'achat en guichet ouvert fixé au même niveau que le tarif de 2014 a été reconduit jusqu'à fin juillet 2017 par le décret du 28 avril 2017. Ce texte abroge l'arrêté du 13 décembre 2016 mais laisse un sursis de 3 mois après son adoption pour obtenir ce complément avantageux²⁹³⁵, laissant ainsi le temps de finalement publier l'arrêté tarifaire du 6 mai 2017 tant attendu et déjà fort retardé. Ce dernier acte soulève également des doutes quant à son respect des lignes directrices européennes qui limitent le guichet ouvert à des installations d'une certaine taille. L'Etat n'apportant pas de justification au titre des dérogations prévues dans les lignes directrices pour son régime transitoire, il eut été possible que la Commission examine le régime français au risque de l'invalidier. Mais en agissant ainsi, la Commission s'exposerait très certainement à un contentieux avec l'Etat français qui remettrait en question la portée de ses lignes directrices²⁹³⁶. Une entreprise hasardeuse, donc.

La vue du processus laborieux de transposition de la réglementation européenne des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables dans le droit français pour tenter de finalement aboutir à un régime validé par la Commission et stabilisé, véritable transition dans la transition comme le font remarquer plusieurs auteurs²⁹³⁷, rappelle l'ampleur de la tâche pour législateur, pouvoir réglementaire et régulateur que constitue la transition énergétique. Réaliser l'ensemble de ce mouvement de manière sereine et prévisible relève dès lors de la gageure.

2) Le nouveau régime d'aide publique de marché, symbole d'un droit de la transition énergétique qui ne peut pas tout ?

Le nouvel article L. 314-20 du Code de l'énergie, issu de l'article 104 de la loi de transition énergétique, détaille les éléments pris en compte lors du calcul du complément de rémunération. Certaines ressemblances existent manifestement avec les conditions à prendre en compte pour l'élaboration des tarifs d'achat : les investissements et charges d'exploitation, les frais de contrôle, mais aussi le rôle que joue le mécanisme dans l'atteinte des objectifs de

²⁹³² *Id.*, Annexe, II.

²⁹³³ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 3 novembre 2016 ..., *cit.*, p. 4.

²⁹³⁴ *C. Ener*, art. L. 314-20, al. 7.

²⁹³⁵ Décret n° 2017-676 du 28 avril 2017 relatif à l'autoconsommation d'électricité et modifiant les articles D. 314-15 et D. 314-23 à D. 314-25 du code de l'énergie, art. 4, I.

²⁹³⁶ *Cf.* Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, I) A) 2).

²⁹³⁷ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Les énergies renouvelables en transition », *cit.*, oct. 2015, p. 3 ; Alberto CORDUAS, « Le recul du nucléaire face aux énergies renouvelables dans le cadre de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte », *Droit Administratif*, n° 2, fév. 2016, comm. 10, p. 9.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

la politique énergétique nationale²⁹³⁸. En revanche, l'élaboration du complément, et c'est une nouveauté, doit prendre en compte le « *coût d'intégration de l'installation dans le système électrique* » et les « *recettes de l'installation, notamment la valorisation de l'électricité produite et la valorisation des garanties de capacités* »²⁹³⁹. Ce sera donc une construction plus complexe vu que les facteurs entrants sont plus nombreux que pour les tarifs, mais qui devrait permettre d'inclure l'aspect connexion au réseau, primordial. S'agissant du régime du complément de rémunération, il est explicitement désigné contrat administratif²⁹⁴⁰, à l'instar de son pendant tarifaire.

Sur ce socle, nous allons décrire ici à grands traits le complément éolien à guichet ouvert, publié le 6 mai 2017²⁹⁴¹, et concernant les projets de parcs éoliens de maximum 6 éoliennes, ne pouvant dépasser 3 MW par éolienne et séparés d'au moins 1500m entre deux parcs²⁹⁴². D'une durée de 20 ans²⁹⁴³, il propose un tarif de référence (la rémunération totale du producteur, une fois additionnés vente sur le marché et primes diverses) calculé sur un tarif de base de 72 et 74 €/MWh²⁹⁴⁴, donc en baisse notable par rapport au niveau de l'arrêté tarifaire du 13 décembre 2016 étendu jusqu'à juillet 2017. Ce tarif est plafonné à une certaine quantité de MWh produits annuellement, dépendante notamment du diamètre du rotor des éoliennes et de leur nombre²⁹⁴⁵. Une fois ce seuil dépassé le tarif de référence chute à 40 €/MWh²⁹⁴⁶. Ce mécanisme, déjà évoqué pour la méthanisation²⁹⁴⁷ et pour les installations PV²⁹⁴⁸ devrait permettre de limiter la rémunération excessive de certains parcs éoliens bénéficiant d'un très bon emplacement, surtout avec le mode de calcul annuel comme recommandé par la CRE²⁹⁴⁹, mais ne dispose pas, comme elle le préconisait et le regrettent certains commentateurs de possibilité de reporter sur l'année suivante le quota de production éligible au complément inutilisé²⁹⁵⁰. Enfin, l'arrêté fixe également le niveau de la prime de gestion²⁹⁵¹ ou de la prime de non-production en période de prix négatifs²⁹⁵², pouvant avoir un

²⁹³⁸ C. Ener., art. L. 314-4, a), b) et c) ; C. Ener., art. L. 314-20, 1° et 4°.

²⁹³⁹ C. Ener., art. L. 314-20, 2° et 3°.

²⁹⁴⁰ C. Ener., art. L. 314-24.

²⁹⁴¹ Arrêté du 6 mai 2017 fixant les conditions du complément de rémunération de l'électricité produite par les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent, de 6 aérogénérateurs au maximum.

²⁹⁴² Id., respectivement art. 1^{er}, 2 et 3.

²⁹⁴³ C. Ener., art. L. 314-22 et art. 11 de l'arrêté du 6 mai 2017, cit.

²⁹⁴⁴ Arrêté du 6 mai 2017, cit., Annexe, pt. III.

²⁹⁴⁵ Id., Annexe, pt. I.

²⁹⁴⁶ Id., Annexe, pt. III.

²⁹⁴⁷ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, II) B) 1) b).

²⁹⁴⁸ Cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'Installations de production d'électricité à partir de l'énergie solaire « Centrales au sol de puissance comprise entre 500 kWc et 17 MWc », 30 mars 2017, pt. 7.2.3 [<http://www.cre.fr/documents/appels-d-offres/appel-d-offres-portant-sur-la-realisation-et-l-exploitation-d-installations-de-production-d-electricite-a-partir-de-l-energie-solaire-centrales-au-sol-de-puissance-comprise-entre-500-kwc-et-17-mwc>].

²⁹⁴⁹ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 23 mars 2017 portant avis sur le projet d'arrêté fixant les conditions du complément de rémunération de l'électricité produite par les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent de six aérogénérateurs au maximum, p. 7.

²⁹⁵⁰ Ibid. ; et, Fabrice CASSIN, Hélène GELAS, « [Smart News] Mai 2017: un régime éolien (enfin) stabilisé », LPA-CGR Avocats, 10 mai 2017, consulté le 4 juil. 2017 [<http://www.lpalaw.com/smart-news-mai-2017-regime-eolien-enfin-stabilise/>].

²⁹⁵¹ Arrêté du 6 mai 2017, cit., Annexe, pt. II. 6°.

²⁹⁵² Id., 7°.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

impact certain sur le développement de l'activité d'agrégation pour l'une et sur les distorsions de marché pour l'autre. Selon les simulations de la CRE, ce nouvel équilibre risquait encore de donner lieu à des rémunérations excessives dans plus de 50% des cas envisagés, pour la version soumise à avis, légèrement modifiée entre-temps²⁹⁵³. Cet état de fait s'avère encore plus frappant en cas de *repowering*²⁹⁵⁴ ou d'extension de parcs existants, donc pour des installations situées dans des zones *a priori* fort propices car déjà équipées²⁹⁵⁵. Un tel constat souligne « *la difficulté de définir des tarifs traduisant toute la complexité et la diversité de la filière* »²⁹⁵⁶. En effet, la situation de chaque projet éolien diffère grandement, du potentiel de vent au montant des loyers pour les terrains d'assiette, du prix des éoliennes aux conditions de financement. Dès lors, certains proposent un mécanisme de tarifs définis à une échelle régionale, afin de mieux tenir compte du potentiel local, éviter les effets d'aubaine et déployer l'éolien sur l'ensemble du territoire pour augmenter le foisonnement et soulager le réseau de certaines zones plébiscitées²⁹⁵⁷. Mais cela ne pourrait être réalisé en fonction du découpage administratif du territoire, sinon d'un découpage par zones de potentiel, ce qui implique une tâche longue, complexe et impliquant des effets de seuil insatisfaisants.

Il nous faut également présenter une nouveauté du complément, l'acheteur de dernier recours. Qualifié de « *dispositif assurantiel* »²⁹⁵⁸, il permet au producteur de vendre son électricité lorsqu'il lui est impossible de le faire d'une autre manière (pour cause de défaillance de son agrégateur par exemple)²⁹⁵⁹. Cette solution de secours, nécessairement temporaire et limitée à 80% du montant du tarif de référence²⁹⁶⁰, est ce qui doit permettre de rassurer les investisseurs sur la récurrence des revenus de l'installation. Toutefois, à la fin avril 2017, la mise en concurrence qui doit permettre de désigner cet acheteur pour 5 ans maximum n'avait toujours pas été lancée²⁹⁶¹ (et pas plus au début de juillet de la même année à notre connaissance), risquant d'avoir un impact sur le coût du capital des projets actuellement en constitution de financement.

Enfin, nous noterons que la CRE exerce toujours un rôle central dans le mécanisme de complément de rémunération, rendant un avis avant la décision des ministres de l'Energie et de l'Economie quant à son évolution²⁹⁶², recueillant automatiquement « *le détail des coûts et des recettes* » des installations de production concernées²⁹⁶³ et ainsi renforçant son suivi économique des énergies renouvelables, publiant annuellement un état récapitulatif des

²⁹⁵³ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 23 mars 2017 ..., *cit.*, pt 4.2, p. 6.

²⁹⁵⁴ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) 1) b).

²⁹⁵⁵ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 23 mars 2017 ..., *cit.*, p. 7.

²⁹⁵⁶ *Id.*, p. 9.

²⁹⁵⁷ CLER, « Pour un système de soutien à l'électricité renouvelable ... », *cit.*, 26 fév. 2014, p. 22.

²⁹⁵⁸ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 9 décembre 2015 portant avis sur le projet de décret relatif au complément de rémunération mentionné à l'article L. 314-18 du code de l'énergie, pt. 5.3.

²⁹⁵⁹ C. Ener., art. L. 314-26 ; art. R. 314-52.

²⁹⁶⁰ Arrêté du 6 mai 2017, *cit.*, Annexe, IV.

²⁹⁶¹ Gaïa WITZ, « Acheteur de dernier recours : le mécanisme assurantiel toujours attendu [Avis d'expert] », *GreenUnivers*, 5 avr. 2017 [<https://www.greenunivers.com/2017/04/acheteur-de-dernier-recours-le-mecanisme-assurantiel-toujours-attendu-avis-dexpert-160660/>].

²⁹⁶² C. Ener., art. L. 314-20, al. 10.

²⁹⁶³ C. Ener., art. R. 314-14, al. 3.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

versements par filière²⁹⁶⁴ et rendant pour le 30 juin 2018 un rapport sur la mise en œuvre de ce mécanisme, actualisé tous les 2 ans²⁹⁶⁵.

Au vu de ces lignes, le complément de rémunération évoque donc une « *aide publique de marché* », pour reprendre l'oxymore de Mme Le Baut-Ferrarese²⁹⁶⁶, en tentant de soumettre les énergies renouvelables au marché, tout en les soustrayant à leurs principaux risques afin de maintenir la baisse de leurs coûts²⁹⁶⁷. Sans surprise, la CRE en attend « *des bénéfices modérés [...] en termes notamment de maîtrise des charges de service public* »²⁹⁶⁸. En tout état de cause, il paraît clair que le droit de la transition énergétique ne peut tendre à l'exhaustivité, au régime juridique parfait, qui empêcherait ici toute rémunération excessive sans être pour autant exagérément complexe, étant donné la multiplicité de situation qu'il doit traiter. L'instauration d'un nouveau mécanisme de soutien aux énergies renouvelables est peut-être l'exemple même que le droit ne peut pas tout.

B) La nouvelle réglementation du soutien éolien tiraillée entre centralisation et décentralisation du modèle énergétique

Afin de répondre aux incitations de la Commission européenne, 2017 est autant l'année de mise en place du complément de rémunération en guichet ouvert que par mise en concurrence. Mais, si un appel d'offres, par sa nature centralisée pose la question de son accord avec la philosophie de la transition énergétique, ce sont surtout des questionnements pratiques ayant trait au dimensionnement de cet appel d'offres qui se font jour. S'agissant de la décentralisation énergétique (ici entendue au sens d'un grand nombre d'installations de production de petite taille), et offrant ainsi une transition en douceur avec le chapitre suivant, force est de constater que le nouveau régime juridique mis en place offre tout à la fois déceptions et raisons d'espérer.

1) Des appels d'offres mal dimensionnés aux avantages incertains

Ainsi qu'il a été évoqué précédemment, les lignes directrices de la Commission européenne en matière d'aides d'Etat dans l'énergie et l'environnement poussent les Etats-membres vers des procédures de mise en concurrence, en priorité neutres, pour les énergies renouvelables tout en apportant des dérogations en fonction notamment du réseau, de la taille des installations ou de la maturité de la technologie sans en oublier certaines particulières à l'éolien²⁹⁶⁹. La proposition de directive incluse dans le paquet hivernal de fin 2016 va également dans le sens d'une incitation forte à la mise en place de procédures de mise en concurrence pour l'obtention des aides publiques aux renouvelables²⁹⁷⁰. Or, les appels

²⁹⁶⁴ C. Ener., art. R. 314-48, al. 6.

²⁹⁶⁵ C. Ener., art. R. 314-50.

²⁹⁶⁶ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Les énergies renouvelables en transition », *cit.*, oct. 2015, p. 4.

²⁹⁶⁷ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, I) A).

²⁹⁶⁸ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 9 décembre 2015 portant avis sur le projet de décret relatif au complément de rémunération mentionné à l'article L. 314-18 du code de l'énergie, p. 18.

²⁹⁶⁹ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) A) 1) a).

²⁹⁷⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, COM (2016) 767, 23 fév. 2017, art. 4, pt 3.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

d'offres appartiennent à une logique centralisatrice bien plus que l'inverse. Centralisation au sens où c'est le ministre compétent, sur recommandation de la CRE qui désigne les lauréats, mais surtout, centralisation par l'ajout d'une nouvelle phase à des projets aux délais de développement et contentieux déjà très longs²⁹⁷¹. Partant, le risque de ne pouvoir aboutir pour les projets portés par de nouveaux entrants, petits développeurs privés ou projets communautaires, s'accroît encore, au bénéfice des sociétés de taille moyenne ou grande.

Mais le risque majeur de ce nouveau système est celui de son échec, du fait d'un dimensionnement problématique. Si la mise en place d'appels d'offres pour l'attribution du complément de rémunération aux installations éoliennes dites « *de grande puissance* » a été annoncé dans le volet offre de la PPE²⁹⁷², le décret, seul document engageant, n'inclut pas l'éolien terrestre au calendrier des mises en concurrence²⁹⁷³. Cet aspect semble donc avoir été décidé ou inclus tardivement par son rédacteur, ou alors ce dernier ne souhaitait pas être lié par la mise en place d'un calendrier défini. À grands traits, l'appel d'offres éolien terrestre s'adresse aux projets d'au moins 7 éoliennes, ou dont au moins une éolienne dépasse 3 MW ou encore pour les pétitionnaires ayant vu leur demande de complément en guichet ouvert refusée par l'acheteur obligé²⁹⁷⁴. Surtout, il s'organisera en 6 périodes de candidatures de 500 MW chacune, ouvertes tous les 6 mois entre décembre 2017 et juin 2020²⁹⁷⁵. Le volume total de capacité à installer est donc de 3 GW, avec un mécanisme de report sur les échéances suivantes en cas de capacité non attribuée²⁹⁷⁶. Les pétitionnaires devront présenter leur projet bénéficiant de l'autorisation environnementale²⁹⁷⁷ et demander un complément pour 20 ans²⁹⁷⁸, sachant que l'unique critère de notation des offres est celui du prix²⁹⁷⁹. Le cahier des charges incite également les collectivités territoriales et sociétés coopératives à soumettre leurs projets ou les soumissionnaires plus classiques à inclure un montage participatif²⁹⁸⁰, via une majoration du complément de rémunération²⁹⁸¹, se transformant en sanction en cas de non réalisation du volet participatif²⁹⁸². Si cette perspective paraît intéressante dans le cadre des objectifs de la PPE, notamment pour la récurrence de ses échéances, ces appels d'offres soulèvent tout de même 2 problématiques d'importance.

Premièrement, *quid* des projets soumis à un long contentieux ? Il n'est en effet pas rare qu'un projet éolien subisse de 5 à 10 ans de contentieux après son autorisation (ou son refus

²⁹⁷¹ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I.

²⁹⁷² Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, PPE, Volet relatif à l'offre d'énergie, 27 oct. 2016, p. 14.

²⁹⁷³ Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie, art. 3 XI.

²⁹⁷⁴ Cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent, implantées à terre, 5 mai 2017, pt. 1.2.1 [<http://www.cre.fr/documents/appels-d-offres/appele-d-offres-portant-sur-la-realisation-et-l-exploitation-d-installations-de-production-d-electricite-a-partir-de-l-energie-mecanique-du-vent-implantees-a-terre>].

²⁹⁷⁵ *Id.*, pt. 1.2.2.

²⁹⁷⁶ *Id.*, pt. 1.2.2.

²⁹⁷⁷ *Id.*, pt. 2.2.

²⁹⁷⁸ *Id.*, pt. 7.1.

²⁹⁷⁹ *Id.*, pt. 4.1.

²⁹⁸⁰ *Id.*, pt. 3.3.6.

²⁹⁸¹ *Id.*, pt. 7.2.2.

²⁹⁸² *Id.*, pt. 7.2.2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

d'autorisation)²⁹⁸³. Une fois purgé de tout recours, il devrait alors se présenter à l'appel d'offres, avec des éoliennes d'une génération précédente donc probablement moins productives. Or, il est peu probable que le porteur de projet modifie son autorisation, car il se soumettrait alors à l'hypothèse élevée d'un nouveau contentieux. Avec le mécanisme de tarif, le porteur de projet était au moins certain de pouvoir réaliser son installation une fois purgée de tout recours. Le nouveau système risque d'encourager les opposants locaux à allonger le temps requis par les recours, menaçant au final l'atteinte des objectifs de la PPE.

Deuxièmement, et surtout, les appels d'offres risquent de se révéler infructueux. C'est d'ailleurs la critique principale qu'émet la CRE dans son avis sur le projet de cahier des charges. Elle estime en effet, qu'étant donné que le guichet ouvert concerne des parcs jusqu'à 6 éoliennes et comme le lui ont indiqué les représentants de la filière, « *seul un faible nombre de parcs supérieurs à ce seuil trouveraient à se développer* »²⁹⁸⁴, la pression concurrentielle ne sera pas au rendez-vous. Du fait du mitage du territoire, des règles d'éloignement et de servitudes diverses et variées²⁹⁸⁵, il est en effet assez rare de développer un parc de 10 éoliennes ou plus d'un seul tenant. De plus, un développeur ayant un projet de 7 ou 8 éoliennes fera le calcul du choix le plus profitable entre un projet de plus grande taille mais à la rémunération nécessairement moindre pour sa production²⁹⁸⁶ et un projet limité à 6 éoliennes bénéficiant du guichet ouvert plus avantageux. Le tableau éolien de l'année 2016 confirme d'ailleurs que la taille moyenne du parc installé en 2016 est d'un peu moins de 10 MW²⁹⁸⁷ (donc 5 éoliennes à raison d'une puissance unitaire de 2 MW) et que la répartition des installations par tranche de puissance révèle que 93% du total des installations ont une puissance inférieure à 12 MW²⁹⁸⁸. En conséquence, la CRE recommanda la diminution de la puissance ouverte afin de maintenir un niveau de concurrence suffisant pour faire baisser le montant des compléments de rémunération²⁹⁸⁹, ou de réduire l'accès au guichet ouvert aux projets d'un maximum de 6 MW²⁹⁹⁰ sous peine de n'occuper « *qu'une place marginale* »²⁹⁹¹, sans succès.

Il semble donc que dans les circonstances actuelles et sachant que le développement éolien français se base sur certains paramètres se prêtant peu aux appels d'offres (délais de développement, mitage du territoire...), il ne soit pas possible d'imaginer le même succès que pour le PV. Pour les centrales solaires de grande taille (au sol ou en grande toiture), le

²⁹⁸³ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) B) 2) a).

²⁹⁸⁴ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 23 mars 2017 portant avis sur le projet de cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent, implantées à terre, pt. 3.1.

²⁹⁸⁵ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) 1) a).

²⁹⁸⁶ Le complément de rémunération de l'appel d'offres étant plafonné à 74,8 €/MWh. Cf. Cahier des charges, *cit.*, pt. 4.2.

²⁹⁸⁷ Ministère de l'Environnement, de l'Energie et de la Mer, « Tableau de bord : éolien - Quatrième trimestre 2016 », fév. 2017, p. 1.

²⁹⁸⁸ *Id.*, p. 3.

²⁹⁸⁹ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 23 mars 2017 portant avis sur le projet de cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent, implantées à terre, p. 5, recommandation n° 3.

²⁹⁹⁰ *Id.*, p. 5, recommandation n° 2.

²⁹⁹¹ *Id.*, pt. 3.1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

mécanisme de mise en concurrence a en effet beaucoup plus de sens, avec une plus grande variété de terrains d'implantation, des délais et une acceptabilité meilleures et surtout des coûts matériels en perpétuelle baisse. En mars 2017, le résultat de la première tranche de l'appel d'offres lancé en août 2016 dans le cadre de la PPE a situé la moyenne du complément de rémunération attribué pour les 500 MW proposés à 62,5 €/MWh²⁹⁹². Plus de 60% des offres retenues proposent également un mécanisme participatif²⁹⁹³, preuve du succès de l'incitation prévue à cet effet et gage de meilleure inclusion des citoyens dans la transition énergétique. Lorsque les spécificités d'une source d'énergie sont prises en compte par la réglementation, il est donc possible que le droit de la transition énergétique permette en même temps un développement ambitieux des énergies renouvelables, une diminution de son coût pour les consommateurs d'énergie et une plus grande implication des citoyens.

2) Deux pas en avant, un pas en arrière pour la décentralisation énergétique ?

Outre les aspects de définition et d'attribution du nouveau mécanisme de soutien aux énergies renouvelables qu'est le complément de rémunération, le mouvement de transition vers des mécanismes plus proches du marché a aussi entraîné dans son sillage quelques dispositions moins en vue mais risquant d'accentuer l'érosion de la position des acteurs historiques de l'électricité, et en premier lieu EDF, au profit de potentiels nouveaux entrants. Dans le même temps, d'importants débats ont eu lieu sur la réforme des garanties d'origine, peu utilisées en France mais outil de grand potentiel pour la transition énergétique.

a) Transfert de contrats d'achat et développement de l'agrégation, l'érosion des acteurs historiques de l'électricité ?

Par son article 104 concernant le complément de rémunération, la loi de transition énergétique rend possible le transfert de contrats d'achat à des organismes agréés. La mesure, initialement ouverte durant les seuls 6 premiers mois après la signature du contrat, a été étendue par l'ordonnance du 3 août 2016 à l'ensemble des contrats d'achat²⁹⁹⁴. En conséquence, la définition d'un acheteur, qui initialement n'incluait qu'EDF et les entreprises locales de distribution (ELD)²⁹⁹⁵, a intégré les organismes agréés²⁹⁹⁶. C'est par un décret du 28 mai 2016 que les modalités d'agrément d'un acheteur obligé ainsi que celles de transfert de contrats d'achat d'un producteur à celui-ci ont été définies²⁹⁹⁷. Bien que ces dispositions puissent paraître purement techniques, elles ouvrent de nouvelles portes.

²⁹⁹² Anne-Claire POIRIER, « Solaire : Ségolène Royal annonce des résultats et lance un nouvel AO autoconsommation », *GreenUnivers*, 9 mars 2017, consulté le 25 mars 2017 [<https://www.greenunivers.com/2017/03/solaire-segolene-royal-annonce-des-resultats-et-lance-un-nouvel-ao-autoconsommation-158992/>].

²⁹⁹³ *Ibid.*

²⁹⁹⁴ Ordonnance n° 2016-1059 du 3 août 2016 relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables, art. 4.

²⁹⁹⁵ *C. Ener.*, art. R. 314-1. 1°. Version initiale (29 mai 2016)

²⁹⁹⁶ *Ibid.* Version modifiée (30 mai 2016)

²⁹⁹⁷ Décret n° 2016-690 du 28 mai 2016 pris pour l'application de l'article L. 314-6-1 du code de l'énergie.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

En application de la nouvelle réglementation, le premier organisme à obtenir l'agrément n'est autre que la société coopérative Enercoop²⁹⁹⁸. L'intérêt premier de cet agrément est de créer ou renforcer des fournisseurs proposant une forte proportion d'électricité renouvelable dans leur offre. Avant, la coopérative Enercoop devait acheter l'électricité à des producteurs qui devaient pour cela renoncer au contrat d'achat avec l'acheteur obligé. La rémunération proposée par la coopérative étant bien moindre, elle ne pouvait que convaincre des producteurs militants ou des installations en sortie d'obligation d'achat²⁹⁹⁹. Avec ces nouvelles mesures, Enercoop peut développer fortement les installations avec qui elle contractualise, sans que cela ne nuise à sa rentabilité ni à celle de ces installations et ainsi assurer la fourniture d'électricité garantie 100% d'origine renouvelable à ses clients³⁰⁰⁰.

Autre élément d'érosion des acteurs historiques de l'électricité, le développement de l'agrégation. Ce nouveau métier³⁰⁰¹ est le lien nécessaire entre le marché et les petits producteurs ne disposant pas du savoir et des moyens pour y vendre directement leur électricité³⁰⁰². Ces acteurs dégagent une rentabilité en agrégeant la production de plusieurs sites, si possible de différentes technologies et de différentes localisations afin de maximiser le foisonnement, et en cherchant à la vendre au meilleur prix, pour ensuite gagner la différence avec les prix moyennés calculés mensuellement³⁰⁰³. Si c'est une activité encore peu développée en France³⁰⁰⁴, surtout en comparaison de l'Allemagne, plus expérimentée³⁰⁰⁵, la CRE estime qu'avec la sortie d'obligation d'achat de 1500 MW éoliens d'ici 2020, le marché va disposer d'une capacité suffisante pour se développer³⁰⁰⁶. Nous ajouterons également que comme Maître Fourmon le précise, le dispositif d'acheteur de dernier recours

²⁹⁹⁸ Arrêté du 20 septembre 2016 relatif à l'agrément de la société Enercoop en application de l'article L. 314-6-1 du code de l'énergie.

²⁹⁹⁹ Comme en témoigne la carte de ses producteurs, majoritairement de très petites installations, à l'exception de 2 parcs éoliens sortis d'obligation d'achat (Port-la-Nouvelle et Roquetaillade) [<http://www.enercoop.fr/nos-producteurs>].

³⁰⁰⁰ Bien évidemment, les électrons transitant par le réseau n'ayant aucune différence selon qu'ils soient produits par une éolienne ou un réacteur nucléaire, le lien se fait en constatant que les producteurs d'Enercoop injectent l'équivalent au moins de la consommation annuelle de ses clients.

³⁰⁰¹ Défini par l'article R. 314-1, 2° du Code de l'énergie.

³⁰⁰² Cf. Office franco-allemand pour la transition énergétique (OFATE), « Synthèse de la conférence "Financement des parcs éoliens dans le contexte des nouveaux mécanismes de soutien" », conférence du 20 sept. 2016, synthèse de déc. 2016, p. 14 [http://enr-ee.com/files/ofaenr/02-conferences/2016/160920_conference_financement_des_parcs_eoliens/Presentations/Synthese_Conference_OFATE_financement_des_parcs_eolien_160920.pdf].

³⁰⁰³ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 9 décembre 2015 portant avis sur le projet de décret relatif au complément de rémunération mentionné à l'article L. 314-18 du code de l'énergie, pp. 15 – 16.

³⁰⁰⁴ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 3 novembre 2016 portant avis sur le projet d'arrêté fixant les conditions du complément de rémunération de l'électricité produite par les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent, p. 5.

³⁰⁰⁵ Florence ROUSSEL, « ENR : le complément de rémunération permettra de gagner plus que le tarif d'achat actuel », *Actu-environnement.com*, 18 mars 2016, consulté le 20 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/laurent-froissart-centrales-next-energies-renouvelables-complement-remuneration-26435.php4>].

³⁰⁰⁶ Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 23 mars 2017 portant avis sur le projet d'arrêté fixant les conditions du complément de rémunération de l'électricité produite par les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent de six aérogénérateurs au maximum, p. 8

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

devrait permettre de mettre les agrégateurs en concurrence, permettant l'entrée de nouveaux arrivants parmi eux³⁰⁰⁷.

Si comme le rappelait Bernadette Le Baut-Ferrarese à propos de l'agrément de nouveaux acheteurs obligés, ces éléments ne suppriment pas le monopole des acteurs historiques de l'électricité³⁰⁰⁸, ils sont constitutifs d'une érosion supplémentaire de leur position. Les progrès vers une décentralisation plus poussée tant de la production que de la fourniture d'électricité passent donc par des voies juridiques différentes des grandes lois de libéralisation. Lorsqu'elles favorisent le développement de coopératives promouvant une fourniture d'électricité 100% renouvelable et agissant par ailleurs pour le développement de ces énergies et une meilleure information des citoyens, il faut s'en réjouir.

b) L'hypothèse finalement écartée de la prohibition sèche des garanties d'origine

Par le décret 2016-682 du 27 mai 2016, l'article R. 314-32 nouveau, alinéa 2 dispose que « [p]our bénéficier d'un contrat de complément de rémunération, le producteur renonce au préalable au droit d'obtenir la délivrance des garanties d'origine pour l'électricité produite par l'installation pendant la durée du contrat »³⁰⁰⁹. Or, cette disposition semble être en contradiction « sinon de la lettre au moins de l'esprit de la loi »³⁰¹⁰ de transition énergétique en son article 104 qui prévoyait que les garanties d'origines soient prises en compte dans la formule de calcul du complément de rémunération³⁰¹¹. La CRE signalait également que cette disposition était en porte-à-faux avec la directive européenne 2009/28/CE énergies renouvelables en son article 15 incitant les Etats-membres à user de garanties d'achat et ouvrant la possibilité de priver les producteurs bénéficiant de celles-ci d'aide publique, mais pas l'inverse³⁰¹². Tel qu'elle était formulée à l'entrée de l'été 2016, cette disposition posait donc problème.

Par un projet de loi déposé le 12 octobre 2016 à l'Assemblée nationale, le Gouvernement a tenté d'harmoniser le mécanisme de soutien historique, à savoir le tarif d'achat, sur le modèle du complément de rémunération³⁰¹³. L'ancien régime de gestion des garanties d'origines prévoyait que l'acheteur obligé se subrogeait aux droits du producteur d'énergie renouvelable et pouvait la valoriser soit pour garantir ses propres offres à l'égard de ses clients ou les céder à d'autres fournisseurs proposant des offres incluant une certaine part d'électricité d'origine

³⁰⁰⁷ Adrien FOURMON, « L'évolution des mécanismes de soutien ... », *cit.*, août 2015, p. 6.

³⁰⁰⁸ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Les énergies renouvelables en transition », *cit.*, oct. 2015, p. 4.

³⁰⁰⁹ Décret n° 2016-682 du 27 mai 2016 relatif à l'obligation d'achat et au complément de rémunération prévus aux articles L. 314-1 et L. 314-18 du code de l'énergie et complétant les dispositions du même code relatives aux appels d'offres et à la compensation des charges de service public de l'électricité, art. 3.

³⁰¹⁰ Sénat, Commission des affaires économiques, Rapport n° 285 sur le projet de loi ratifiant les ordonnances n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 relative à l'autoconsommation d'électricité et n° 2016-1059 du 3 août 2016 relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables et visant à adapter certaines dispositions relatives aux réseaux d'électricité et de gaz et aux énergies renouvelables, Ladislav PONIATOWSKI, 11 jan. 2017, p. 38.

³⁰¹¹ *C. Ener.*, art. L. 314-20, al. 4.

³⁰¹² Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 9 décembre 2015 portant avis sur le projet de décret relatif au complément de rémunération mentionné à l'article L. 314-18 du code de l'énergie, p. 10.

³⁰¹³ Etude d'impact du projet de loi ratifiant les ordonnances n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 relative à l'autoconsommation d'électricité et n° 2016-1059 du 3 août 2016 ..., *cit.*, p. 4.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

renouvelable³⁰¹⁴. Mais dans les faits, les acheteurs obligés, non incités, ne les utilisaient pas, conduisant *de facto* à leur perte³⁰¹⁵. Sauf que l'harmonisation par le bas du régime des garanties d'origine posait les mêmes problèmes de respect du droit communautaire que les dispositions sur le complément de rémunération, bien que le Conseil d'Etat soit catégorique sur la constitutionnalité et la conventionalité de la mesure, visant à supprimer un risque de double rémunération des producteurs d'électricité renouvelable³⁰¹⁶. Outre cette harmonisation, le projet du Gouvernement visait surtout à réduire l'offre, actuellement surabondante en France, de ces garanties afin d'augmenter leur prix et d'inciter ainsi des producteurs à se passer des aides publiques pour fonctionner sur un modèle de marché³⁰¹⁷ reposant sur la vente d'électricité, de garanties de capacité et de garanties d'origines. Mais à une valeur d'entre 0,1 et 0,3 €/MWh³⁰¹⁸, cette perspective demeure lointaine.

Après débats et modifications, les dispositions votées interdisent bien aux producteurs d'électricité renouvelable bénéficiant d'un soutien public sous forme de tarifs ou de complément de valoriser leurs garanties d'achat³⁰¹⁹. Elles suppriment aussi la disposition du Code de l'énergie prévoyant la prise en compte de ces garanties dans le calcul du complément, procédant ainsi à ce que le Sénateur Ladislas Poniatowski nomme avec ironie une « *mise en conformité* » de la loi avec le décret, « *ce qui pose question au regard du respect de la hiérarchie des normes* »³⁰²⁰. Toutefois, ce nouveau système ne devant pas gaspiller le bénéfice de ces garanties, il supprime la subrogation de l'acheteur obligé et permet à l'Etat d'exiger l'émission des garanties correspondantes à la production des installations soutenues afin de les vendre à un prix plancher³⁰²¹ pour diminuer le coût du soutien aux énergies renouvelables³⁰²². Ce nouveau régime permet également de vendre des garanties d'origine par filière de production ou origine géographique, incitant ainsi à la consommation d'énergie locale³⁰²³.

Partant d'un projet laissant craindre l'obsolescence organisée d'un outil utilisé pour sensibiliser les consommateurs au développement des énergies renouvelables, afin de promouvoir une incertaine logique de marché, les dispositions finalement adoptées après discussion devraient entraîner un triple dividende en matière de transition énergétique.

³⁰¹⁴ Assemblée nationale, Commission des affaires économiques, Rapport n° 4192 sur le projet de loi ratifiant les ordonnances n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 relative à l'autoconsommation d'électricité et n° 2016-1059 du 3 août 2016 relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables et visant à adapter certaines dispositions relatives aux réseaux d'électricité et de gaz et aux énergies renouvelables, Béatrice SANTAIS, 9 nov. 2016, Annexe, Schémas expliquant le mécanisme des garanties d'origine.

³⁰¹⁵ *Id.*, p. 42.

³⁰¹⁶ CE, 6 oct. 2016, avis n° 392061 sur un projet de loi, pt. 14.

³⁰¹⁷ Etude d'impact du projet de loi ratifiant les ordonnances n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 relative à l'autoconsommation d'électricité et n° 2016-1059 du 3 août 2016 ..., *cit.*, p. 4.

³⁰¹⁸ Sénat, Commission des affaires économiques, Rapport n° 285 sur le projet de loi ratifiant les ordonnances n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 ..., *cit.*, Ladislas PONIATOWSKI, 11 jan. 2017, p. 39.

³⁰¹⁹ C. Ener., art. L. 314-14, al. 3.

³⁰²⁰ Sénat, Commission des affaires économiques, Rapport n° 285 sur le projet de loi ratifiant les ordonnances n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 ..., *cit.*, Ladislas PONIATOWSKI, 11 jan. 2017, p. 41.

³⁰²¹ Sénat, Commission des affaires économiques, Rapport n° 285 sur le projet de loi ratifiant les ordonnances n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 ..., *cit.*, Ladislas PONIATOWSKI, 11 jan. 2017, p. 47.

³⁰²² C. Ener., art. L. 314-14-1, al. 2 et 3.

³⁰²³ C. Ener., art. L. 314-14-1, al. 3.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

D'abord, une diminution du coût pour le consommateur d'énergie du soutien aux renouvelables, ensuite, la pérennisation d'un outil de sensibilisation des consommateurs, enfin, ce dispositif est conforme avec la réglementation française et communautaire actuelle, mais surtout, une fois n'est pas coutume, est d'ores et déjà conforme aux dispositions envisagées par la Commission européenne dans sa proposition de directive énergie renouvelable pour 2020-2030³⁰²⁴.

³⁰²⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, COM (2016) 767, 23 fév. 2017, art. 19.

Conclusion du Chapitre 1^{er}

Il ressort de ce chapitre que la réglementation et le contentieux des mécanismes de soutien au développement des énergies renouvelables, largement appuyés sur ceux des aides d'Etat, présentent ce que nous pourrions nommer un instantané du droit de la transition énergétique. Il montre la lutte en cours entre droit européen et droit national, lutte à travers les directives, lignes directrices et les juges, pour l'effectivité de l'un écartant l'autre, le tout fondé sur une doctrine bien définie qui n'autorise des exceptions que temporaires. Il évoque le conflit entre centralisation et décentralisation (au sens de l'implantation géographique) des énergies et des acteurs, organisé par le droit. Il affiche les géométries variables attribuées au droit et à ses outils, pouvant servir une volonté politique forte mais pouvant aussi accroître l'insécurité juridique, si nuisible au développement des énergies renouvelables. Il est aussi le théâtre de changements majeurs, qui ont des répercussions bien au-delà du seul secteur de la transition énergétique : dilution accentuée du dualisme juridictionnel, inclusion renforcée du citoyen ou des collectivités locales à la prise de décision et surtout à la mise en œuvre de politiques qui joignent local et global, ou encore, expansion peut-être, demain, du principe de non-régression environnementale au développement des énergies renouvelables. Enfin, il expose tant le pouvoir et la nécessité du droit (ici, de la transition énergétique) pour changer la société qu'il reconnaît que le droit, seul, ne peut pas tout.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Chapitre 2nd :

La construction d'un droit de la transition énergétique par et pour les citoyens

Dans ce chapitre, ce sont les citoyens qui seront au centre de nos attentions, soit directement, soit indirectement par le biais de leur émanation institutionnelle la plus locale : les collectivités territoriales (et en particulier à l'échelon communal et intercommunal). Si nous traiterons des moyens d'action des collectivités territoriales, c'est en complément et non en répétition du chapitre 1, titre 2, partie 2, concentré sur leurs compétences, en particulier de planification. Il sera ici question de leurs outils extérieurs ou parallèles à leurs pouvoirs de réglementation locale, à savoir les outils financiers mis à leur disposition de manière croissante notamment par le droit de la transition énergétique. La section qui suit s'entend alors mieux après avoir vus les chapitres précédents, étant très liée à l'essor des énergies renouvelables.

Si nous parlons de citoyens, il est alors nécessaire d'en définir le sens. L'étymologie du terme « *citoyen* » vient du latin *civis*, « *celui qui a le droit de cité* », celui qui peut donc participer aux débats de la communauté (nationale ou locale) et les influencer. C'est d'ailleurs ce que rappelle Marianne Moliner-Dubost à propos de la citoyenneté environnementale lorsqu'elle évoque les trois dimensions de la citoyenneté : « *statut juridique, [...] sentiment d'attachement à une communauté, [et] participation active à la vie de la cité* »³⁰²⁵. Cette acception correspond et renforce la « *dimension plus politique autour des questions de gouvernance* » progressivement intégrée dans les débats sur la transition énergétique, « *[t]raditionnellement très ancrés dans le registre technico-économique* »³⁰²⁶. Cette évolution accentue alors la spécificité du droit de la transition énergétique, un droit d'origine technique (au sens où il traite de problématiques techniques) à la recherche de racines davantage théoriques voire philosophiques.

Ce droit en construction s'efforce de permettre aux citoyens d'investir de manière croissante dans les projets d'énergie renouvelable se développant sur leur territoire ou à proximité, ce qui entraîne par ailleurs un besoin nouveau de définition de la notion et de la délimitation du territoire. C'est également un droit pour les citoyens lorsque se pose la question d'en faire un droit-créance ou d'utiliser un droit-créance à la finalité commune pour en renforcer les ambitions et l'application. Il devient alors un droit modelé par les citoyens car l'usage de leur capacité d'ester en justice est dans ce cas proclamée et en principe garantie. Enfin, ce droit construit par les citoyens se reflète également dans le développement de la théorie de la justice climatique et de son contentieux en pleine croissance, permettant aux citoyens d'aiguillonner leurs Etats dans la lutte contre le changement climatique. Lutte traduite notamment par le droit de la transition énergétique qui ne doit pour autant se concrétiser par l'ignorance d'un concept récent : la justice énergétique.

³⁰²⁵ Marianne MOLINER-DUBOST, « La citoyenneté environnementale », *AJDA*, 2016, p. 646.

³⁰²⁶ Andreas RÜDINGER, « La transition énergétique par tous et pour tous : quel potentiel d'hybridation pour les projets d'énergies renouvelables ? », *IDDRI*, mars 2016, p. 5.

Section 1 :

**Le développement d'outils juridiques pour satisfaire la volonté croissante
d'appropriation des projets d'énergie renouvelable
par les collectivités territoriales et les citoyens**

Selon Bernadette Le Baut-Ferrarese, « [l']intervention de la puissance publique au niveau local est l'autre facette du soutien économique public au secteur des énergies renouvelables »³⁰²⁷. Au soutien financier de l'Etat au développement des énergies renouvelables, vu dans le chapitre précédent, peut en effet s'ajouter une intervention économique d'un autre type au niveau local, notamment en vue de faciliter l'acceptation des installations envisagées et permettant de prendre part à la gouvernance du projet considéré. Partant, deux acteurs sont à prendre en considération : les collectivités territoriales et les citoyens.

L'intégration des collectivités à ces projets est somme toute logique, étant donné leur nature décentralisée³⁰²⁸, mais aussi leur implication séculaire dans la politique énergétique française³⁰²⁹. Ces éléments, en outre, participent du questionnement de l'évolution du rôle de l'Etat, miroir de l'évolution parallèle du rôle des collectivités. L'investissement citoyen est aussi recherché dans le cadre des projets participatifs. Cette formulation recouvre l'investissement financier de personnes physiques résidant préférentiellement à proximité du site de projet (la loi de transition énergétique, en son article 111, se concentre sur cet aspect financier), mais est également censée intégrer ces dernières à la gouvernance dudit projet (ce qui n'est pas abordé par la loi). Cette définition en creux, qui sera approfondie de quelques exemples pratiques français et étrangers, renvoie à la définition du terme même de citoyen vue à la page précédente lorsqu'il s'agit de prendre part aux débats de la cité, et en l'occurrence au forum local agité par la perspective d'une installation de production d'énergie renouvelable sur son territoire ou à proximité.

Ces considérations forment le socle des développements suivants portant sur la validation des pratiques antérieures de développement de projets participatifs d'énergie renouvelable que nous qualifierons d'artisanales, puis sur ses conséquences sur la théorie dite du « *socialisme municipal* » et la redéfinition de la notion de territoire.

³⁰²⁷ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Les énergies renouvelables en transition », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, oct. 2015, dossier 8, p. 5.

³⁰²⁸ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Collectivités territoriales et production d'énergie renouvelable », *JCP A*, n° 42, 24 oct. 2016, p. 2283.

³⁰²⁹ Claudie BOITEAU, Gilles LE CHATELIER, « Transition énergétique : qu'en est-il pour les collectivités ? », *AJCT*, 2015, p. 328.

I. La validation de pratiques antérieures artisanales par le droit de la transition énergétique afin de soutenir le développement des projets participatifs d'énergie renouvelable

Le droit de l'énergie ou le droit des collectivités territoriales n'ont pas attendu le droit de la transition énergétique pour développer des outils servant notamment à une intégration des collectivités territoriales et des citoyens dans les projets énergétiques, notamment renouvelables. En sus, les projets participatifs se situent à l'intersection du droit des sociétés et du droit financier³⁰³⁰, renforçant ainsi la diversité des racines du droit de la transition énergétique.

En 2013, le professeur Marcou évoquait la « *transformation profonde* [du système électrique] *sous la double influence de la politique de libéralisation et du développement des énergies renouvelables* », en concluant que « *la place des collectivités territoriales dans ce système est en train de changer, et qu'elle sera à l'avenir plus importante* »³⁰³¹. Le développement des énergies renouvelables et les « *préoccupations autour de l'autonomie des collectivités* »³⁰³², ont progressivement amené le législateur, *via* son œuvre de création d'un droit de la transition énergétique, à passer d'outils génériques imposant un certain amateurisme des montages financiers participatifs à la recherche d'une plus grande symbiose d'action entre les collectivités territoriales, « *le privé, les entreprises [et] les citoyens* » pour le financement de ladite transition³⁰³³. Les paragraphes suivants traiteront alors des projets participatifs d'énergie renouvelable avant et après les lois de transition énergétique.

A) Les énergies renouvelables participatives avant la transition énergétique, un système juridique artisanal

L'aspect participatif des énergies renouvelables concerne tant les collectivités territoriales que les citoyens, par leur qualité d'acteurs locaux. Les communes et EPCI sont des organisations « *naturelles* » à intégrer à un projet participatif, du fait de leur connaissance du territoire et de leur potentielle (mais pas automatique) proximité des citoyens. Elles sont souvent la porte d'entrée à l'intégration de ces derniers dans de tels projets, davantage confiants lorsque les élus locaux ont décidé d'investir et d'engager les deniers publics dans

³⁰³⁰ ADEME, « Les projets de production d'énergies renouvelables participatifs : une dynamique émergente à soutenir », ADEME & VOUS, La lettre stratégie, n° 50, déc. 2016, p. 5.

³⁰³¹ Gérard MARCOU, « I. Introduction - électricité, marché unique et "transition énergétique" : les contradictions du nouveau système électrique et la place des collectivités territoriales », *Droit et gestion des collectivités territoriales - Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, GRALE, Tome 33, Le Moniteur, 2013, p. 66.

³⁰³² Benoit BOUTAUD, « XI. Les énergies renouvelables, énergies des collectivités territoriales ? », *Droit et gestion des collectivités territoriales - Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, cit., 2013, p. 195.

³⁰³³ Sylvie JOUBERT, « La réorientation des investissements locaux : l'investissement Environnemental », *Revue française de finances publiques*, n° 137, 1^{er} fév. 2017, p. 128.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

un projet d'énergie renouvelable. Dans les deux cas, avant les lois de transition énergétique et surtout la loi principale sur le sujet d'août 2015, leur participation relevait d'une nécessaire adaptation, parfois imaginative, d'un droit souvent inadapté.

- 1) La participation des collectivités territoriales aux projets d'énergie renouvelable, l'utilisation imaginative des outils mis à disposition par le législateur

Comme le souligne Sylvie Joubert, « [l]es collectivités territoriales sont plus que directement concernées étant les échelles, les lieux concrets de réalisation de la pollution urbaine ou des épisodes climatiques extrêmes »³⁰³⁴. Elles ont donc, fût-ce à leur corps défendant, « une place clef dans la transition écologique et énergétique »³⁰³⁵. Heureusement pour elles, elles sont « les premiers investisseurs publics »³⁰³⁶, ce qui leur octroie des leviers importants afin de tenter de réduire les périls qui les menacent ou d'organiser la résilience de leurs territoires. Leur inclusion dans le développement des énergies renouvelables décentralisées (au sens de disséminées territorialement), par des méthodes répondant aux canons des outils juridiques à leur disposition ou par des montages plus imaginatifs, fait partie de ces actions.

- a) L'usage au pied de la lettre des outils juridiques disponibles

Avant 2012 et la consécration du vocable de transition énergétique, il n'existait pas d'outil à la disposition des collectivités territoriales spécifiquement dédié au développement, au financement ou à l'exploitation d'installation de production d'électricité à partir d'énergie renouvelable, ou permettant d'en prendre une part dans un projet privé, susceptible d'être assez flexible pour s'adapter à tous les calendriers et à toutes les bourses (publiques). Au contraire, les outils disponibles avaient chacun leurs spécificités qui pouvaient ou non s'adapter au contexte et aux options locales. Les principaux que nous allons évoquer sont au nombre de quatre : la régie, la SCIC, la SPL et la SEM.

En premier lieu, les régies locales (communales ou intercommunales) d'électricité, composantes des entreprises locales de distribution (ELD)³⁰³⁷, dont le régime a été fixé par le décret-loi du 28 décembre 1926³⁰³⁸, sont aujourd'hui celles qui ont échappé à la nationalisation de 1946 par la grâce de l'article 23 de la loi du 8 avril de cette même année³⁰³⁹. Partant, une régie de distribution d'électricité existante, bras armé du conseil municipal ou du syndicat intercommunal responsable³⁰⁴⁰, peut avoir vocation à investir dans un projet d'énergie renouvelable, et ainsi réinvestir les bénéfices localement. L'exemple de la régie communale de Montdidier est bien connu. Une régie de distribution et de fourniture d'électricité qui a dans les années 2000 diversifié son activité en s'engageant dans la

³⁰³⁴ *Id.*, p. 124.

³⁰³⁵ *Id.*, p. 124.

³⁰³⁶ *Id.*, p. 125.

³⁰³⁷ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2, II) B) 1).

³⁰³⁸ Décret-loi du 28 décembre 1926 - Loi relatif aux régies municipales réglementant le fonctionnement des entreprises exploitées par les communes ou dans lesquelles elles ont une participation financière.

³⁰³⁹ Loi n° 46-628 du 8 Avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

³⁰⁴⁰ CGCT, art. L. 2221-3, L. 2221-10 et L. 2221-13.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

production d'électricité (éolienne et PV) et de chaleur³⁰⁴¹ (bois-énergie), au profit notamment d'un programme local de maîtrise de l'énergie³⁰⁴². Le problème de cet outil est qu'il n'est pas possible de créer de nouvelle régie.

En second lieu, les sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC) représentent une option davantage militante qu'intéressée financièrement et plafonnée en part du capital pour les collectivités. Organisée par les articles 19 quinquies à 19 quindecies de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, elle revêt la forme d'un type de société classique : la société anonyme (SA), la société à responsabilité limitée (SARL) et la société par actions simplifiée (SAS) depuis 2014³⁰⁴³. Son essence coopérative sans fin de lucre repose sur le principe d'un associé, un vote³⁰⁴⁴, sur son objet social visant « *la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale* »³⁰⁴⁵ et enfin sur ses règles de gestion financière concernant la mise en réserve et les dividendes³⁰⁴⁶. Jusqu'à 2014, les collectivités territoriales étaient limitées à un plafond en parts du capital de 20%, augmenté depuis à 50%³⁰⁴⁷. Si ce modèle de société (dans les deux sens du terme), est utilisé dans certains projets PV, bois-énergie ou biomasse-énergie, voire éolien, elle ne rencontrera pas, du fait de ses caractéristiques intrinsèques, un succès de grande ampleur. Elle aurait pourtant du potentiel, à condition d'être adaptée et simplifiée, comme cela a été fait en Allemagne³⁰⁴⁸.

En troisième lieu, dans la catégorie des entreprises publiques locales (EPL), nous traiterons plus avant de la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP), du fait de sa création récente. La société publique locale (SPL), en revanche, date de 2010³⁰⁴⁹, et selon les mots de la professeure Boiteau, représente « [l']*expression paroxystique* » du mouvement de recours par la personne publique au modèle de société commerciale pour influencer sur l'économie locale par le biais d'une gestion privée de l'intérêt général³⁰⁵⁰. Son intérêt principal se trouve

³⁰⁴¹ Régie communale de Montdidier, « Une Chaufferie bois alimente un réseau de chaleur », *regiecommunaledemontdidier.fr*, consulté le 17 mai 2017 [http://www.regiecommunaledemontdidier.fr/tpl/std_rubrique.php?docid=6654&idSess=19366214ED6087168BC268738831D123].

³⁰⁴² Régie communale de Montdidier, « Des éoliennes pour la Ville de Montdidier », *regiecommunaledemontdidier.fr*, consulté le 17 mai 2017, [http://www.regiecommunaledemontdidier.fr/tpl/std_rubrique.php?docid=6628&idSess=AFE95AFB0FAC1F0C38FD80E13E485319].

³⁰⁴³ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 33.

³⁰⁴⁴ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 19 octies, al. 1.

³⁰⁴⁵ *Id.*, art. 19 quinquies, al. 2.

³⁰⁴⁶ *Id.*, art. 19 nonies, al. 1. Cf. également, ADEME, « Etude du cadre législatif et réglementaire applicable au financement participatif des énergies renouvelables », déc. 2015, p. 12.

³⁰⁴⁷ *Id.*, art. 19, septies, modifié par la Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 33.

³⁰⁴⁸ Noémie POIZE, Andreas RÜDINGER, « Projets citoyens pour la production d'énergie renouvelable : une comparaison France-Allemagne », IDDRI, jan. 2014, pp. 10 – 11.

³⁰⁴⁹ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales.

³⁰⁵⁰ Claudie BOITEAU, « Les entreprises liées aux personnes publiques », *RFDA*, 2017, p. 59.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

certainement dans le *in-house* selon le droit communautaire, ou « *quasi-régie* »³⁰⁵¹, permettant aux collectivités territoriales concernées de recourir à ses services sans mise en concurrence³⁰⁵². Cette société aux capitaux détenus à 100% par les collectivités territoriales et leurs groupements³⁰⁵³, véritable « *partenariat public/public* » comme le souligne Nathalie Laval-Mader³⁰⁵⁴, a pour objet de réaliser des opérations d'aménagement, de construction, d'exploitation de services publics à caractère industriel ou commercial, « *ou toutes autres activités d'intérêt général* »³⁰⁵⁵. La SPL, par son objet large et sa gestion « *managériale* », signe de l'évolution parallèle de l'action publique étatique et locale dans l'économie³⁰⁵⁶, peut sembler tout à fait adaptée à une implication croissante des collectivités dans le développement des énergies renouvelables. L'exemple de la SPL Ouest Normandie Energies Marines³⁰⁵⁷ (ONEM) paraît ouvrir la voie. Et pourtant, du fait de la nécessité de moyens importants dans un contexte budgétaire difficile pour créer une SPL ainsi que du besoin d'expertise en matière d'énergie renouvelable, cette solution n'a pas connu l'essor que certains lui prédisaient³⁰⁵⁸.

En quatrième et dernier lieu, le mécanisme qui retiendra le plus notre attention, la société d'économie mixte locale (SEM), constituée pour remplir la même liste d'objets sociaux que la SPL³⁰⁵⁹, se différencie de cette dernière par la répartition de son capital. Les collectivités et leurs groupements doivent en effet détenir entre 50% + une part et 85% du capital, le reste devant être propriété d'un ou plusieurs partenaires privés³⁰⁶⁰. Ce mécanisme est celui qui suscite « *le plus d'intérêt* » dans le domaine de l'action des collectivités sur l'énergie³⁰⁶¹. Plusieurs exemples à différents échelons éclairent ce point : la SEM POSIT'IF de la région Ile-de-France permet ainsi aux personnes publiques locales partenaires de « *renforcer la maîtrise publique [de projets d'énergie renouvelable] afin, d'une part, de les mettre en cohérence avec les objectifs de développement local [...] et, d'autre part, maximiser les retours économiques au bénéfice du territoire et de ses habitants* »³⁰⁶² ; la SEM Nièvre Energies, du syndicat intercommunal d'énergie local, permet de développer ou d'acquérir des

³⁰⁵¹ Cf. l'article très étayé d'Anne-Charlène BEZZINA, « Plaidoyer en faveur de la relation *in house* », *Rev. UE*, 2014, pp. 39s. ; pour un article récent concernant le *in-house* et les SEML, cf. Jean-François SESTIER, « SEML et *in house* : le désordre ? », *AJDA*, 2017, pp. 262s.

³⁰⁵² Gabriel ECKERT, « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *AJDA*, 2014, p. 1941.

³⁰⁵³ *CGCT*, art L. 1531-1, al. 1.

³⁰⁵⁴ Nathalie LAVAL-MADER, « La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative », *RFDA*, 2012, p. 1092.

³⁰⁵⁵ *CGCT*, art L. 1531-1, al. 2.

³⁰⁵⁶ Nathalie LAVAL-MADER, « La société publique locale, ... », *cit.*, 2012, p. 1093.

³⁰⁵⁷ Cf. [<http://www.ouest-normandie-energies-marines.fr/>]

³⁰⁵⁸ Adrien FOURMON, « Le recours aux sociétés publiques locales (SPL) comme nouvel instrument du développement des énergies renouvelables pour les collectivités », *Gazette du Palais*, n° 268, 25 sept. 2010, pp. 34 – 39.

³⁰⁵⁹ *CGCT*, art L. 1521-1, al. 1.

³⁰⁶⁰ *CGCT*, art L. 1522-1, al. 4 et L. 1522-2.

³⁰⁶¹ Benoit BOUTAUD, « XI. Les énergies renouvelables, ... », *Droit et gestion des collectivités territoriales - Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, *cit.*, 2013, p. 198.

³⁰⁶² Fleur JOURDAN, « Une société d'économie mixte pour favoriser la transition énergétique en Île-de-France », *JCP A*, n° 12, 26 Mars 2012, act. 197, p. 3.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

projets éoliens, solaires ou de méthanisation³⁰⁶³ ; enfin, la SEM SODEGER Haut Lorraine agit à l'échelle d'une intercommunalité de Meurthe-et-Moselle, afin de développer des projets éoliens en partenariat avec un énergéticien privé³⁰⁶⁴.

Le point commun entre l'ensemble de ces formes d'inclusion des collectivités territoriales dans le développement des énergies renouvelables et donc dans l'action concrète pour la transition énergétique est la satisfaction d'un intérêt général, ou collectif (dans le cas de la SCIC). Or, si pour M^e Fourmon « *il ne fait nul doute que le développement des énergies renouvelables répond à [la] finalité [de] la satisfaction de l'intérêt général* »³⁰⁶⁵, nous avons vu dans des développements antérieurs que cette notion méritait une analyse jurisprudentielle détaillée³⁰⁶⁶.

Enfin, s'agissant de ces outils, en cours de diversification pour s'adapter aux nouveaux modes de gestion de l'intérêt général et de l'économie locale, la doctrine parlera tantôt de « *décentralisation "partenariale" ou "coopérative"* »³⁰⁶⁷, tantôt de « *sociétisation de l'action publique* »³⁰⁶⁸ par un « *alignement sur les techniques et la pratique du droit des affaires* »³⁰⁶⁹. La notion de décentralisation s'émancipe ici de la seule dimension accroissement des compétences pour recouvrir la question des moyens concrets d'une action locale volontaire. En intégrant ces outils et leur philosophie sous-jacente, le droit et la pratique de la transition énergétique participent alors non seulement du mouvement de décentralisation hexagonal au long cours mais encore de cette hybridation public/privé, et citoyen/énergéticien de la société³⁰⁷⁰.

b) L'utilisation imaginative des outils existants en attendant la modification du droit

Bien que différents outils existent pour permettre aux collectivités territoriales de prendre part au développement et/ou percevoir une part plus importante des revenus de l'installation concernée, leur usage peut se révéler limité. La SEM, le principal outil, exige toujours au moins la majorité du capital entre les mains des parties publiques. Or, soit les partenaires publics décident d'investir tôt dans le projet, lorsque les sommes restent relativement peu élevées (quelques dizaines de milliers d'euros) mais le risque est alors grand de réaliser ces investissements en pure perte si le projet ne voit pas le jour. Cela engage donc la responsabilité politique des élus, quant à leur gestion des deniers publics. Soit les collectivités

³⁰⁶³ Energie Partagée, « Les collectivités territoriales, parties prenantes des projets participatifs et citoyens d'énergie renouvelable », jan. 2017, pp. 58 – 59.

³⁰⁶⁴ SODEGER Haut Lorraine, « Présentation de la société », consulté le 17 mai 2017 [<http://www.enr-sodeger.com/presentation.html>].

³⁰⁶⁵ Adrien FOURMON, « Le recours aux sociétés publiques locales ... », *cit.*, 25 sept. 2010, p. 38.

³⁰⁶⁶ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) B) 1) b).

³⁰⁶⁷ Nathalie LAVAL-MADER, « La société publique locale, ... », *cit.*, 2012, p. 1092.

³⁰⁶⁸ Fabien HOFFMANN, « Les personnes publiques actionnaires », *Droit des sociétés*, mars 2016, dossier 3, p. 1.

³⁰⁶⁹ Charles VAUTROT-SCHWARZ, « La gouvernance et les opérations sur le capital des sociétés à participation publique : un espoir déçu », *AJDA*, 2015, p. 2200.

³⁰⁷⁰ Pour rappel, du fait de l'émergence des réseaux intelligents, le consommateur tend à devenir aussi producteur d'électricité. Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 2, I) B).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

prennent le contrôle du projet une fois autorisé et donc « dérisqué »³⁰⁷¹, mais les sommes à pourvoir sont alors beaucoup plus importantes³⁰⁷² et donc souvent hors de portée des communes petites et moyennes concernées par ces projets, surtout en matière d'éolien.

Une solution existe alors mais qui joue avec la lettre de la réglementation au risque d'en dénaturer l'esprit. L'ADEME l'explique dans les lignes ci-dessous :

« Lorsque les collectivités souhaitent s'impliquer financièrement dans le projet ENR mais que la société de projet envisagée n'accepte que des capitaux privés (SAS ou SARL), la participation de la collectivité au capital d'une SEM qui capitalise ensuite la société de projet est une solution qui permet de faire participer, quoiqu'indirectement la collectivité. Cette solution a souvent été choisie dans les projets existants, car c'est l'unique possibilité de participation offerte à la collectivité lorsque le projet n'est pas directement porté par une SEM ou une SCIC. Rappelons cependant qu'il n'est pas possible pour une collectivité de créer une SEM dans le seul but de la faire intervenir dans une société fille ; la SEM doit avoir un objet propre. Les montages qui intègrent des SEM de cette façon se font en général avec des SEM souvent déjà ancrées localement sur le territoire du projet »³⁰⁷³.

Dans le cas d'une société de projet revêtant la forme d'une SAS, le modèle le plus courant dans les énergies renouvelables³⁰⁷⁴, celle-ci devient alors une *holding* dont la SEM prend des parts. Ainsi, si les collectivités ne peuvent acquérir que 20% du total du projet, la SEM dont elles détiennent 50% + une part, devra acquérir 40% du projet. Cette solution ne serait pas possible avec un projet porté directement par la SEM.

Si ce mécanisme permet de flexibiliser le système et d'intégrer plus aisément des partenaires publics au développement des énergies renouvelables, il peut toutefois soulever des doutes au sens où au final, la partie publique n'aura pas la majorité du capital et donc la garantie de la maîtrise du projet puis de l'installation qu'est censée prévoir la SEM. Plus encore, ainsi que le rappelle le professeur Clamour, « [l]es prises de participations de collectivités territoriales au capital de sociétés commerciales reposent sur un principe d'interdiction forgé dans le but de protéger ces personnes publiques "contre les engagements financiers qu'elles ne pourraient assumer sans se trouver elles-mêmes en difficulté" »³⁰⁷⁵. Dans les faits, les actionnaires publiques se retrouvent minoritaires dans un tel mécanisme. Si la possibilité existe de signer des chartes engageant la partie privée à élaborer et gérer le parc en prenant en compte voire requérant la validation des collectivités et de leurs groupements, cela reste un outil de droit souple³⁰⁷⁶.

³⁰⁷¹ La faisabilité du projet a été vérifiée, il a reçu une autorisation et en règle générale le délai de recours est purgé. Il n'y a alors que très peu de risque que le projet ne se réalise.

³⁰⁷² Energie Partagée, « Les collectivités territoriales, ... », *cit.*, jan. 2017, p. 39.

³⁰⁷³ ADEME, « Etude du cadre législatif et réglementaire ... », *cit.*, déc. 2015, p. 17.

³⁰⁷⁴ *Id.*, p. 11.

³⁰⁷⁵ Guylain CLAMOUR, « Les prises de participations régionales au capital de sociétés commerciales pour la mise en œuvre du SRDEII », *Contrats et Marchés publics*, n° 8-9, août 2016, comm. 192, p. 3.

³⁰⁷⁶ Cf. pour les outils de droit souple dans la transition énergétique, Partie 1, titre 2, chap. 2, section 2, I) B).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Cette méthode artisanale, si elle présente donc certains aspects pratiques, n'est pas exempte de risques. Il ne faudrait pas qu'un ou plusieurs projets s'achevant en fiascos viennent alors décourager l'inclusion grandissante des collectivités dans les projets d'énergie renouvelable et dans la transition énergétique. La tâche du droit de ladite transition est alors d'accroître la sécurité juridique et la flexibilité des montages ouverts à ces acteurs.

2) La participation des citoyens aux projets d'énergie renouvelable, usages d'un droit inadapté

La participation directe des citoyens aux projets d'énergie renouvelable commence à émerger en France depuis le début des années 2000³⁰⁷⁷ mais reste incomparable avec les réalisations allemandes ou danoises. Outre-Rhin, 40% des installations d'énergie renouvelable électrique mises en service entre 2000 et 2010 sont détenues par des citoyens et 11% par des agriculteurs³⁰⁷⁸. Plus de la moitié n'est donc pas en possession des acteurs prédominants du marché des énergies renouvelables en France, à savoir les institutions financières (banques et fonds de placement) ou les énergéticiens. L'accès au financement facilité et la flexibilité de la société coopérative dédiée n'y sont pas pour rien en Allemagne³⁰⁷⁹, au contraire de la France, où le financement citoyen revient souvent plus cher en termes de taux d'intérêt pour les investisseurs, quand les banques acceptent de le financer³⁰⁸⁰. Au Danemark, l'obligation de proposer 20% du capital du projet aux riverains a également renforcé un marché participatif des énergies renouvelables déjà développé³⁰⁸¹. En comparaison, les projets éoliens intégrant un financement citoyen (mais certainement pas majoritaire dans la plupart des cas) dans l'hexagone ne représentaient que 3% de la puissance installée totale en 2016 et 0,7% dans le cas du PV³⁰⁸². D'importants progrès sont donc encore à réaliser dans ce domaine, en adaptant notamment le droit. Nous nous concentrerons ici sur le régime juridique qui a tout de même permis d'atteindre ces quelques pourcents avant l'édiction des lois participant de la transition énergétique.

« Avant la LTECV, les citoyens pouvaient déjà investir et s'investir dans les projets de production d'énergie renouvelable en devenant actionnaire d'une SAS ou d'une SCIC, directement ou en se regroupant dans des clubs d'investissement, notamment les clubs d'investisseurs pour une gestion alternative et locale de l'épargne solidaire ("CIGALES"), ou via des outils financiers du type Énergie Partagée Investissement »³⁰⁸³.

Cette affirmation montre qu'il y avait déjà des possibilités d'intégrer les citoyens, et préférentiellement les riverains du projet, dans des projets d'énergie renouvelable, soit en les

³⁰⁷⁷ ADEME, « Les projets de production d'énergies renouvelables participatifs ... », *cit.*, déc. 2016, pp. 4 – 5.

³⁰⁷⁸ *Id.*, p. 4.

³⁰⁷⁹ Noémie POIZE, Andreas RÜDINGER, « Projets citoyens ... », *cit.*, jan. 2014, p. 16.

³⁰⁸⁰ *Ibid.*

³⁰⁸¹ Énergie Partagée, « Les collectivités territoriales, ... », *cit.*, jan. 2017, p. 25.

³⁰⁸² ADEME, « Les projets de production d'énergies renouvelables participatifs ... », *cit.*, déc. 2016, p. 5. A noter que ces chiffres, datant d'après l'adoption des lois de transition énergétique, restent valables en l'espèce, étant donné que les nouveaux montages possibles mèneront à des réalisations dans les années à venir, et non immédiatement.

³⁰⁸³ Énergie Partagée, « Les collectivités territoriales, ... », *cit.*, jan. 2017, p. 26.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

faisant entrer au capital de la société de projet, soit par un intermédiaire, comme les CIGALES ou Energie Partagée. Il est cependant plus approprié de séparer les différentes modalités d'investissement citoyen en ce qu'ils constituent des apports en fonds propres au capital ou des apports en dette. En effet, ces derniers n'ouvrent pas la gouvernance aux financeurs. L'apport en capital, selon son type, peut permettre quant à lui un pouvoir de décision dans la réalisation du projet³⁰⁸⁴. Les apports au capital directement par les citoyens sont rares, beaucoup plus souvent, pour faciliter la gestion et diminuer le nombre d'associés dans les sociétés de projet, il est plus aisé de passer par une structure intermédiaire³⁰⁸⁵. Dans les lignes qui suivent, nous traiterons des contraintes de la réglementation pour l'intégration des citoyens avant d'évoquer un des véhicules juridiques utilisés pour ce type de projet.

L'Offre au public de titres financiers (OPTF), successeuse de l'appel public à l'épargne³⁰⁸⁶, « est la principale réglementation qui a contraint le développement des premiers projets participatifs de production d'ENR »³⁰⁸⁷. C'est une formalité de communication de l'offre faite au public, régie par les articles L. 411-1 et suivants du Code monétaire et financier, ainsi que par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF). Elle est obligatoire afin de garantir une information appropriée aux potentiels investisseurs intéressés, mais « relève d'un processus assez long et coûteux »³⁰⁸⁸, donc peu adapté à des projets portés par des sociétés de petite taille ou par des citoyens. Des exemptions existent, financières ou en fonction du nombre d'investisseurs sollicités. Toutefois, celles concernant le montant des titres offerts ne s'appliquaient pas, jusqu'à 2016, aux SAS³⁰⁸⁹, excluant donc la forme principale de société de projet dans les énergies renouvelables. Restait alors l'exemption sur la nature des investisseurs. Si l'offre est proposée à moins de 100 actionnaires (plafond relevé à 150 depuis 2012³⁰⁹⁰) et totalise moins de 20% du capital social, l'OPTF devient une offre de placement privé, non tenue à l'émission d'un prospectus visé par l'AMF³⁰⁹¹. C'est cette dernière modalité qui a été retenue pour le parc éolien *Le Haut des Ailes* de la société Erelia, mis en exploitation en 2005 et dont la SAS de projet rassemble 98 actionnaires détenant ensemble 10% du capital de l'installation³⁰⁹². Ce mécanisme mis en place sur ce parc et sur deux autres de la même société a permis de favoriser l'acceptation locale et éviter les recours

³⁰⁸⁴ ADEME, « Les projets de production d'énergies renouvelables participatifs ... », *cit.*, déc. 2016, p. 3, encadré 1.

³⁰⁸⁵ ADEME, « Etude du cadre législatif et réglementaire ... », *cit.*, déc. 2015, pp. 16 – 17.

³⁰⁸⁶ *Id.*, p. 28.

³⁰⁸⁷ *Id.*, p. 28.

³⁰⁸⁸ *Id.*, p. 28.

³⁰⁸⁹ *Id.*, p. 28.

³⁰⁹⁰ *Id.*, p. 29. Suite à la mise en conformité avec la directive 2010/73/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 modifiant la directive 2003/71/CE concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et la directive 2004/109/CE sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé.

³⁰⁹¹ ADEME, « Les projets de production d'énergies renouvelables participatifs ... », *cit.*, déc. 2016, p. 7, fig. 2.

³⁰⁹² Floriane DECHAMP, *La construction de l'acceptabilité sociale des parcs éoliens terrestres en France – L'analyse d'une stratégie de communication d'une entreprise*, Université de Lorraine, 2014, pp. 222 – 223.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

en justice³⁰⁹³. Il a été cité comme modèle dans le rapport parlementaire dit Ollier de 2010, pourtant hostile aux éoliennes³⁰⁹⁴.

Lorsque les citoyens ne prennent pas directement des parts de la société de projet, ils peuvent se réunir en Clubs d'Investisseurs pour une Gestion Alternative et Locale de l'Épargne Solidaire (CIGALES). Composés de 5 à 20 personnes physiques pour une durée de 5 ans renouvelable une fois³⁰⁹⁵, ces clubs sont constitués sous la forme d'une convention d'indivision en application de l'article 1873-1 du Code civil. Ils visent à investir localement l'épargne de ses membres, en prenant en compte des aspects de solidarité notamment³⁰⁹⁶. Ce n'est pas uniquement une structure à but lucratif. Ce véhicule de financement a notamment été utilisé pour le parc éolien de Béganne, un modèle de parc citoyen en France³⁰⁹⁷. Le problème de cet outil est qu'il exige d'en créer de nombreux pour arriver à des sommes conséquentes, chaque personne ne pouvant prendre des parts que dans un seul club à la fois et le montant total que les membres peuvent individuellement apporter à leur club est limité à 450 €/mois³⁰⁹⁸, soit un total maximum d'un peu plus de 100 000 € collectés sur une année pleine. Pour des projets éoliens avec des besoins en investissement de plusieurs millions d'euros (en fonds propres, avant emprunt), le temps de constitution des CIGALES et de leur gestion est important et nécessite une forte présence de terrain. Un outil bien adapté à des projets portés localement donc, mais peu attractifs pour des développeurs privés souhaitant intégrer les citoyens.

Il ressort donc de ces éléments que le droit d'avant le droit de la transition énergétique disposait d'outils insuffisamment simples et souples pour être appropriés par les développeurs éoliens privés ou citoyens. Il se devait donc d'être adapté au mouvement d'émancipation des citoyens, ne se contentant plus de consommer et parfois d'autoproduire leur électricité, mais souhaitant également s'investir dans les installations industrielles de production d'électricité prenant place dans leur environnement proche. Il faut toutefois avertir d'un risque pernicieux lié à ce développement. Sous ses atours de distribution plus juste des retombées économique d'une ressource naturelle, le financement citoyen risque de reproduire les inégalités existantes³⁰⁹⁹. En effet, tous les riverains d'un projet et même à l'échelle nationale, tous les citoyens, ne peuvent se permettre d'acquérir des parts d'un projet. Cette option souvent alléchante au vu de sa sécurité et de ses revenus supérieurs à ceux offerts par les principaux produits de placement bancaires³¹⁰⁰, ne profitera donc qu'aux personnes dans

³⁰⁹³ *Id.*, p. 226.

³⁰⁹⁴ Assemblée nationale, Mission d'information commune, Rapport n° 2398 sur l'énergie éolienne, Franck REYNIER, 31 mars 2010, p. 82.

³⁰⁹⁵ ADEME, « Etude du cadre législatif et réglementaire ... », *cit.*, déc. 2015, p. 18.

³⁰⁹⁶ *Id.*, p. 18.

³⁰⁹⁷ *Id.*, p. 35.

³⁰⁹⁸ FINANSOL, « Les épargnants solidaires », 2014, p. 54 [https://www.finansol.org/_dwl/etude-epargnants-solidaires.pdf].

³⁰⁹⁹ Cf. Guillaume CHRISTEN, Philippe HAMMAN, « Des inégalités d'appropriation des enjeux énergétiques territoriaux? Analyse sociologique d'un instrument coopératif autour de l'éolien "citoyen" », *VertigO*, vol. 14, n° 3, 2014, pp. 1 – 20.

³¹⁰⁰ Bien qu'en général nous trouvions des rémunérations allant de 3 à 5%, sur le parc du Haut des Ailes, le taux d'intérêt offert était de 7%. Cf. Floriane DECHAMP, *La construction de l'acceptabilité sociale des parcs*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

des situations déjà aisées. Il est donc primordial de trouver le bon équilibre entre retombées collectives, par le biais des collectivités territoriales et finançant des équipements publics par exemple, et retombées directement aux citoyens³¹⁰¹. C'était et cela reste, même après l'adoption des lois de transition énergétique, un angle mort de l'investissement participatif.

B) L'ouverture et la sécurisation de la participation des collectivités et des citoyens par les lois de transition énergétique

L'article L. 100-2, alinéa 1 du Code de l'énergie, dans sa version modifiée par la loi de transition énergétique, prévoit que « *l'Etat, en cohérence avec les collectivités territoriales et leurs groupements et en mobilisant les entreprises, les associations et les citoyens* », veille à entreprendre différentes actions pour respecter la politique énergétique. Selon Pierre Sablière, « *on aurait tendance à penser que cette "cohérence" – la formule semble sans précédent – implique une co-gouvernance de l'État et des collectivités territoriales dans la mise en œuvre de la transition énergétique* »³¹⁰². Et effectivement, la différenciation réalisée entre d'une part les partenaires publics et d'autre part les partenaires privés laisse espérer un rôle plus important des collectivités territoriales et de leurs groupements dans la politique de l'énergie. Cette plus forte intégration permettrait alors dans de nombreux territoires de donner davantage de légitimité aux projets d'énergie renouvelable et une certaine assurance aux habitants³¹⁰³. Le droit de la transition énergétique, par la loi éponyme, a alors fait éclore une nouvelle ère pour les collectivités souhaitant s'investir dans les énergies renouvelables qui n'est pas sans rappeler les évolutions étatiques de ces dernières années vers des participations moins importantes mais plus stratégiques. Par la même occasion, il favorise et sécurise les acteurs du financement citoyen.

1) L'autorisation des prises de participation minoritaires des collectivités dans les sociétés commerciales : déclinaison locale du modèle de l'Etat-stratège ?

Au niveau national, pour le professeur Gabriel Eckert, l'Etat actionnaire fait depuis une décennie son retour au nom d'une « *stratégie de long terme, alliant politique industrielle et gestion du patrimoine public* »³¹⁰⁴. Et ce mouvement se réalise au travers notamment d'une multiplication des prises de participation minoritaires dans les sociétés privées. Si ce moyen d'action nécessite que l'Etat clarifie sa position quant à sa stratégie (dividendes ou maintien voire développement de l'activité industrielle ?³¹⁰⁵), il est la résultante d'une vague de production législative concernant l'action publique sur l'économie³¹⁰⁶. En ressort « *l'affirmation de la société à participation publique minoritaire* »³¹⁰⁷ tant du fait de l'Etat

éoliens terrestres en France – *L'analyse d'une stratégie de communication d'une entreprise*, Université de Lorraine, 2014, p. 229.

³¹⁰¹ Cela fait partie des questionnements de justice distributive en matière de justice énergétique, cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, II) B).

³¹⁰² Pierre SABLIERE, « La transition énergétique dans les territoires », *JCP A*, n° 42, 24 oct. 2016, p. 2280.

³¹⁰³ ADEME, « Les projets de production d'énergies renouvelables participatifs ... », *cit.*, déc. 2016, p. 8.

³¹⁰⁴ Gabriel ECKERT, « Chronique de droit public financier », *RFDA*, 2015, p. 1041.

³¹⁰⁵ Cf. également les développements de la Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, I) B) 1) b).

³¹⁰⁶ Cf. Claudie BOITEAU, « Les entreprises liées aux personnes publiques », *RFDA*, 2017, p. 57.

³¹⁰⁷ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

que des collectivités, et ce tant dans les sociétés commerciales créées à l'initiative des personnes publiques que privées.

a) SEMOP/SEMH, vers des EPL à capital public minoritaire

Dans le domaine de l'investissement participatif dans les énergies renouvelables – tout comme dans le droit de la transition énergétique en général³¹⁰⁸ –, il n'y a pas une mais des lois de transition, pour la majorité adoptées entre 2014 et 2015. C'est d'ailleurs celle du 1^{er} juillet 2014³¹⁰⁹ qui « *préfigure, au niveau local, un actionnariat public reconsidéré* »³¹¹⁰, par la création de la société d'économie mixte à opération unique. Sa particularité est d'être créée à l'initiative d'une personne publique qui détient entre 34 et 85% du capital de la société, le reste étant dévolu à une personne privée³¹¹¹. Si le professeur Eckert rappelle qu'avant la loi du 7 juillet 1983, la tradition de l'économie mixte imposait un plafond de 40% des parts en possession de l'actionnaire public, il admet néanmoins que la création de la SEMOP relève d'un « *revirement* » suivant le nouveau mode d'action de l'Etat dans l'économie et le transposant aux collectivités³¹¹². En quelques mots, la SEMOP consiste en une collectivité territoriale ou un groupement de celles-ci avec un « *actionnaire opérateur économique* », sélectionné après mise en concurrence³¹¹³. Elle est créée pour la durée de vie de l'opération et uniquement pour la réalisation de celle-ci, qui peut inclure différents objets dont le classique de l'opération d'intérêt général dans le cadre des compétences de la collectivité ou du groupement³¹¹⁴. Ses modalités permettent, *via* un actionnariat public nécessairement supérieur à la minorité de blocage, de garantir un contrôle au moins partiel de la société et de la réalisation de sa mission, tout en permettant aux personnes publiques de contracter avec sans mise en concurrence, car déjà réalisée pour la sélection du partenaire privé, lui garantissant ainsi l'exception communautaire dite du *in house*³¹¹⁵.

Bien que la SEMOP pût éventuellement être utilisée pour le développement des installations d'énergie renouvelable sur le fondement de l'intérêt général³¹¹⁶, l'article 118 de la loi de transition énergétique a créé une SEMOP *sui generis*, la SEM hydroélectrique (SEMH). Réservée à cette seule forme de production d'électricité, elle suit la logique de la SEMOP à quelques variations près. La première, et non des moindres, est que la partie publique détient entre 34 et 66% du capital (et des droits de vote), laissant donc à « *l'actionnaire opérateur* » la minorité de blocage au moins³¹¹⁷. Cette disposition correspond à la réalité, dans laquelle l'industriel opérateur d'une installation de production d'électricité descendra rarement sous le seuil de cette minorité, afin lui aussi de conserver un contrôle sur l'outil qui permet sa

³¹⁰⁸ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1.

³¹⁰⁹ Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.

³¹¹⁰ Claudie BOITEAU, « Les entreprises liées aux personnes publiques », *cit.*, 2017, p. 59.

³¹¹¹ CGCT, art. L. 1541-1, III, al. 3.

³¹¹² Gabriel ECKERT, « La SEMOP ... », *cit.*, 2014, p. 1943.

³¹¹³ CGCT, art. L. 1541-1, I, al. 1.

³¹¹⁴ CGCT, art. L. 1541-1, I, 3°.

³¹¹⁵ Gabriel ECKERT, « La SEMOP ... », *cit.*, 2014, p. 1941.

³¹¹⁶ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 1, I) A) 1) a).

³¹¹⁷ C. Ener., art L. 521-18, V, al. 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

rémunération et participe de cette « *sociétisation* » de l'action publique. La deuxième, c'est que c'est l'Etat qui crée cette société, et non une collectivité territoriale³¹¹⁸. Les collectivités riveraines d'une installation hydroélectrique et leurs groupements peuvent par la suite, « *si l'Etat approuve leur demande* », en devenir actionnaires³¹¹⁹. La portée décentralisatrice de cet outil va donc dépendre du bon vouloir de l'Etat, qui risque de vouloir garder la manne financière de l'hydroélectricité en sa possession.

Si la doctrine a pu qualifier la SEMH de « *pièce maîtresse* »³¹²⁰ parmi les nouvelles modalités d'intégration des collectivités territoriales aux projets d'énergie renouvelable, elle a surtout vu le jour afin d'enfin satisfaire aux obligations européennes d'ouverture à la concurrence de la houille blanche. L'Etat a alors essayé de s'inspirer du modèle de la Compagnie Nationale du Rhône (CNR)³¹²¹, dont le capital est détenu à majorité par la Caisse des dépôts et consignations (CDC) et les collectivités locales, et pour le reste par Engie³¹²². Mais la réalisation de cet espoir dépendra donc de lui-même.

Si les SEMOP et SEMH constituent des outils répondant à une nouvelle gestion de l'action publique économique et ouvrant de nouveaux horizons pour un développement des énergies renouvelables toujours plus intégré localement, il nous faut tout de même rappeler nos développements antérieurs, ayant mis en lumière toute les difficultés de l'Etat actionnaire majoritaire incontestable d'EDF et qui pourtant a bien du mal à garantir l'implication de cette dernière dans la transition énergétique³¹²³. Si la détention de la majorité du capital n'est pas gage de contrôle satisfaisant d'une société mixte, alors un contrôle minoritaire ne le sera certainement pas. Il faudra donc nécessairement qu'au côté des outils juridiques se développe une culture de la négociation et un apprentissage du fonctionnement des sociétés privées par les collectivités territoriales. Dans le cadre du développement partenarial de l'ensemble des énergies renouvelables, l'enjeu sera également présent suite à d'autres dispositions de la loi de transition énergétique ouvrant encore plus la possibilité d'actionnariats publics-privés.

b) La consécration de la société commerciale publique-privée *ad hoc* en matière d'énergie renouvelable

Avant la loi de transition énergétique et son article 109, étaient exclues « *sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'Etat, toutes participations d'une commune dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général* »³¹²⁴. La loi sus citée a ajouté une dérogation notoire et exclusive permettant aux communes et à leurs

³¹¹⁸ C. Ener., art L. 521-18, I, al. 1.

³¹¹⁹ C. Ener., art L. 521-18, III, al. 1.

³¹²⁰ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Les énergies renouvelables en transition », *cit.*, oct. 2015, p. 6.

³¹²¹ *Id.*, p. 8.

³¹²² CNR, « Un capital équilibré », consulté le 18 mai 2017 [<http://www.cnr.tm.fr/le-modele-cnr/qui-sommes-nous/structure-capital/>].

³¹²³ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, II) B) 1) Chapeau.

³¹²⁴ CGCT, art. L. 2253-1, al. 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

groupements³¹²⁵, aux départements³¹²⁶ et aux régions³¹²⁷ de participer au capital d'une SA ou d'une SAS « dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables »³¹²⁸. Le Code de l'énergie est mis en conformité avec ces nouvelles dispositions en permettant aux sociétés par actions et aux coopératives concernées de « proposer une part [...] aux collectivités territoriales et à leurs groupements [ou] de participer au financement du projet de production d'énergie renouvelable »³¹²⁹.

Ces dispositions changent donc complètement la donne d'avant la loi de transition pour ce qui concerne l'intégration des collectivités au capital des projets d'énergie renouvelable. Le droit de la transition énergétique se fait ici capacitateur de nouveau (il donne capacité)³¹³⁰, voire émancipateur, en ce qu'il permet aux personnes publiques infra-étatiques de prendre des parts minoritaires d'une société de projet dans le domaine spécifique des énergies renouvelables. En ne fixant ni seuil ni plafond à l'investissement des collectivités dans ce domaine, il contribue à l'émergence possible de collectivités-stratégies, détenant des parts de projets leur permettant d'obtenir des revenus supplémentaires mais aussi un potentiel contrôle de leur gouvernance, si elles disposent de voix suffisantes ou en fonction de la rédaction du pacte d'actionnaires³¹³¹. Cette manœuvre, en soumettant pleinement les collectivités et leurs élus à la logique de la société privée, représente toutefois des risques. Le risque politique d'une perte financière comme évoqué³¹³², mais également, dans certains cas un risque pénal pour les élus gestionnaires³¹³³.

Si ces éléments ouvrent donc un champ des possibles significatif pour l'action économique publique locale sur le développement des énergies renouvelables, ils sont encore marqués par des incertitudes qu'il reviendra au législateur ou au juge de clarifier. Tout d'abord, la notion d'investissement participatif, ouvrant la nouvelle section 4, chapitre IV, titre 1^{er}, livre III du Code de l'énergie, n'est pas définie juridiquement. Il n'y a pas de critère minimum non plus (pourcentage de capital ouvert, nombre et type d'acteurs autres que la personne privée à l'origine du projet). La notion de portage de projet de production d'énergie renouvelable³¹³⁴ ne l'est pas plus, alors qu'il serait utile de savoir si cela inclut le développement de projet et/ou la production d'énergie, sachant que toutes les sociétés commerciales privées de développement éolien, par exemple, ne construisent et n'exploitent pas les projets obtenus, certaines les revendant à ce moment. C'est d'autant plus préoccupant que les nouvelles

³¹²⁵ CGCT, art. L. 2253-1, al. 2. Depuis lors, la loi n° 2017-257 du 28 février 2017 relative au statut de Paris et à l'aménagement métropolitain a ajouté une autre dérogation ouvrant des possibilités accrues en matière énergie-climat mais uniquement pour la Ville de Paris.

³¹²⁶ CGCT, art. L. 3231-6.

³¹²⁷ CGCT, art. L. 4211-1, 14°. Le cas des régions diffère de celui des autres collectivités, étant reconnues en capacité d'investir dans des sociétés privées pour davantage de raisons dont la mise en œuvre du SRDEII.

³¹²⁸ Les articles incluent aussi des conditions de situation géographique de l'installation, que nous verrons dans le II) de cette section.

³¹²⁹ C. Ener., L. 314-27, I et II.

³¹³⁰ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 2, I) B) 1) b).

³¹³¹ Energie Partagée, « Les collectivités territoriales, ... », *cit.*, jan. 2017, p. 20.

³¹³² Cf. I) A) 1) b) de cette section.

³¹³³ Energie Partagée, « Les collectivités territoriales, ... », *cit.*, jan. 2017, p. 22.

³¹³⁴ C. Ener., art. L. 314-28, I.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

déroptions du CGCT mentionnent un objet social de la société privée limité à la « *production d'énergies renouvelables* ». Comme le souligne l'ADEME, que se passe-t-il si l'objet social concerne aussi le développement des énergies renouvelables ? Cette dernière précise également qu'il aurait pu être intéressant d'intégrer à cette dérogation les sociétés privées de maîtrise de l'énergie, faisant ainsi progresser l'autre versant – prioritaire³¹³⁵ – de la transition énergétique³¹³⁶. Ensuite, afin d'éviter la qualification d'aide d'Etat, la collectivité devra procéder à son investissement en vue d'une rentabilité, donc agir comme un acteur privé³¹³⁷. La jurisprudence européenne procède en effet à une analyse des motivations et des prévisions de l'investissement public au moment de sa réalisation, afin de vérifier s'il peut lui appliquer le « *critère de l'investisseur privé* »³¹³⁸. Ce critère renforce l'idée de « *sociétisation* » de l'action publique économique (à ne pas confondre avec privatisation, quoi qu'on puisse se poser la question), au sens où l'intérêt général n'apparaît pas dans les motifs de cette action. Il se transférera dans les faits au caractère d'intérêt général des dépenses publiques rendues possibles par les revenus tirés de cet actionnariat. S'agissant d'intérêt général, il est intéressant de noter que la nouvelle disposition concernant les communes, leurs groupements et les départements consiste en une dérogation à la dérogation existante permettant une entrée au capital de sociétés ayant pour objet une activité d'intérêt général. Ce point pourrait laisser penser que le législateur ne considère pas la production d'énergie renouvelable comme telle. Pourtant, l'esprit de la loi est bien orienté vers la facilitation de la participation des collectivités³¹³⁹ et attribue même le caractère de « *projet d'intérêt général, [à] un champ d'éoliennes* »³¹⁴⁰.

En somme, si « *la loi confirme et même conforte l'interventionnisme économique public de niveau local* »³¹⁴¹, « *[l]'entreprise publique locale n'est donc plus le passage obligé de l'investissement public local en faveur des énergies renouvelables* »³¹⁴². Si cette évolution n'est pas exempte de risques pour les collectivités territoriales et doit les pousser à adopter la logique du secteur privé dans leur participation au développement des énergies renouvelables, elle est porteuse d'espoirs et de progrès vers une intégration locale plus forte de ces projets, sur le modèle allemand ou danois.

Enfin, nous mentionnerons rapidement que la possibilité a aussi été ouverte pour les régies de gaz et d'électricité de créer ou d'entrer au capital de sociétés commerciales ayant pour objet

³¹³⁵ Négawatt, « Scénario négawatt 2017 - 2050 », Dossier de synthèse, p. 4 [https://negawatt.org/IMG/pdf/synthese_scenario-negawatt_2017-2050.pdf].

³¹³⁶ ADEME, « Etude du cadre législatif et réglementaire ... », *cit.*, déc. 2015, p. 37.

³¹³⁷ Energie Partagée, « Les collectivités territoriales, ... », *cit.*, jan. 2017, p. 23.

³¹³⁸ CJUE, 5 juin 2012, *Commission européenne c/ EDF*, aff. C 124/10 P, § 83 – 85. Cf. pour une analyse, Michel BAZEX, « L'intervention de l'entité publique agissant comme un investisseur avisé en économie de marché », *Droit Administratif*, n° 11, nov. 2012, comm. 88, pp. 1 – 8.

³¹³⁹ « Etude d'impact du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte (n° 2188) », 29 juil. 2014, p. 129.

³¹⁴⁰ Assemblée nationale, Commission spéciale pour l'examen du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Rapport n° 2230, tome I, Ericka BAREIGTS *et al.*, 27 sept. 2014, p. 486.

³¹⁴¹ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Collectivités territoriales et production d'énergie renouvelable », *cit.*, 24 oct. 2016, p. 2284.

³¹⁴² Gaëlle EZAN, Jérôme LEPEE, « Le régime juridique des énergies renouvelables : la première étape de la transition », *AJCT*, 2016, pp. 14 – 15.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

social la production d'énergie et n'étant pas nécessairement situées sur leur territoire³¹⁴³, renforçant ainsi ces acteurs locaux mais stérilisés par le quasi-monopole de distribution d'Enedis.

- 2) La sécurisation renforcée des acteurs du financement citoyen : donner confiance pour gagner les cœurs et les portefeuilles

Pour le professeur Thierry Granier, la finance durable se caractérise par « *la prise en compte dans l'activité financière du sociétal, des objectifs de développement durable, de l'environnement voire de l'éthique* »³¹⁴⁴. Le financement participatif, pour sa part, serait l'expression d'une « *volonté de rapprochement entre l'investisseur et l'entrepreneur* »³¹⁴⁵. Toujours selon le même auteur, les deux concepts sont compatibles car leurs philosophies respectives le sont³¹⁴⁶. Donc, le développement des énergies renouvelables, qui répond directement aux Objectifs de développement durable (ODD) 7 et 13 tout en concourant à l'atteinte de nombreux autres (3, 8, 9, 11, 12, 15, 16)³¹⁴⁷, serait naturellement disposé, par sa finalité mais aussi par son caractère décentralisé à être financé de manière participative.

La révolution numérique ayant permis de créer des plateformes de financement participatif en ligne, certaines se sont dédiées au financement de projets d'énergie renouvelable³¹⁴⁸. Tant ces acteurs que d'autres ont été nouvellement reconnus et encadrés afin de garantir la sécurité de leurs propositions aux investisseurs potentiels, souvent néophytes, par des textes de 2014 complétés par la loi de transition énergétique. Tout récemment, il semble qu'une définition de l'investissement participatif fasse son chemin, depuis les cahiers des charges d'appels d'offres éoliens et PV de la CRE. Le financement participatif des énergies renouvelables se professionnalise donc.

- a) Nouveaux acteurs du financement et dérogations à l'OPTF, faciliter l'investissement participatif tout en préservant la sécurité des investisseurs

L'été 2014 a marqué un tournant dans la réglementation du financement participatif, avec l'ordonnance du 30 mai et la loi du 31 juillet. Le droit de la transition énergétique saura mettre à profit les nouveaux outils de cette évolution parallèle tout en les adaptant spécifiquement au développement des énergies renouvelables.

L'ordonnance de mai 2014 dédiée au financement participatif³¹⁴⁹ a donné un statut à deux nouveaux acteurs ayant pour but de mettre en relation un projet d'énergie renouvelable

³¹⁴³ C. Ener., art. L. 334-2, al. 3.

³¹⁴⁴ Thierry GRANIER, « Crowdfunding et financement durable », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 4, juil. 2015, p. 44.

³¹⁴⁵ *Id.*, p. 45.

³¹⁴⁶ *Ibid.*

³¹⁴⁷ Cf. Nations Unies, « Objectifs de développement durable », consulté le 17 juin 2017 [<http://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable/>].

³¹⁴⁸ A l'instar d'Energie Partagée [<https://energie-partagee.org/>], de Lendosphere [<https://www.lendosphere.com/>], ou de Lumo [<https://www.lumo-france.com/>].

³¹⁴⁹ Ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

requérant des fonds et des citoyens désireux d'investir dans ce type de projets : les conseillers en investissements participatifs (CIP)³¹⁵⁰ et les intermédiaires en financement participatif (IFP)³¹⁵¹. Les deux utilisent des plateformes sur internet. Toutefois, les IFP semblent être destinés à des opérations particulières de moindre envergure, limitées au financement d'achats de biens ou de prestations de services financées par des prêts avec intérêt de 2000 € maximum par personne et par projet et de 5000 € pour les prêts sans intérêts³¹⁵². Surtout, la plateforme d'un CIP (la personne morale qui la gère), doit suivre des critères fixés par l'AMF³¹⁵³, garantissant à l'investisseur une certaine sécurité. L'article 11 de l'ordonnance ajoute une nouvelle dérogation à l'OPTF pour des offres proposées par les CIP ou les prestataires de services d'investissement (PSI)³¹⁵⁴, allant jusqu'à un plafond fixé par décret de 2,5 millions d'euros contre 1 million auparavant³¹⁵⁵. Enfin, elle crée en son article 15 une dérogation au monopole bancaire en permettant sous certaines conditions des prêts rémunérés offerts par des personnes physiques, à des fins non professionnelles ou commerciales.

Quant à la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, elle prévoit en son article 11 d'attribuer un agrément « *entreprise solidaire d'utilité sociale* » (ESUS) sous certaines conditions cumulatives (recherche d'utilité sociale, politique de rémunération des salariés, etc.)³¹⁵⁶.

La loi de transition énergétique ne tardera pas à faire usage de ces nouveaux instruments. Son article 111 incite les porteurs de projet à ouvrir leur capital aux collectivités et mentionne les habitants résidant à proximité comme potentiels intéressés. Nous noterons qu'alors que s'il était question de rendre cette proposition d'entrée au capital obligatoire, comme au Danemark³¹⁵⁷, cette option a été évacuée lors des débats en commission, car risquant selon l'avis du Conseil d'Etat de violer la liberté d'entreprendre³¹⁵⁸. L'usage de cette disposition résultera donc d'une rencontre de volontés. En ce qui concerne les modalités des offres de participation, la loi autorise les porteurs de projet à les proposer eux-mêmes ou à faire appel à des intermédiaires dont une ESUS avec pour objet social de développer les énergies renouvelables³¹⁵⁹, ou aux CIP, IFP ou PSI sus cités³¹⁶⁰. Or, dans tous ces cas, c'est le décret

³¹⁵⁰ *Id.*, art. 1.

³¹⁵¹ *Id.*, art. 17.

³¹⁵² Décret n° 2016-1453 du 28 octobre 2016 relatif aux titres et aux prêts proposés dans le cadre du financement participatif, art. 1. Décret pris en application de l'article L. 548-1 du Code monétaire et financier (CMF).

³¹⁵³ CMF, art. L. 547-1, I.

³¹⁵⁴ Cf. pour quelques précisions, Thierry GRANIER, « Crowdfunding et financement durable », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 4, juil. 2015, pp. 47 – 48.

³¹⁵⁵ Décret n° 2016-1453 du 28 octobre 2016 relatif aux titres et aux prêts proposés dans le cadre du financement participatif, art. 2, II.

³¹⁵⁶ Energie Partagée souhaite d'ailleurs l'obtenir. Cf. « Résolutions soumises à l'assemblée générale des actionnaires commanditaires et de l'associé commandité réunie le 20 mai 2017 à Marseille », p. 3 [<https://energie-partagee.org/wp-content/uploads/2017/02/EP-INVEST-resolutions-2017.pdf>].

³¹⁵⁷ Andreas RÜDINGER, « La transition énergétique par tous et pour tous : ... », *cit.*, mars 2016, p. 7.

³¹⁵⁸ Assemblée nationale, Commission spéciale pour l'examen du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Rapport n° 2230, tome I, Ericka BAREIGTS *et al.*, 27 sept. 2014, p. 489.

³¹⁵⁹ C. Ener., art. L. 314-27, III, al. 1

³¹⁶⁰ *Id.*, al. 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

d'application du 29 septembre 2016 qui a fixé les critères permettant d'éviter l'OPTF³¹⁶¹. Il en ressort qu'en matière d'investissement participatif dans les projets d'énergie renouvelable, les exemptions financières à l'OPTF existantes pour les SA sont étendues aux SAS, ouvrant donc la possibilité d'éviter assez aisément cette lourde procédure jusqu'à une somme offerte de 5 millions d'euros ne représentant pas plus de 50% du capital de l'émetteur³¹⁶². Pour les CIP, IFP et PSI, leur plafond de dérogation à l'OPTF est porté, comme pour le cas général, à 2,5 millions d'euros³¹⁶³.

De ces évolutions ressort que le droit de la transition énergétique tire profit des avancées de la réglementation en matière de financement participatif et du développement de ce secteur, afin de faciliter le recours à ces outils dans le développement d'installations d'énergie renouvelable tout en préservant la sécurité des investisseurs.

- b) Les appels d'offres photovoltaïque et éolien de la CRE, ébauche d'une définition de l'investissement participatif ?

En Allemagne, la loi *Erneuerbare-Energien-Gesetz* (EEG) ou « loi sur les énergies renouvelables » de 2014 a été révisée et sa nouvelle version entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017³¹⁶⁴. Elle y définit notamment les règles spécifiques applicables aux projets dits citoyens dans les appels d'offres afin d'attribuer le complément de rémunération. Les éléments y sont détaillés dans la figure 20, ci-dessous, mais les principaux enseignements que nous pouvons en tirer sont que les règles contraignantes de composition du capital (distribution des droits de vote, obligation de proposition à la commune d'implantation, taille du parc plafonnée) sont compensées par des facilités d'attribution (certaines études peuvent être fournies *a posteriori*) de construction (2 ans de plus que les projets classiques) mais aussi de financement (en obtenant automatiquement le prix plafond de l'appel d'offres). Ce système semble fonctionner, étant donné que 93% des offres retenues lors de la première échéance de cet appel d'offres concernent des parcs éoliens citoyens³¹⁶⁵.

³¹⁶¹ Décret n° 2016-1272 du 29 septembre 2016 relatif aux investissements participatifs dans les projets de production d'énergie renouvelable.

³¹⁶² C. Ener., art. R. 314-71, I, 2°. Cf. également ADEME, « Les projets de production d'énergies renouvelables participatifs ... », *cit.*, déc. 2016, p. 7, fig. 3.

³¹⁶³ C. Ener., art. R. 314-71, II, 2°

³¹⁶⁴ Office franco-allemand pour la transition énergétique (OFATE), « Synthèse de la conférence "Financement des parcs éoliens dans le contexte des nouveaux mécanismes de soutien" », conférence du 20 sept. 2016, synthèse de déc. 2016, p. 5 [http://enr-ee.com/files/ofaenr/02-conferences/2016/160920_conference_financement_des_parcs_eoliens/Presentations/Synthese_Conference_OFATE_financement_des_parcs_eolien_160920.pdf].

³¹⁶⁵ Bundesnetzagentur, « Results of first auction for onshore wind installations », 19 mai 2017, consulté le 23 mai 2017 [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/19052017_onshore.html].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

ZOOM SUR LES PROJETS CITOYENS selon la loi EEG 2017

Sont reconnus comme projets citoyens les projets conformes aux règles suivantes :

- Le groupe porteur de projet devra être composé de minimum 10 personnes issues pour la moitié d'entre eux de la zone d'implantation du projet. Aucun actionnaire ne devra posséder plus de 10% des droits de vote.
- Le nombre d'éoliennes constituant le projet est limité à 6, pour une capacité totale de 18 MW.
- La commune d'implantation doit s'être vue proposée 10% des droits de vote.

Conditions spécifiques de participation :

- L'autorisation selon la loi allemande de protection contre les nuisances environnementales (*Bundes-Immissionsschutzgesetz*, BImSchG) n'est pas obligatoire au dépôt de l'offre. Il suffira de fournir des preuves relatives à la sécurisation foncière et une analyse de vent certifiée.
- Les analyses et expertises restantes doivent être déposées après l'obtention du permis selon la BImSchG.
- Les projets citoyens bénéficient de deux années supplémentaires pour être réalisés.
- Les projets citoyens se voient automatiquement attribuer la valeur de référence la plus élevée proposée dans le cadre de l'appel d'offres auquel ils participent (leur offre doit toutefois figurer dans la tranche retenue).

Figure 20 : Conditions de reconnaissance des projets citoyens, loi EEG 2017, Allemagne,
« Synthèse de la conférence "Financement des parcs éoliens dans le contexte des nouveaux
mécanismes de soutien" », cit., p. 7.

En France, s'il n'y a pas de définition légale ni réglementaire du financement participatif, nous pouvons toutefois tenter d'en découvrir les premières orientations fixées dans les cahiers des charges des appels d'offres organisés par la CRE sur l'éolien terrestre et le solaire PV³¹⁶⁶. Le cahier des charges de l'appel d'offres PV, publié en août 2016 mais mis à jour au 30 mars 2017³¹⁶⁷ prévoit qu'un projet porté par une collectivité territoriale ou un groupement, par une société commerciale privée ou publique (SA, SAS, SEM, etc.) ou par une société coopérative « dont au moins 40% du capital est détenu, [...] par au moins vingt personnes physiques, une ou plusieurs collectivités territoriales, des groupements de collectivités »³¹⁶⁸, ou si le porteur de projet s'y engage, peut bénéficier d'une majoration tarifaire de 3 €/MWh³¹⁶⁹. A noter que ce taux de participation au capital doit rester à ce niveau minimum durant au moins 3 ans et que les personnes physiques doivent être domiciliées dans le département d'implantation ou dans un département limitrophe³¹⁷⁰. Enfin, de nombreuses formes d'apport au capital (celles « donnant accès à terme au capital » : comptes courants d'associés, obligations convertibles, etc.) sont prises en compte, mais pas toutes, à l'image des emprunts participatifs³¹⁷¹.

Concernant l'appel d'offres éolien terrestre, son cahier des charges paru le 5 mai 2017 est bâti sur le même canevas mais avec un minimum de 20% du capital détenu par ces mêmes

³¹⁶⁶ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) B) 1) ; et, Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, I) A) 2) b).

³¹⁶⁷ Disponible sur le site de la CRE [<http://www.cre.fr/documents/appels-d-offres/appele-d-offres-portant-sur-la-realisation-et-l-exploitation-d-installations-de-production-d-electricite-a-partir-de-l-energie-solaire-centrales-au-sol-de-puissance-comprise-entre-500-kwc-et-17-mwc>].

³¹⁶⁸ Cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'Installations de production d'électricité à partir de l'énergie solaire « Centrales au sol de puissance comprise entre 500 kWc et 17 MWc », 30 mars 2017, pt. 3.2.7.

³¹⁶⁹ *Id.*, pt. 7.2.2.

³¹⁷⁰ *Id.*, pt. 3.2.7.

³¹⁷¹ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

acteurs. Pour inciter à ouvrir davantage le capital, le document prévoit une interpolation linéaire de la prime, progressant de 2 à 3 €/MWh selon le taux appliqué entre 20 et 40% (ou plus) détenus en participatif³¹⁷². Si les conditions de résidence sont identiques, le cahier des charges éolien ne limite pas les types d'apport³¹⁷³. A noter que dans un cas comme dans l'autre, la condition géographique n'est indiquée que pour les personnes physiques. Si une collectivité territoriale bretonne pourrait alors théoriquement investir dans un parc éolien ou PV provençal, nous verrons dans le paragraphe suivant l'évolution de la notion de territoire en rapport avec le financement participatif des énergies renouvelables. Si nous comparons les deux cahiers des charges, il apparaît que celui de l'éolien est plus tolérant, notamment sur le montant du capital ouvert, ce qui s'explique certainement par les sommes à investir plus conséquentes que dans le PV, permettant ainsi ne pas tuer dans l'œuf cette opportunité.

Nous sommes donc ici en présence d'une expérimentation de définition des critères d'un investissement participatif dans le développement des énergies renouvelables par la CRE qui d'une certaine manière construit sa jurisprudence en la matière au fur et à mesure du résultat des appels d'offres et des réalisations auxquels ils donneront lieu. Nous pouvons espérer qu'une définition et un plancher d'investissement participatif en la matière seront inclus dans une prochaine loi, soulignant ainsi que le droit de la transition énergétique est un droit de l'expérimentation, ce qui semble logique étant donné qu'il est très lié à des innovations technologiques et sociétales. Dans le paragraphe suivant, nous verrons que ce droit, tout guidé par les évolutions technologiques qu'il soit, a également des répercussions fortes sur des notions juridiques et géographiques anciennes.

II. Le dépassement de la théorie du « *socialisme municipal* » et la redéfinition de la notion de territoire

Les outils juridiques développés par le législateur en vue de faciliter la participation au financement des projets d'énergie renouvelable par les collectivités territoriales et les citoyens, surtout ceux domiciliés à proximité, rejoignent des débats déjà anciens et y apportent leur contribution. Dans les faits, l'émergence de ces énergies réparties étant à portée de bourse pour des regroupements de citoyens ou de collectivités, cela pose la question de leur fondement pour agir. Pour les collectivités, il faut rechercher un intérêt général ou un intérêt public local susceptible de leur permettre de poser le pied dans un marché concurrentiel. Pour les citoyens et pour les collectivités, il faut redéfinir la notion de territoire, entraînant celles de proximité et d'éloignement, afin que l'investissement

³¹⁷² Cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent, implantées à terre, 5 mai 2017, pt. 7.2.2 [<http://www.cre.fr/documents/appels-d-offres/appel-d-offres-portant-sur-la-realisation-et-l-exploitation-d-installations-de-production-d-electricite-a-partir-de-l-energie-mecanique-du-vent-implantees-a-terre>].

³¹⁷³ *Id.*, pt. 3.3.6.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

participatif garde un apport de légitimité locale. Ce sont donc ces notions qui constituent la toile de fond de l'écriture d'un droit de la transition énergétique contemporain.

A) La transition énergétique, théâtre du dépassement de la théorie du « *socialisme municipal* »

Le « *socialisme municipal* » se réfère à la fois à des initiatives de communes cherchant à l'origine à fournir à leurs administrés les services publics qu'elles jugeaient nécessaires (notamment dans l'accès à la santé ou aux produits de base)³¹⁷⁴, et, depuis le début du XX^e siècle, à des jurisprudences fameuses, d'abord très restrictives sur la liberté d'action de ces collectivités dans le cadre d'un marché ouvert à la concurrence, avant de les accepter de manière croissante. L'action des collectivités territoriales dans le secteur des énergies renouvelables, un marché très concurrentiel, mérite que nous nous y attardions afin de percevoir la mue de la justification par l'intérêt public local.

- 1) De l'exigence de circonstances exceptionnelles à un intérêt public local subsidiairement lié à la carence de l'initiative privée

L'arrêt *Casanova* du Conseil d'Etat rendu en 1901 n'est pas seulement une des premières entrées du GAJA (Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative)³¹⁷⁵ traitant de l'élargissement du recours pour excès de pouvoir, c'est aussi l'histoire d'une commune Corse dans laquelle le Conseil municipal décida de rémunérer un médecin pour soigner tous les habitants « *pauvres ou riches indistinctement* »³¹⁷⁶. Le Palais-Royal cassa cependant la décision en faisant une application stricte bien que sans le mentionner du principe de liberté du commerce et de l'industrie. La seule exception à ce principe pouvant justifier une action publique sur l'économie tenait alors à des « *circonstances exceptionnelles* », non remplies dans ce cas, étant donné que deux médecins exerçaient déjà une activité privée sur la commune.

Près de 30 ans plus tard, la commune de Nevers a mis sur pieds un service municipal de ravitaillement, en s'appuyant sur un décret du 28 décembre 1926 incitant les communes à s'investir dans les services publics à caractère industriel et commercial³¹⁷⁷. Toutefois, et malgré une légère ouverture dans la rédaction de l'arrêt, le Conseil casse également cette initiative en rappelant que l'entreprise à caractère commercial reste en règle général réservée

³¹⁷⁴ Nous ne pouvons ignorer dans ce contexte le poids des éminents juristes de l'époque, Léon DUGUIT, Maurice HAURIOU ou encore Gaston JEZE, et leurs travaux sur le service public et son rôle dans la mutation de l'Etat. Cf. par exemple, Jacques CHEVALLIER, « Le service public : regards sur une évolution », *AJDA*, 1997, pp. 8s.

³¹⁷⁵ Pierre DEVOLVE *et al.*, *GAJA*, Dalloz, 20^e éd., 2015, pp. 50 – 55. Son étude au sein du GAJA se concentre sur l'élargissement de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir davantage que sur l'aspect activité publique locale, étudiée sous l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*. Sur l'ouverture de la qualité à agir, cf. également Fabrice MELLERAY, « A propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif : Le "moment 1900" et ses suites », *AJDA*, 2014, pp. 1530s.

³¹⁷⁶ CE, 29 mars 1901, *Casanova*, n° 94580.

³¹⁷⁷ CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, n° 06781.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

aux acteurs privés. Les collectivités publiques ne peuvent alors agir dans le domaine économique qu'en raison « *de circonstances particulières de temps et de lieu* » en sus d'un intérêt public³¹⁷⁸.

De nouveau trois décennies plus tard, le Conseil d'Etat a dû se prononcer sur un cas assez comparable avec celui de la décision *Casanova*. Le Conseil municipal de la ville de Nanterre souhaitait en effet installer un cabinet dentaire ouvert à tous, alors que des chirurgiens-dentistes exerçaient déjà leur activité sur la commune. Dans un contexte où beaucoup de salariés modestes habitaient la ville et ne pouvaient s'offrir de tels soins, le Conseil changea son fusil d'épaule et procéda à une analyse non plus quantitative mais qualitative de l'initiative privée³¹⁷⁹, pour estimer qu'il y a intérêt public et carence d'une offre privée abordable³¹⁸⁰.

Enfin, en 2006, le Palais-Royal prit sa décision *Ordre des avocats du barreau de Paris*.³¹⁸¹ Suite à la création au sein du ministère de l'Economie et des Finances d'une mission d'appui aux personnes publiques concluant des partenariats publics-privés (PPP) afin de les aider dans la passation du contrat, l'Ordre des avocats du barreau de Paris a saisi le juge administratif pour cet empiètement sur ses platebandes. Si le Conseil rappela que l'intervention publique dans l'économie est soumise au principe de liberté du commerce et de l'industrie et au droit de la concurrence, il estima qu'en cette occasion, elle était justifiée par un motif d'intérêt public, qui « *peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée* »³¹⁸², neutralisant ainsi cette condition de carence de l'initiative privée pour concentrer le contrôle de telles interventions dans le champ de l'intérêt public³¹⁸³.

C'est dans ce courant de jurisprudence que s'inscrit spécifiquement la justification de l'activité des SEM dans un marché concurrentiel, comme le montre l'arrêt *Syndicat national des agences de voyage*, de 2010³¹⁸⁴. Le juge administratif y énonça clairement que les SEM « *peuvent légalement exercer [...] toute activité économique sur un marché concurrentiel pourvu qu'elle réponde à un intérêt général ; que si un tel intérêt général peut résulter de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative [privée], une telle carence ou une telle insuffisance*

³¹⁷⁸ Pierre DEVOLVE *et al.*, GAJA, Dalloz, 20^e édition, 2015, pp. 249 – 258. Concernant le contexte de la décision, cf. en particulier les pages 249 – 250.

³¹⁷⁹ Etude annuelle 2015 du Conseil d'Etat, *L'action économique des personnes publiques*, La Documentation française, p. 136.

³¹⁸⁰ CE, Sect., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, n° 57435, cons. 2. Pour différentes jurisprudences de la même époque en la matière, cf. Pierre DEVOLVE *et al.*, GAJA, Dalloz, 20^e édition, 2015, pp. 252 – 253.

³¹⁸¹ Cf. Pierre DEVOLVE *et al.*, GAJA, Dalloz, 20^e édition, 2015, pp. 251, 255, 257 – 258. Cf. également, les conclusions de Didier CASAS, « Assistance des services de l'Etat et concurrence : le rôle de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat : Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris », RFDA, 2006, pp. 1048s. ; et les analyses de Claire LANDAIS, Frédéric LENICA, « L'intervention économique des collectivités publiques : mode d'emploi », AJDA, 2006, pp. 1592s. ; et, Jean-Jacques ISRAËL, « L'activité juridique est-elle une activité économique ? », AJDA, 2008, pp. 911s.

³¹⁸² CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats du barreau de Paris*, n° 275531, cons. 3.

³¹⁸³ Etude annuelle 2015 du Conseil d'Etat, *L'action économique des personnes publiques*, La Documentation française, p. 136.

³¹⁸⁴ Cf. l'étude de Jean-David DREYFUS, Florence LATULLAIE, « SEML et SPL : les conditions de prise en charge d'une activité économique », AJCT, 2011, pp. 77s.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

ne saurait être regardée comme une condition nécessaire »³¹⁸⁵. De plus, il ajouta qu'en accord avec l'article L. 1521-1 du CGCT, l'activité visée doit être complémentaire de l'objet social de la SEM, mais sans pour autant être le « *complément nécessaire de cette activité principale* »³¹⁸⁶, ce qui leur laisse davantage de liberté. C'est d'ailleurs cette jurisprudence qu'invoque Fleur Jourdan pour justifier de l'activité de la SEM POSIT'IF dans les énergies renouvelables « *quand bien même la carence de l'initiative privée ne serait-elle pas totalement établie* », mais sachant que les énergies renouvelables « *présentent un intérêt public évident* »³¹⁸⁷.

Ce dernier exemple permet alors de faire la transition avec les lignes qui suivent, destinées à passer en revue la justification de l'action des collectivités territoriales dans ce domaine fortement concurrentiel qu'est le développement des énergies renouvelables. Nous avons vu auparavant comment elles peuvent le faire, voici maintenant pourquoi.

2) L'action des collectivités territoriales dans un milieu fortement concurrentiel, de l'intérêt public local direct à l'accroissement des ressources locales

La doctrine est unanime sur la nécessité d'un investissement public et privé massif pour la réalisation de la transition énergétique, au-delà des seuls outils juridiques donc³¹⁸⁸, et quant à ses doutes sur les moyens financiers à disposition des collectivités territoriales³¹⁸⁹, du fait de la « *disette budgétaire* »³¹⁹⁰ qui les frappe depuis plusieurs années. L'installation de sites de production d'énergie renouvelable apporte localement une manne financière « *que les besoins budgétaires croissants des collectivités territoriales ne permettent pas d'ignorer* »³¹⁹¹, permettant ainsi dans le même temps de développer ces énergies et d'apporter des moyens supplémentaires aux collectivités concernées. Et ce raisonnement vaut même sans prise de participation de la collectivité, du simple fait du versement des taxes locales, par ailleurs élevées pour ces installations³¹⁹², à l'inverse de la logique d'une taxe pigouvienne³¹⁹³, créant un certain paradoxe fiscal.

Or, si la prise de participation des collectivités locales permet d'augmenter ces revenus de manière significative, elle constitue une action publique dans un marché fortement concurrentiel. Il n'est en effet pas rare de voir plus d'une dizaine de sociétés de développement d'installations d'énergie renouvelable intéressées par un seul et même site potentiel, mettant alors la collectivité en position d'arbitre, pouvant choisir de l'utiliser pour

³¹⁸⁵ CE, 5 juill. 2010, *Syndicat national des agences de voyages*, n° 308564, cons. 3.

³¹⁸⁶ *Id.*, cons. 6.

³¹⁸⁷ Fleur JOURDAN, « Une société d'économie mixte ... », *cit.*, 26 Mars 2012, p. 3.

³¹⁸⁸ Cf. par exemple Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Collectivités territoriales et production d'énergie renouvelable », *JCP A*, n° 42, 24 oct. 2016, p. 2285.

³¹⁸⁹ Pierre SABLIÈRE, « La transition énergétique dans les territoires », *JCP A*, n° 42, 24 oct. 2016, p. 2281.

³¹⁹⁰ Pascal SOKOLOFF, « Lutte contre le changement climatique, décentralisation énergétique, efficience des politiques publiques et cohésion territoriale : une synthèse nécessaire, un défi ambitieux », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 1, jan. 2016, dossier 3, p. 10.

³¹⁹¹ Xavier CABANNES, « Les énergies renouvelables et la fiscalité locale », *AJCT*, 2010, p. 20.

³¹⁹² *Id.*, p. 22. Notamment l'imposition forfaitaire sur les entreprises de réseaux (IFER).

³¹⁹³ A propos d'une taxe intégrant les externalités négatives, notamment environnementales. Cf. Ministère de l'Economie, « Arthur Pigou », consulté le 21 mai 2017 [<https://www.economie.gouv.fr/facileco/arthur-pigou>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

prendre des parts au projet mais pouvant aussi décider de développer le site elle-même, avec l'appui des citoyens. Si les dispositions de la loi de transition énergétique ne lui imposent plus de justifier son action en ce domaine pour la prise de participation dans une société privée³¹⁹⁴, il reste intéressant de rechercher son intérêt public local.

Pour Nathalie Laval-Mader, « [l']action publique locale repose ainsi aujourd'hui sur un intérêt local qui, depuis plus de vingt ans, s'est irrésistiblement élargi »³¹⁹⁵. Dans la jurisprudence, cet intérêt public local est nécessaire pour une collectivité territoriale afin de candidater à un marché public³¹⁹⁶, tout comme pour justifier l'activité d'une SEM dans un secteur concurrentiel³¹⁹⁷. Si cette notion ne répond à aucune définition juridique précise, elle l'est *de facto* par les collectivités elles-mêmes, sous le contrôle du juge, qui vérifie que cet intérêt est bien public et local³¹⁹⁸. Au gré de l'évolution de la position prétorienne, cet intérêt a fini par inclure l'intérêt financier et celui du développement économique local, voire même jusqu'à le lier à celui d'une entreprise privée souhaitant s'installer dans une commune³¹⁹⁹. Une jurisprudence qui semble ouvrir la porte à l'action publique locale d'une collectivité dans le développement des énergies renouvelables, afin d'obtenir de plus importantes subsides.

Toujours selon Nathalie Laval-Mader, « [l]a crise économique, les incertitudes liées à la réforme des finances locales conduisent toutes les collectivités à trouver des marges de manœuvre nouvelles, tant techniques que financières, pour assumer leurs missions d'intérêt général »³²⁰⁰. La logique ici défendue est donc celle d'une justification de l'intervention de la personne publique non pour la satisfaction directe d'un intérêt public local, mais bien pour une satisfaction par ricochet, grâce aux revenus financiers supplémentaires permettant de maintenir par ailleurs voire augmenter le niveau des services publics locaux.

S'agissant de ces investissements, il nous faut en sus préciser qu'ils sont vertueux d'un point de vue budgétaire car n'entraînant pas d'augmentation des dépenses de fonctionnement³²⁰¹. En effet, la construction par exemple d'une piscine municipale représente des coûts de fonctionnement futurs importants. A l'inverse, l'investissement dans un parc éolien ou PV a jusqu'à présent montré un bilan positif pour les acteurs publics concernés, surtout lorsqu'ils le font au côté d'un acteur privé qui ne construira pas sans la garantie d'une rentabilité manifeste. L'exemple, de nouveau, de la SEM POSIT'IF est éclairant, en ce que le taux de

³¹⁹⁴ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 1, I) B) 1) b).

³¹⁹⁵ Nathalie LAVAL-MADER, « La société publique locale, ... », *cit.*, 2012, p. 1093.

³¹⁹⁶ Erwan ROYER, « L'intérêt public local : une précision utile pour l'accès des collectivités territoriales à la commande publique », *AJCT*, 2015, pp. 158 – 160 ; François BRENET, « Candidature des collectivités territoriales à un contrat de la commande publique : nécessité et consistance de l'intérêt public local », *Droit Administratif*, n° 4, avr. 2015, comm. 27, pp. 1 – 7.

³¹⁹⁷ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 1, II) A) 1).

³¹⁹⁸ Anne-Sophie JUILLES, « Quand l'intérêt public local motive la suspension d'une délibération empêchant pour une entreprise de s'implanter sur le territoire d'une commune », *AJCT*, 2012, p. 211.

³¹⁹⁹ *Ibid.*

³²⁰⁰ Nathalie LAVAL-MADER, « La société publique locale, ... », *cit.*, 2012, p. 1093.

³²⁰¹ Sylvie JOUBERT, « La réorientation des investissements locaux ... », *cit.*, 1^{er} fév. 2017, p. 129.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

rentabilité interne (TRI) attendu des investissements prévus avoisine les 9% pour l'éolien et la géothermie respectivement sur 10 et 20 ans³²⁰².

Au vu de ces développements et de l'utilisation ici d'un intérêt public local par ricochet (qui d'ailleurs concourt à la réalisation d'un intérêt général national et global par la lutte contre le changement climatique), il serait intéressant de le voir examiné par le juge. Le droit de la transition énergétique pourrait ainsi contribuer à la définition du contenu et des limites de cet intérêt.

B) La contribution des énergies renouvelables à la polysémie territoriale

La notion de territoire mobilise tout un ensemble de concepts qui contribuent à modeler notre perception de la vie en société. Y sont liés par exemple l'identité³²⁰³, tant celle des personnes³²⁰⁴ que celle des territoires mêmes³²⁰⁵, la définition de la proximité, qu'elle soit à l'origine de conflits ou de liens³²⁰⁶, ou encore la question de son aménagement ou de sa préservation. Quant aux origines du territoire, à la question de sa formation et de sa définition, pour Thierry Paquot, « [e]n un mot, la réalité géographique d'un territoire repose sur un "fait total culturel et géographique" inscrit dans une histoire spécifique »³²⁰⁷. Les territoires ne sont donc pas qu'une construction géographique, mais aussi culturelle et historique, et nous ajouterons, juridique.

L'ensemble de ces notions à la source ou découlant du territoire sont mobilisées par le droit et la pratique de la transition énergétique, et en particulier du développement des énergies renouvelables. Les propos subséquents se pencheront alors sur la polysémie du territoire, sur la manière de le percevoir selon l'acteur qui s'y intéresse, puis sur l'ajout d'une nouvelle perception de celui-ci, celle du territoire d'approvisionnement énergétique.

1) Polysémie territoriale : un territoire, des acceptions ?

Avant de s'attacher à comprendre les enjeux du territoire dans la transition énergétique, il faut d'abord en définir le sens. Son étymologie indique qu'il vient du latin *territorium*, dérivé de *terra*, « terre ». Il était défini à la fin du XIX^e siècle comme suit : « *étendue de pays qui ressortit à une autorité ou à une juridiction quelconque* »³²⁰⁸. La définition ici avancée est donc directement liée à l'utilisation qui est faite d'une « *étendue* »³²⁰⁹. Elle est territoire car

³²⁰² Fleur JOURDAN, « Une société d'économie mixte ... », *cit.*, 26 Mars 2012, p. 4.

³²⁰³ Comme le souligne Bernard DEARBIEUX, « Territoire », *Dictionnaire de la géographie et de l'espace des sociétés*, Jacques LEVY, Michel LUSSAUT (dir.), Belin, 2013 : « [A]gencement de ressources matérielles et symboliques capable de structurer les conditions pratiques de l'existence d'un individu ou d'un collectif social et d'informer en retour cet individu et ce collectif sur sa propre identité ».

³²⁰⁴ Alain SUPIOT, « L'inscription territoriale des lois », *Esprit*, nov. 2008, p. 156.

³²⁰⁵ *Id.*, p. 167.

³²⁰⁶ Antonio AZUELA, Patrice MELE, Vicente UGALDE, « Conflits de proximité et rapport(s) au(x) droit(s) », *Développement durable et territoires*, vol. 6, n° 1, mars 2015, pp. 1 – 16.

³²⁰⁷ Thierry PAQUOT, « Qu'est-ce qu'un « territoire » ? », *Vie sociale*, 2011, n° 2, p. 25.

³²⁰⁸ Pierre LAROUSSE, *Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle*, 1875. Cité par Thierry PAQUOT, « Qu'est-ce qu'un « territoire » ? », *Vie sociale*, 2011, n° 2, p. 23.

³²⁰⁹ L'un des 4 critères également retenus par Romain LAJARGE, dans « Territoire », *Dictionnaire encyclopédique de la décentralisation*, Nicolas KADA et al. (dirs.), Berger Levrault, 2017, p. 1011.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

elle a une autorité, un pouvoir souverain, ce qui la différencie certainement d'une *Terra nullius*. Le territoire se définit aussi par opposition aux « *espaces* », dénomination qui caractérise les « *parties du monde qui, n'ayant pas de limites discernables et étant impropres à la vie humaine, ne peuvent être durablement occupées : les mers et les océans, les airs et l'univers interstellaire* »³²¹⁰. Le territoire, c'est donc la Terre, l'espace, le reste. Tout du moins jusqu'à l'arrivée de l'Union européenne qui se définit comme un espace, « *sans limites discernables* »³²¹¹.

Sur ce socle, nous nous intéresserons alors aux territoires et au droit, se donnant mutuellement consistance l'un à l'autre, avant de chercher à éclairer l'appréhension des territoires propre au développement des énergies renouvelables.

a) Territoires et droit, réalisateurs mutuels

Dans sa tentative de qualification du territoire et de son appréhension par différentes professions, Thierry Paquot estime que « [l]es juristes se doivent [...] de circonscrire les zones dotées du même droit et tenir compte des nouvelles configurations territoriales, concurrentes, et parfois rivales »³²¹². Les juristes auraient donc une fonction de délimitation territoriale. Ou plutôt, ils définissent (le législateur et ceux qui participent à la création du droit) le droit adapté à l'intérieur d'un territoire prédéfini sur lequel ils ont autorité, le territoire national. Mais à l'intérieur de ce territoire, ils peuvent alors effectivement circonscrire différentes zones et leurs droits, au travers de la planification³²¹³ ou de la décentralisation à la carte³²¹⁴ par exemple. L'enjeu est de définir un droit adapté à un territoire, à sa géographie, à son climat, à ses ressources, à sa population et ses activités, comme Montesquieu l'affirmait³²¹⁵, sans oublier sa substance, selon le professeur Lajarge³²¹⁶.

En droit constitutionnel, le territoire est l'une des composantes nécessaires à la constitution d'un Etat, au même titre qu'une population et une puissance publique³²¹⁷. Le territoire a donc de grandes répercussions juridiques, au sens où le tracé de ses limites définit le droit applicable, constat imagé par Blaise Pascal : « *Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà* ». Mais il semblerait que vérités et erreurs tendent à s'harmoniser sur les deux versants des Pyrénées, du fait de la remise en cause de la territorialisation des lois par la globalisation, entraînant un darwinisme normatif, ou phénomène de *Law shopping*³²¹⁸, par la mise en

³²¹⁰ Alain SUPIOT, « L'inscription territoriale des lois », *cit.*, nov. 2008, p. 156.

³²¹¹ *Ibid.*

³²¹² Thierry PAQUOT, « Qu'est-ce qu'un « territoire » ? », *cit.*, 2011, p. 28.

³²¹³ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1.

³²¹⁴ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2, I).

³²¹⁵ Charles-Louis DE SECONDAT, Baron de La Brède et de Montesquieu, *L'Esprit des lois*, I, 3, dans Œuvres complètes, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de La Pléiade », t. 2, 1951, p. 238. Cité par Alain SUPIOT, « L'inscription territoriale des lois », *Esprit*, nov. 2008, pp. 152 – 153.

³²¹⁶ Romain LAJARGE, « Territoire », *Dictionnaire encyclopédique de la décentralisation*, Nicolas KADA et al. (dirs.), Berger Levrault, 2017, pp. 1011 – 1013.

³²¹⁷ Vlad CONSTANTINESCO, Stéphane PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, PUF, 2016, p. 244.

³²¹⁸ Alain SUPIOT, « L'inscription territoriale des lois », *cit.*, nov. 2008, pp. 161 – 162.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

concurrence des systèmes normatifs et la tendance à leur alignement, de manière plus prégnante encore au sein de l'Union européenne³²¹⁹.

De leurs recherches sur les mouvements d'opposition locaux à des projets, Antonio Azuela, Patrice Melé et Vicente Ugalde tirent des conclusions fort intéressantes sur le « [r]ôle des *qualifications juridiques de l'espace* »³²²⁰. Il apparaît que les mouvements d'opposition locaux usent des territoires et du droit qui leur est applicable, et en particulier des territoires protégés, leurs fournissant un appui pour donner une réalité au droit en mettant en position le juge de trancher et d'appliquer le droit³²²¹. Partant, le territoire acquière une réalité parce qu'il fait l'objet d'une appréhension juridique et que « *tout le monde fait comme si* »³²²². Un parc naturel ou une collectivité territoriale ne sont que des espaces que l'on pourrait qualifier « *à l'état de nature* », pour reprendre les mots d'Hobbes ou de Rousseau³²²³, au sens où aucune loi, sinon naturelle ne s'y appliquerait. Inversement, le droit n'acquière réalité que grâce au territoire sur lequel il s'applique, qui lui permet d'avoir des effets physiques.

Enfin, la territorialisation du droit peut aussi se référer, de manière plus abstraite, à la délimitation de territoires d'étude par des frontières permettant d'affirmer l'autonomie de chaque discipline juridique³²²⁴. Le professeur Madiot se demande si ce cloisonnement du savoir vise à protéger chacun de ces territoires « *contre les incursions des disciplines voisines et d'éventuelles tentatives d'annexion* », tout en relevant que les frontières ne sont pas que séparations mais aussi points de liaison³²²⁵. Dans cette fiction juridique d'une territorialisation des branches du droit (« *pure et vaine spéculation théorique ?* »³²²⁶), en partie représentée par les 73 codes en vigueur (auxquels nous ajouterons les 29 abrogés, témoins de l'évolution de ces territoires du droit)³²²⁷, le droit de la transition énergétique ne serait-il pas un droit expansionniste ? Nous avons vu au fur à mesure de cette thèse qu'il investit ou reprend à son compte de nombreux mécanismes, s'intéresse à plus d'objets encore et mobilise plusieurs codes. Il serait peut-être alors davantage un espace plutôt qu'un territoire, un droit déterritorialisé avec des limites encore floues. Toutefois, nous pensons davantage que c'est un trait de son caractère naissant et il semble plausible qu'il connaisse un sort comparable à celui du droit de l'aménagement du territoire. Il se développerait alors durant quelques décennies, éventuellement jusqu'à être enseigné comme tel³²²⁸, avant de diminuer par la suite, une fois le mouvement physique de transition vers un mix 100% énergie (et non plus seulement électricité) renouvelable achevé ou en passe de l'être.

³²¹⁹ Cf. par exemple, Partie 2, titre 2, chap. 1, section 1, II) B) 1) a).

³²²⁰ Antonio AZUELA, Patrice MELE, Vicente UGALDE, « Conflits de proximité ... », *cit.*, mars 2015, p. 9.

³²²¹ *Id.*, pp. 9 – 10.

³²²² Romain LAJARGE, « Territoire », *Dictionnaire encyclopédique de la décentralisation*, Nicolas KADA et al. (dir.), Berger Levrault, 2017, pp. 1010.

³²²³ Cf. Thomas HOBBS, *Léviathan*, Folio, 2000 ; Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social : Principes du droit politique*, J'ai lu, 2013.

³²²⁴ Yves MADIOT, « Urbanisme et aménagement du territoire », *AJDA*, 1993, p. 108.

³²²⁵ *Ibid.*

³²²⁶ Philippe TERNEYRE, Claudie BOITEAU, « Existe-t-il un droit de l'énergie ? », *RFDA*, 2017, p. 517.

³²²⁷ Premier Ministre, « LEGI: Codes, lois et règlements consolidés », consulté le 22 mai 2017 [<https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/legi-codes-lois-et-reglements-consolides/>].

³²²⁸ Jean-Marie PONTIER, « L'aménagement du territoire, rêve enfui », *AJDA*, 2013, p. 2302.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

S'agissant des énergies renouvelables, leur développement entraîne également une appréhension des territoires qui lui est propre.

b) L'appréhension des territoires propre au développement des énergies renouvelables

Au grand dam du professeur Pontier³²²⁹, nous traiterons ici des territoires et de leur pluralité. Lorsque l'on s'intéresse au développement des énergies renouvelables, chaque territoire abordé se présente en effet comme une superposition, un encastrement de différents territoires. Thierry Paquot, encore, dira qu'ils « *ne sont plus bêtement administratifs et expriment les nouveaux modes de vie de citoyens aux mobilités réelles et virtuelles* », et même qu'ils « *s'entre-réseautent* »³²³⁰, ce qui convient très bien au secteur de l'énergie et en particulier de l'électricité, dont le réseau est la pierre angulaire.

Lorsqu'il s'agit de développer un projet de production d'énergie renouvelable, par exemple un parc éolien, plusieurs couches de territoire se confondent et s'imposent au projet. Le territoire administratif bien sûr, duquel dépendront les autorités délibérantes à contacter (direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement – DREAL, collectivités territoriales), mais aussi le territoire naturel (topographie, ressource énergétique, biodiversité, etc.) et le territoire humain (constructions, réseau routier, radars, aéroports et leurs servitudes, etc.). Le professeur Pontier évoque d'ailleurs lui-même différentes approches du territoire. La première est politico-administrative et elle légitime l'action locale des collectivités territoriales, parfois en concurrence avec l'Etat³²³¹. Dans les énergies renouvelables, les collectivités sont sollicitées pour leurs compétences (pour une prise de délibération par exemple), mais, aussi, nous l'avons vu dans cette section, dans l'hypothèse où elles souhaiteraient prendre part financièrement au projet³²³². Ce qui n'empêche pas l'Etat de garder un contrôle fort sur ces développements, notamment en délivrant les autorisations³²³³. La deuxième approche est sectorielle et n'embrasse qu'un domaine particulier ou une partie du territoire seulement, à l'instar des agences de bassin pour l'eau ou des agences régionales de santé (ARS)³²³⁴. Dans le processus de transition énergétique, l'énergie a une prégnance territoriale plus particulière encore qu'avant son décollage. En effet, quand l'installation d'une centrale nucléaire tenait de critères indépendants de sa production future, tels une source de refroidissement (sauf en cas de sécheresse³²³⁵), l'installation d'un parc éolien ou PV dépend premièrement de la ressource énergétique locale. Cette réalité explique qu'une approche sectorielle du territoire pourrait prévaloir, qui prendrait en compte une maille géographique différente de la maille administrative³²³⁶. Ce

³²²⁹ *Id.*, p. 2303.

³²³⁰ Thierry PAQUOT, « Qu'est-ce qu'un « territoire » ? », *cit.*, 2011, n° 2, p. 29.

³²³¹ Jean-Marie PONTIER, « L'aménagement du territoire, rêve enfui », *cit.*, 2013, p. 2303.

³²³² *Cf.* Partie 2, titre 2, chap. 2, section 1, I) A) & B).

³²³³ *Cf.* Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) 2) a).

³²³⁴ Jean-Marie PONTIER, « L'aménagement du territoire, rêve enfui », *cit.*, 2013, p. 2303.

³²³⁵ *Cf.* Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, I) Chapeau.

³²³⁶ A l'image de la proposition d'une régionalisation du tarif d'achat éolien, *cf.* Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) A) 2).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

découpage en décalage des limites administratives est d'ailleurs aussi relevé par le professeur Pontier³²³⁷.

Enfin, ce dernier amène sa réflexion sur le sujet de la solidarité territoriale, qui ne serait qu'un « *mécanisme, ou une série de mécanismes de compensation destinés à réduire les inégalités entre les collectivités territoriales et entre les parties du territoire* »³²³⁸. La transition énergétique et en particulier le développement des énergies renouvelables pourraient-ils alors être l'occasion d'une solidarité renforcée, se rapprochant de « *l'idée de "communauté" qui fonda la solidarité locale* »³²³⁹ ? Nous avons évoqué quelques chapitres auparavant la possibilité de relations ville-campagne fondées sur une proximité de la production énergétique³²⁴⁰. Les possibilités d'investissement d'une collectivité territoriale dans un projet d'énergie renouvelable sur son territoire d'approvisionnement énergétique, objet des lignes qui suivent, en sont une caractéristique et une opportunité, qui pourrait toutefois aussi se transformer en compétition pour l'accaparement des ressources financières ainsi produites.

S'il apparaît donc que droit et territoires sont liés, tout comme territoires et énergie, alors le droit de la transition énergétique doit être particulièrement lié aux territoires. Mais quelle utilité aurait alors ce droit pour les territoires ? Dans le cadre actuel de globalisation et de l'économie de marché conquérante, Alain Supiot propose de « *définir le droit de l'environnement comme l'ensemble des règles qui soutiennent la fiction de la nature-marchandise* »³²⁴¹. Le cadre évoqué tient en effet à mettre un prix sur tout, à pouvoir tout liquider, au sens juridique du terme³²⁴², comme le montrent si bien les nombreux débats sur le prix du carbone ou le prix de la nature³²⁴³. Partant de ce principe, le droit de l'énergie serait le soutien de la fiction de l'énergie-marchandise³²⁴⁴, et le droit de la transition énergétique un ensemble de règles soutenant la fiction de sa marchandisation, de celle des composantes de son processus. Cela semble déjà être le cas, étant donné l'objectif premier de développement des énergies renouvelables dans la perspective d'une énergie toujours moins coûteuse³²⁴⁵, et de la réorganisation du système électrique pour donner un prix à l'électricité mais aussi à la capacité³²⁴⁶, à la participation à la gestion du réseau³²⁴⁷, à l'évitement des prix négatifs³²⁴⁸, ou encore à la participation financière des collectivités et citoyens³²⁴⁹.

³²³⁷ Jean-Marie PONTIER, « L'aménagement du territoire, rêve enfui », *cit.*, 2013, p. 2303.

³²³⁸ *Id.*, p. 2304.

³²³⁹ *Ibid.*

³²⁴⁰ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 1, section 2, I) B) 2) b).

³²⁴¹ Alain SUPIOT, « L'inscription territoriale des lois », *cit.*, nov. 2008, p. 168.

³²⁴² *Id.*, p. 160.

³²⁴³ Cf. par exemple, Georges RIBIERE, « Valeurs de la biodiversité, prix de la nature », *Vraiment durable*, n° 4, 2013, pp. 29 – 45.

³²⁴⁴ Considération critiquée par le professeur Marcou. Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, I) B) 2).

³²⁴⁵ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 1, I) A) ; Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, I) B) 1) a).

³²⁴⁶ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 2, I) A) 2).

³²⁴⁷ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) A) 1) b).

³²⁴⁸ *Ibid.*

³²⁴⁹ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, II) B) 1).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Ces éléments appréhendés, et en particulier les enjeux de la notion de territoire, nous allons nous intéresser à l'émergence du territoire d'approvisionnement énergétique des collectivités.

2) L'émergence du territoire d'approvisionnement énergétique des collectivités territoriales

Si pour le professeur Christophe Bouneau et M. Jean-Baptiste Vila « *le territoire énergétique n'est pas une donnée en soi : tout autant qu'un cadre juridique et politique, il est d'abord une construction sociale, dans son acception la plus large, une construction identitaire* »³²⁵⁰, force est de constater que premièrement il est assez rare et donc notable de lire la doctrine gloser sur le territoire énergétique, et deuxièmement de le percevoir comme tel. La loi de transition énergétique changera peut-être ce constat à moyen terme, du fait des formules, indéfinies juridiquement, qu'elle emploie.

Nous nous focaliserons d'abord sur la notion de proximité, utilisée pour justifier l'investissement de certaines collectivités dans un projet de production d'énergie renouvelable situé à proximité de leur territoire³²⁵¹, ou pour permettre au porteur de projet de proposer l'entrée au capital « *aux habitants dont la résidence est à proximité du lieu d'implantation du projet* »³²⁵².

La proximité n'est pas une notion qui est définissable selon une valeur fixe et intangible. C'est une distance qui dépend du lieu et de la perception locale qu'ont les habitants de leur territoire et d'un projet qui souhaiterait s'y installer, ou à proximité (précisément)³²⁵³. « *[D]ans la perspective d'une sociologie compréhensive [...], la proximité serait aussi un espace d'interconnaissance [...] qui s'opposerait à un espace éloigné, lieu de toutes les inconnues* »³²⁵⁴. Plus que physique, la proximité serait donc symbolique, voire émotionnelle. Dans le domaine des énergies renouvelables, la notion de proximité est également fort variable. Elle sera ainsi plus grande s'agissant d'un parc éolien que d'un parc PV, du fait de la grande taille et covisibilité supérieure du premier. L'un des rares éléments matériels que nous avons concernant la proximité dans le domaine des énergies renouvelables et de l'investissement participatif (si possible local), est le cahier des charges des appels d'offres solaire et éolien lancés par la CRE³²⁵⁵, qui la limite aux personnes physiques domiciliées « *dans le département d'implantation du projet ou dans les départements limitrophes* »³²⁵⁶. Cette acception de la proximité est donc large. Un habitant de Villefranche-de-Rouergue (Aveyron – 12) pourrait ainsi être considéré comme résidant à proximité d'un projet non loin d'Agde (Hérault – 34), alors que près de 3h de route les sépare et qu'ils ont peu en commun.

³²⁵⁰ Christophe BOUNEAU, Jean-Baptiste VILA, « Transition énergétique et réforme territoriale : les enjeux d'un dialogue complexe », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 1, jan. 2016, dossier 2, p. 5.

³²⁵¹ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 109.

³²⁵² *Id.*, art. 111.

³²⁵³ Antonio AZUELA, Patrice MELE, Vicente UGALDE, « Conflits de proximité ... », *cit.*, mars 2015, p. 1.

³²⁵⁴ Christian NICOURT, Jean Max GIRAULT, « L'usage du principe de proximité comme instrument d'ajustement de la décision publique », *Développement durable et territoires*, 2006, dossier 7, p. 2.

³²⁵⁵ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 1, I) B) 2) b).

³²⁵⁶ Cahier des charges de l'appel d'offres solaire, *cit.*, 30 mars 2017, pt. 3.2.7 ; Cahier des charges de l'appel d'offres éolien terrestre, *cit.*, 5 mai 2017, pt. 3.3.6.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

L'avantage toutefois de cette largesse est de pouvoir faciliter le rassemblement de fonds participatifs, quand l'inconvénient est le risque d'en diluer la partie réellement locale.

Si cette première notion laisse donc circonspect et reste ouverte à interprétation, il en est une autre qui semble avoir une portée plus grande en ce qu'elle pourrait être plus tangible. L'article 109 de la loi de transition énergétique permet en effet aux communes, à leurs groupements et aux départements (mais pas aux régions, limitées à leur propre territoire) d'investir dans « *des installations situées sur leur territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique de leur territoire* » (nous soulignons). Pour Bernadette Le Baut-Ferrarese et pour Energie Partagée, cette dernière mention neutralise la possibilité pour ces collectivités d'investir en dehors de leur territoire administratif³²⁵⁷. Si nous ne pouvons rien déduire de l'esprit de la loi, étant donné que ni l'étude d'impact, ni les débats en commissions ou en plénières au Parlement n'ont abordé ce point, nous pensons que cette notion pourrait être définie et utilisée.

En effet, le territoire d'approvisionnement énergétique, vu ici sous l'angle électrique uniquement, pourrait être découpé selon la réalité de la circulation physique de l'électricité. Premièrement, il faut s'appuyer sur la carte du réseau électrique³²⁵⁸, deuxièmement il faut partir du principe que les électrons vont toujours au chemin le plus court. Ainsi, si un parc éolien produit de l'électricité dans un point du territoire, un câble le relie directement au poste source électrique le plus proche, afin d'être injecté sur le réseau. A partir de ce point, l'électricité est consommée au point le plus proche. Dès lors, si le poste source est situé à proximité directe d'une grande ville, il est fort probable que l'ensemble de son électricité y soit consommée. S'il est situé dans un territoire plus éparpillé, il alimentera alors toute la sous-région, incluant en général le lieu originel de production (mais après être passé par le réseau, donc). Si nous prenons comme exemple le territoire de la Montagne Noire (signalé en bleu sur la figure 21), situé entre Hérault, Aude et Tarn et inclus notamment dans le Parc naturel régional du Haut-Languedoc, celui-ci bénéficie d'un potentiel éolien notoire³²⁵⁹ et par ses connexions électriques est susceptible d'alimenter les villes de Castres et Albi, mais aussi Béziers, Toulouse ou Millau, comme le montre la figure 21 ci-après. A partir de quels critères pourrait-on alors considérer que la Montagne Noire fasse partie du « *territoire d'approvisionnement énergétique* » de ces villes, justifiant ainsi leur prise de participation au capital de ces installations ?

³²⁵⁷ Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Les énergies renouvelables en transition », *cit.*, oct. 2015, pp. 6 – 7 ; Energie Partagée, « Les collectivités territoriales, ... », *cit.*, jan. 2017, p. 19.

³²⁵⁸ RTE, « La carte du réseau », consulté le 23 mai 2017 [<http://www.rte-france.com/fr/la-carte-du-reseau>].

³²⁵⁹ Cf. Schéma régional éolien (SRE) Languedoc-Roussillon, 2013, p. 17, carte [http://www.occitanie.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/SRCAE_LR_annexe1_SRE_2_cle7b3b2b.pdf] ; SRE Midi-Pyrénées, 2012, p. 10, carte [<http://www.territoires-durables.fr/SRCAE>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

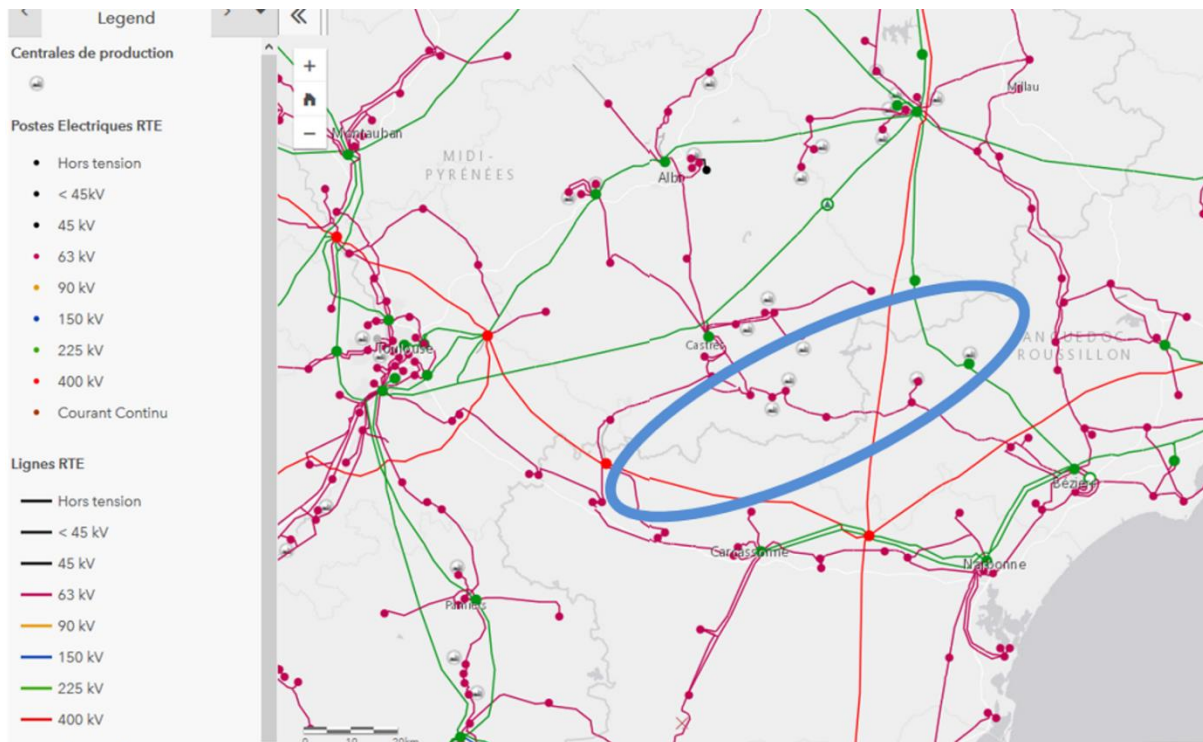


Figure 21 : Carte du réseau électrique haute et très haute tension, RTE, « La carte du réseau », consulté le 23 mai 2017 [<http://www.rte-france.com/fr/la-carte-du-reseau>].

L'aide de RTE serait certainement nécessaire afin d'estimer (les électrons n'étant pas différenciables les uns des autres) la part de l'électricité consommée annuellement par une de ces villes provenant de ces parcs éoliens. Ce procédé rappelle celui du bassin hydrographique des agences de l'eau, délimité par les tributaires alimentant un fleuve. Le réseau électrique est constitué de la même manière mais en sens inverse, distribuant localement l'électricité par un réseau constitué autour des lignes très haute tension, haute tension, moyenne et basse tension. Auparavant dans une logique descendante (tout comme l'appréhension étatique de la proximité par les lois de décentralisation³²⁶⁰), de plus en plus, la transition énergétique renverse cette logique ou à tout le moins la rend hybride, avec un réseau moyenne et haute tension servant à collecter l'électricité produite par les énergies renouvelables. Si cette notion de territoire d'approvisionnement énergétique prospérait et passait le contrôle du juge, elle pourrait alors avoir de grandes répercussions sur la perception du système électrique français. Elle pourrait représenter le clou dans le cercueil de sa perception nationale et centralisée (sans pour autant changer physiquement le principe d'une colonne vertébrale constituée par le réseau de transport très haute tension). En effet, avec EDF et le service public national de l'électricité, la différenciation selon l'approvisionnement énergétique local n'avait pas prise, le système électrique était national avant tout, principalement fondé sur les 19 centrales nucléaires et une poignée de vallées hydroélectriques principales. Ici, la porte ouverte à un financement des collectivités territoriales sur leur « territoire d'approvisionnement

³²⁶⁰ Nicolas KADA, « Proximité », *Dictionnaire encyclopédique de la décentralisation*, Nicolas KADA et al. (dirs.), Berger Levrault, 2017, p. 863.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

énergétique » pourrait amener à une recomposition énergétique, renforçant la coopération et les investissements croisés (ou prédateurs, dans la vision négative) autour des nœuds de connexion du réseau. Nul doute que certaines métropoles y verraient une occasion promotionnelle de s'afficher « *100% électricité renouvelable produite localement* ».

Le droit de la transition énergétique apparaît alors comme un droit de recomposition territoriale, au côté du droit de la décentralisation lui-même, et dont il tire profit. Cela peut être annonciateur d'un renforcement de « *l'interterritorialité* »³²⁶¹, via des coopérations locales dans l'investissement à destination des infrastructures de production d'énergie renouvelable, et peut-être demain de stockage d'énergie³²⁶². Cette perspective aurait alors le potentiel d'accélérer le passage à un « *ensemble énergétique interconnecté, péréqué et solidaire* »³²⁶³.

³²⁶¹ Nathalie LAVAL-MADER, « La société publique locale, ... », *cit.*, 2012, p. 1093.

³²⁶² Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 2, II) A) 1).

³²⁶³ Benoit BOUTAUD, « XI. Les énergies renouvelables, ... », *Droit et gestion des collectivités territoriales - Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, *cit.*, 2013, p. 2013.

Section 2 :

**Le droit de la transition énergétique entre droit-créance et théorie de la Justice,
à la recherche de ses fondements**

Si le droit de la transition énergétique constitue donc un outil d'intéressement (que nous pourrions ici à la fois entendre au sens d'intéressement financier mais aussi si nous remontons à la racine du mot, de ce qui attire l'attention, en l'occurrence sur les énergies renouvelables et la transition), il est cependant impératif d'en garantir l'effectivité. L'une des solutions serait alors d'en faire un droit subjectif, afin de permettre aux citoyens ou à leurs associations d'en assurer l'ambition et l'application par la saisine du juge.

La question est alors de savoir si le droit de la transition énergétique a le potentiel de devenir un droit à la transition énergétique, ou s'il paraît plus approprié de trouver des solutions détournées pour forcer les pouvoirs législatif et exécutif à tenir leurs engagements et en particulier celui capital de réduction des émissions de gaz à effet de serre. C'est en effet sur cet objectif suprême que se rejoignent les mesures concernant les énergies renouvelables, les économies d'énergie, mais aussi des enjeux non directement liés à la transition énergétique comme la déforestation (une cause) ou la protection de la biodiversité en danger (une conséquence).

En sus, des conceptions sectorielles de la justice émergent, avec leurs propres contentieux en évolution ou leur propre philosophie : la justice climatique et la justice énergétique. Le droit de la transition énergétique en développement ne peut les ignorer, y étant très lié dans sa finalité ou dans le choix de ses outils. En réalité, c'est même le droit dans son ensemble qui est indissociable de la justice, ainsi que le soulève Jacques Derrida lorsqu'il annonce : « *point de justice sans appel à des déterminations juridiques et à la place du droit, point de devenir, de transformation, d'histoire et de perfectibilité du droit qui n'en appelle à une justice qui pourtant l'excédera toujours* »³²⁶⁴. Or, si nous parlons d'émergence du droit de la transition énergétique, il tombe sous le sens que nous sommes alors face à un droit en quête de « *devenir, de transformation, d'histoire et de perfectibilité* ». Donc, un droit en quête de Justice.

Cette perspective de rattachement potentiel voire souhaitable du droit de la transition énergétique à des droits fondamentaux et à différents courants de justice issus de la justice environnementale permettrait d'apporter ce « *supplément d'âme* » au droit de la transition énergétique, souvent composé de dispositions techniques arides pour traiter de problématiques qui peuvent l'être tout autant. Pourtant, ces questions montrent bien que derrière les dispositions techniques se cachent des choix éminemment politiques voire philosophiques.

³²⁶⁴ Jacques DERRIDA, *Voyous*, Galilée, 2003, p. 208.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

I. L'émergence peu probable d'un droit subjectif à la transition énergétique en réalité non nécessaire

Les normes juridiques peuvent être décomposées et classées par secteur (d'où la codification), selon leur force³²⁶⁵, ou encore selon leurs destinataires. La *suma divisio* dans ce dernier cas prend la forme de la dichotomie entre droit objectif et droits subjectifs. Si le droit objectif est impersonnel et s'applique à tous, une personne (physique ou morale) en particulier peut être titulaire de droits subjectifs. Ils peuvent aussi être patrimoniaux ou extrapatrimoniaux. Bien que nous les séparions ici pour insister sur leurs différences et se concentrer sur les droits subjectifs dans les lignes qui suivent, il est à noter que les droits subjectifs découlent directement du droit objectif³²⁶⁶. En effet, c'est parce que le législateur ouvre un droit subjectif *via* un texte de loi que les personnes peuvent s'en saisir et le faire leur³²⁶⁷.

Au sein même de la famille des droits subjectifs, nous pouvons distinguer entre les droits individuels, dits « *droits-libertés* » ou « *droits de* », et les droits collectifs, dits « *droits-créances* » ou « *droits à* »³²⁶⁸. Les premiers sont essentiellement issus de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789, reconnaissant des libertés aux individus afin de les protéger de l'arbitraire de l'Etat, au sortir de l'absolutisme de l'Ancien Régime³²⁶⁹. Quant aux seconds, nous les trouverons plus particulièrement dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 de la IV^e République³²⁷⁰. Ceux-ci permettent aux citoyens de faire valoir des droits collectifs dont certains exigent une action positive de l'Etat, dans la logique inverse à celle des droits-libertés, donc³²⁷¹.

La doctrine a beaucoup glosé et ce de longue date sur ces questionnements³²⁷², et le processus juridique de la transition énergétique semble pouvoir également y prêter le flanc. La reconnaissance d'un droit subjectif à la transition énergétique ne semble cependant pas constituer un chemin évident pour renforcer sa mise en œuvre. La solution d'un droit subjectif par ricochet pourrait alors s'avérer plus adaptée.

³²⁶⁵ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 2.

³²⁶⁶ Maurice VANHOUTTE, « Le droit subjectif en question », *Revue Philosophique de Louvain*, tome 64, n° 82, 1966, p. 332.

³²⁶⁷ Jean DABIN insiste bien sur cette condition *sine qua non* de la concession du droit subjectif par le droit objectif. Cf. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 2007, p. 105.

³²⁶⁸ *Vie-publique*, « Les droits individuels et collectifs, droits-libertés et droits-créances : quelles différences ? », 30 mai 2006, consulté le 12 juin 2017 [<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/citoyen/approfondissements/droits-individuels-collectifs-droits-libertes-droits-creances-queelles-differences.html>].

³²⁶⁹ *Ibid.*

³²⁷⁰ *Ibid.*

³²⁷¹ François RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la constitution de 1946 », *Préambule de la constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Geneviève KOUBI, et al. (dirs.), PUF, 1996, pp. 171 – 172. Cf. également pour la généalogie du concept de droits publics subjectifs, Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, 2003.

³²⁷² *Id.*, pp. 169, 176 ; Laurence GAY, « La notion de "droits-créances" à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, juin 2004, p. 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

A) La difficulté de reconnaître un droit subjectif à la transition énergétique

Afin de pouvoir déterminer si la transition énergétique peut devenir un droit subjectif, que les citoyens pourraient alors invoquer devant un juge afin de faire respecter sa mise en œuvre, notamment face à d'autres droits ou impératifs, une introduction au concept de droits-créances s'impose. Les questionnements sur le passage d'un droit *de* la transition énergétique à un droit *à* la transition énergétique découleront alors naturellement dans un second temps.

1) Une introduction au concept de droits-créances

Selon René Capitant, cité par le professeur François Rangeon:

« [L]a liberté a besoin, pour être effective, que l'Etat organise ces grands services publics [...] qui sont le moyen pour l'Etat de remplir les obligations nouvelles qu'il contracte envers l'individu et de distribuer à chacun les soins, l'éducation, les secours à défaut desquels il n'y a pas de sécurité sociale et, par conséquent, pas de liberté véritable »³²⁷³.

Il semble donc que pour rendre effective une liberté, telle que celles reconnues dans la DDHC, il y ait un besoin impérieux d'action de l'Etat. Cette pensée nous rappelle la phrase bien connue de Jean-Baptiste-Henri Dominique Lacordaire selon laquelle: « *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* »³²⁷⁴. Cette considération renforce le lien puissant et nécessaire entre droits-libertés et droits-créances.

Si les droits-libertés sont des droits qui sont effectifs par simple inaction contradictoire de l'État, les droits-créances sont des droits d'action. Ils sont « *un pouvoir d'exiger [...] une prestation positive* » de l'Etat³²⁷⁵.

Pour se limiter aux seuls droits-créances de rang constitutionnel, étant donné sinon leur « *caractère potentiellement infini* » au niveau législatif³²⁷⁶, la doctrine en dénombrait 8 en 2008:

« *Le préambule de 1946 reconnaît successivement le droit d'obtenir un emploi (al. 5), le droit à des conditions nécessaires au développement individuel et familial (al. 10), le droit à la santé (al. 11), le droit à la sécurité matérielle (al. 11), le droit à des moyens convenables de subsistance (al. 11), le droit à la solidarité en cas de calamité nationale (al. 12), le droit à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture (al. 13). Le dernier élargissement*

³²⁷³ François RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances : ... », *Préambule de la constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, cit., 1996, p. 178.

³²⁷⁴ Jean-Baptiste-Henri Dominique LACORDAIRE, « Du double travail de l'homme », 52e conférence de Notre-Dame, 16 avril 1848, *Œuvres du R. P. Henri-Dominique Lacordaire*, tome IV, Paris, Poussièlgue Frères, 1872, p. 494. Cf. cette référence dans son contexte, Xavier AUREY, « Henri-Dominique Lacordaire, "Du double travail de l'homme" », *Fondamentaux.org*, 30 jan. 2011, consulté le 13 juin 2017 [<http://www.fondamentaux.org/2011/01/30/henri-dominique-lacordaire-du-double-travail-de-l%E2%80%99homme/>].

³²⁷⁵ Laurence GAY, « La notion de " droits-créances " à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, juin 2004, p. 1

³²⁷⁶ Cécile RAPOPORT, « L'opposabilité des « droits-créances » constitutionnels en droit public français », Communication présentée aux journées de l'association française de droit constitutionnel, 2008, p. 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

du bloc de constitutionnalité par l'octroi d'une valeur constitutionnelle à la Charte de l'environnement permet d'ajouter le droit à un environnement sain à la liste précédente, tandis que le droit au logement a été reconnu comme objectif à valeur constitutionnelle par le Conseil Constitutionnel »³²⁷⁷.

La grande majorité de ces droits est donc issue du préambule de la constitution de 1946 mais comporte aussi le droit à un environnement sain, issu de la Charte de l'environnement de 2004, que nous verrons plus avant. Le droit au logement, reconnu objectif à valeur constitutionnelle (OVC), de rang inférieur donc, fera aussi l'objet d'un développement subséquent et en particulier une de ses composantes, le droit à l'eau et sur le potentiel du droit à l'énergie.

Mais si ces droits-créances ne sont que des outils mis à la disposition des citoyens, c'est de leur accueil par le juge dont il faut s'enquérir afin de définir leur effectivité au-delà de leur proclamation.

En premier lieu, s'agissant du Conseil constitutionnel. Afin de donner corps aux droits-créances constitutionnels, les Sages de la rue de Montpensier en contrôlent le respect par les anciennes ou nouvelles lois. En 2008, 58 décisions prenant comme normes de référence des droits-créances issus du préambule de 1946 avaient été rendues³²⁷⁸. Avant même les années 2000, le professeur Dominique Rousseau avançait que le Conseil fait non seulement usage du préambule de 1946, mais qu'il l'a utilisé pour « "*découvrir*" des principes constitutionnels qui n'y figuraient pas expressément »³²⁷⁹. Toutefois, le Conseil constitutionnel procède à un contrôle moins strict sur les droits-créances que sur les droits-libertés³²⁸⁰, dénotant leur différence de portée juridique. Il exige également une concrétisation législative pour donner sa pleine substance juridique à un droit-créance³²⁸¹, ce qui pose la question paradoxale de l'ineffectivité d'un droit de rang constitutionnel qui ne serait pas consacré par une loi. Enfin, l'exemple de l'alinéa 5 du préambule de 1946, proclamant le droit à l'emploi, est fort éclairant quant à la mise en application de ces droits. Pour Laurence Gay, « *c'est un truisme que d'affirmer qu'il ne saurait garantir l'accès à un bien - l'emploi - à toute personne au chômage* »³²⁸². Selon la même auteure, ce droit est davantage utilisé par le Conseil constitutionnel afin d'étayer des textes de loi visant à favoriser le niveau d'emploi le plus élevé possible, à l'exemple de la législation concernant les 35h hebdomadaires, face à d'autres droits fondamentaux qui pourraient être invoqués devant les Sages³²⁸³.

En second lieu, le Conseil d'Etat fait aussi application, depuis plus de 60 ans, des dispositions du préambule de 1946. A l'image de l'arrêt *Dehaene*, du 7 juillet 1950³²⁸⁴, traitant du droit de

³²⁷⁷ *Id.*, pp. 2 – 3.

³²⁷⁸ Laurence GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2008, p. 33.

³²⁷⁹ Cf. l'ensemble de la section, Dominique ROUSSEAU, « Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946 », *La Revue Administrative*, n° 296, mars-avr. 1997, pp. 162 – 164.

³²⁸⁰ Laurence GAY, « La notion de " droits-créances " ... », *cit.*, juin 2004, p. 1.

³²⁸¹ Cécile RAPOPORT, « L'opposabilité des « droits-créances » constitutionnels ... », *cit.*, 2008, p. 6.

³²⁸² Laurence GAY, « La notion de " droits-créances " ... », *cit.*, juin 2004, p. 2.

³²⁸³ *Ibid.*

³²⁸⁴ CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, n° 01645.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

grève des fonctionnaires, et rompant avec l'arrêt *Winkell* du 7 août 1909³²⁸⁵, permettant de trouver un équilibre entre la continuité du service public et le respect de ce droit fondamental³²⁸⁶. Toutefois, là encore, l'opposabilité directe de ces droits à l'administration ne va pas de soi³²⁸⁷.

Ces éléments étant posés, il est alors possible de s'enquérir de l'éventualité de la reconnaissance d'un droit à la transition énergétique.

2) La possibilité d'un droit subjectif à la transition énergétique ?

Dans l'hypothèse d'un droit à la transition énergétique qui serait prêt à être découvert, nous pouvons tout d'abord nous pencher sur la loi-phare de ce processus, avant de tâcher d'envisager quel pourrait être le contenu d'un tel droit-créance.

L'article 1^{er} de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte modifie les articles L. 100-1, -2 et -4 du Code de l'énergie, traitant de la politique énergétique. Evoqués précédemment dans cette thèse, il s'avère qu'ils sont dotés d'une force normative faible, et davantage considérés comme des neutrons législatifs³²⁸⁸. Pourtant, leur formulation impérative rappelle fortement la rédaction du préambule de 1946. Peut-être augurent-ils donc de nouveaux droits-créances en position d'être reconnus par le juge. Il faut cependant différencier ici les impératifs rédigés *via* des verbes d'action, de ceux rédigés *via* des verbes d'intention. Ainsi, les points 2 à 5 de l'article L. 100-1 du Code de l'énergie peuvent se montrer davantage liants pour l'Etat (« assure », « maintient », « préserve », « garantit ») que ceux des autres alinéas (« favorise », « lutte », « contribue »). Sur le fondement de ce constat purement formel, alors les citoyens pourraient potentiellement se prévaloir à l'encontre de l'Etat d'une obligation par celui-ci de mettre en œuvre la sécurité d'approvisionnement et la réduction des importations d'énergie, un prix de l'énergie compétitif, la protection de la santé humaine et de l'environnement (notamment *via* la lutte contre l'effet de serre) et « *un droit d'accès de tous les ménages à l'énergie sans coût excessif au regard de leurs ressources* »³²⁸⁹.

Ces germes de droit-créance sont pour certains renforcés par la lettre de l'article L. 100-2 du Code de l'énergie, visant à fixer la démarche de l'Etat et de certains de ses « partenaires » pour l'atteinte des objectifs de l'article L. 100-1. Selon la même méthode que ci-dessus, il ressort que les verbes d'action semblant les plus engageants concernent trois dispositions : « *Garantir aux personnes les plus démunies l'accès à l'énergie, bien de première nécessité, ainsi qu'aux services énergétiques* », « *Assurer l'information de tous et la transparence,*

³²⁸⁵ CE, 7 août 1909, *Winkell*, n° 373317.

³²⁸⁶ Cf. l'analyse du Conseil d'Etat, « 7 juillet 1950 – Dehaene, Droit de grève des fonctionnaires », consulté le 13 juin 2017 [<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/7-juillet-1950-Dehaene>].

³²⁸⁷ Cécile RAPOPORT, « L'opposabilité des « droits-créances » constitutionnels ... », *cit.*, 2008, p. 7. Pour une étude plus complète sur le refus de l'invocabilité directe des droits-créances de 1946 par le Conseil d'Etat, cf. Philippe TERNEYRE, « Droit constitutionnel social. Le Conseil d'Etat et la valeur juridique des droits sociaux proclamés dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RFDC*, n° 6, 1990, pp. 317 – 330.

³²⁸⁸ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 2, I) Chapeau.

³²⁸⁹ C. *Ener.*, art. L. 100-1, respectivement, 2°, 3°, 4° et 5°.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

notamment sur les coûts et les prix des énergies ainsi que sur l'ensemble de leurs impacts sanitaires, sociaux et environnementaux », et « Assurer des moyens de transport et de stockage de l'énergie adaptés aux besoins »³²⁹⁰. Nous retrouvons donc la question de l'accès à l'énergie, thématique en développement³²⁹¹ ; celle de l'information et de la transparence, sujets fortement liés aux politiques environnementales³²⁹² et au développement du cadre légal de la transition énergétique³²⁹³ ; et enfin, une disposition atypique ici par sa technicité concernant les moyens de transport et de stockage d'énergie. À noter que cette dernière disposition est particulièrement floue en ce qu'elle repose sur « *l'adaptation aux besoins* », notion non définie et certainement variable dans le temps et dans l'espace.

Si nous pouvons donc dresser un parallèle purement formel avec la rédaction des droits-créances de 1946 (garantie de l'égalité homme/femme, droit d'obtenir un emploi, assurance par la Nation à l'individu et la famille des conditions nécessaires à leur développement³²⁹⁴, etc.) il n'est cependant pas certain que le droit de la transition énergétique dans son essence même se prête à une consécration en tant que droit-créance.

À première vue, il serait intéressant de reconnaître un droit à la transition énergétique dont le citoyen pourrait user devant le juge à l'encontre de l'inaction ou d'une action insuffisante de l'Etat. Nous évoquons ici l'action de l'Etat, alors qu'il est clair que la transition énergétique se réalisera à l'unique condition d'une mobilisation de tous les pans de la société (secteurs tant publics que privés, citoyens, associations et sociétés), comme le rappellent les premières lignes de l'article L. 100-2 du Code de l'énergie impliquant en premier lieu l'Etat mais aussi les collectivités, leurs groupements, les entreprises, les associations et les citoyens. Néanmoins, la logique ici applicable est comparable à celle de la sécurité sociale, « *un devoir de solidarité réciproque* » découlant d'un « *contrat de tous avec tous* »³²⁹⁵, et impliquant donc en premier lieu les citoyens eux-mêmes mais transféré pour devenir effectif à l'Etat. Selon cette logique, la transition énergétique également ne peut être un succès que si réalisée par tous et donc mise à la charge de l'Etat afin de l'organiser. Au surplus, la transition semble pouvoir être qualifiée de contrat de tous avec tous, si l'on considère que ses grandes lignes sont issues du débat national sur la transition énergétique³²⁹⁶ voire du vote pour le programme politique du candidat François Hollande en 2012³²⁹⁷. Si les conditions formelles de l'émergence d'un droit à la transition énergétique semblent donc à portée de main, les conditions de fond sont plus complexes.

³²⁹⁰ C. Ener., art. L. 100-2, respectivement, 2°, 6° et 9°.

³²⁹¹ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, I) B) 2) a).

³²⁹² Cf. par exemple, Charte de l'environnement de 2004, art. 7.

³²⁹³ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1.

³²⁹⁴ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, respectivement alinéas 3, 5, 7 et 10.

³²⁹⁵ François RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances : ... », *Préambule de la constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, cit., 1996, p. 178.

³²⁹⁶ Cf. Partie 1, titre 1, section 1, II).

³²⁹⁷ Opération qui reste toutefois périlleuse tant les ressorts d'un vote vont au-delà d'une seule mesure voire d'un chapitre d'un programme politique et ne sauraient que selon une acception passéiste de la démocratie constituer un blanc-seing populaire.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Les questions qui se posent sont ici les suivantes : Quel contenu un droit à la transition énergétique aurait-il ? Serait-il le devoir pour l'Etat d'assurer un avenir aux conséquences du changement climatique limitées ? Ou plus prosaïquement, un droit à la consommation d'une énergie d'origine 100% renouvelable au même prix voire à un prix plus avantageux que celle à base de combustibles fossiles et fissiles ? Un droit à l'autoconsommation de sa propre électricité ? La reconnaissance de tels buts, s'ils forment des objectifs ambitieux, ne serait pas forcément effective. Un encadrement de l'autoconsommation, par exemple, garantissant son appréhension par le droit et donc sa légalité, est bien en cours³²⁹⁸, mais reconnaître une telle possibilité ne donnera pas forcément les moyens financiers aux citoyens de s'en équiper, faisant alors pencher ce droit vers les droits-libertés bien plus que vers les droits-créances. Ces dispositions seraient bien plus, comme vu quelques lignes plus haut au sujet du droit à un emploi, des appuis à des législations sectorielles postérieures allant dans le sens de ces objectifs, que des garanties d'exécution par l'Etat. Le droit à la préservation de la santé humaine et de l'environnement, par exemple, peut déjà servir à contrecarrer l'invocation du droit à la propriété privée de certaines sociétés souhaitant continuer l'exploitation d'industries polluantes et/ou par trop dangereuses³²⁹⁹.

Le problème, c'est que la transition énergétique étant issue d'un processus technique et économique, en faire découler des droits subjectifs ne coule pas de source. Surtout, les droits-créances qu'il serait possible de dégager sont probablement mieux à même d'être garantis *via* des droits-créances constitutionnels ou quasi-constitutionnels déjà établis, tels que le droit à un environnement sain ou le droit à l'énergie.

B) La solution d'un droit subjectif par ricochet

Afin de maximiser l'usage des outils légaux (dans une logique qui n'est pas étrangère à celle de l'efficacité énergétique), il semble plus adapté de garantir la mise en œuvre de la transition énergétique par le biais de droits subjectifs déjà existants et dotés d'une reconnaissance de rang constitutionnel. La satisfaction de ces droits-créances favorisera alors la transition énergétique par ricochet. Les deux exemples utilisés ci-dessous ont un lien évident avec la transition énergétique. Le droit à un environnement sain a un lien de finalité avec la transition énergétique, qui cherche à aboutir à un modèle énergétique 100% renouvelable et donc non émetteur de gaz à effet de serre. Le droit à l'énergie a quant à lui un lien organique avec la transition en portant sur la même matière.

1) Le droit subjectif à la transition énergétique au travers du droit à un environnement sain

Si le droit subjectif à un environnement sain a accompli un pas de géant par l'adossement de la charte de l'environnement de 2004 à la Constitution de 1958, le bilan de son utilisation par le juge reste modéré et la pleine reconnaissance de ce droit-créance reste en suspens.

³²⁹⁸ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 2, I) B) 2) a).

³²⁹⁹ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, II) B).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

a) La constitutionnalisation du droit à un environnement sain par la charte de l'environnement

Par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, en son article 1, le premier alinéa du préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 est complété, à la suite de la DDHC et du préambule de 1946, par les « *droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004* », faisant ainsi entrer les droits de l'homme de 3^e génération dans la Constitution.

Pour Doro Gueye, « *Le "droit subjectif et fondamental à l'environnement" pourrait être défini comme un intérêt légitime sur l'environnement qui nécessite une protection juridique honorable et dont la mise en œuvre dépend de son titulaire ou de son représentant* »³³⁰⁰. Le même auteur développe sa tentative de définition du droit à un environnement sain en précisant qu'il s'agit d'un droit subjectif patrimonial, en ce que « *[l]'atteinte environnementale peut avoir les mêmes conséquences que l'atteinte à l'intégrité physique ou l'atteinte aux biens* »³³⁰¹. En effet, la montée des eaux enclenchée du fait du changement climatique et la multiplication tout autant que l'accroissement de l'intensité des phénomènes météorologiques extrêmes auront des conséquences patrimoniales directes et d'une ampleur potentiellement très importante³³⁰². Or, ce constat n'est pas extérieur à la transition énergétique, fondée sur le rôle primordial de l'énergie dans le changement climatique³³⁰³. Ce lien est encore renforcé par la lettre de l'alinéa 5 du préambule de la charte, citant parmi les éléments de contexte de l'état des relations entre l'Homme et l'environnement, l'impact (sous-entendu négatif) de « *certaines modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles* » sur la biodiversité, l'épanouissement humain et le progrès de nos sociétés. Le système énergétique actuel étant encore fondé à l'échelle tant mondiale que nationale sur l'extraction de minerais (charbon, uranium) ou d'hydrocarbures (pétrole, gaz), la transition énergétique est une question environnementale.

Selon Marjorie Gréco, le droit à un environnement sain est l'un des deux uniques droits fondamentaux énoncés par la charte³³⁰⁴, ensemble avec le droit d'accès aux informations et de participation à la prise de décision publique en matière d'environnement³³⁰⁵. M. Gueye avance également que ce droit « *bénéficie d'une reconnaissance juridique faisant de lui un droit fondamental à l'individu* »³³⁰⁶. Cette qualification de droit fondamental ne semble donc pas faire de doute.

Considérant la nature de ce droit subjectif, pour le professeur Michel Prieur, il :

³³⁰⁰ Doro GUEYE, *Le Préjudice écologique pur*, Connaissances et Savoirs, 2016, p. 192.

³³⁰¹ *Id.*, p. 195.

³³⁰² Cf. par exemple, Giec, 5^e rapport, « Changements climatiques 2014 - Incidences, adaptation et vulnérabilité - Systèmes côtiers et basses terres littorales », p. 17 [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg2/WGIIAR5-Chap5_FINAL.pdf].

³³⁰³ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, II) A) 1) b).

³³⁰⁴ Marjorie GRECO, *Le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé*, Université de Perpignan Via Domitia, 2016, p. 189.

³³⁰⁵ Charte de l'environnement de 2004, respectivement art. 1^{er} et 7.

³³⁰⁶ Doro GUEYE, *Le Préjudice écologique pur*, cit., 2016, p. 195.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

« [S]e rattache aux droits mixtes : à la fois droits-libertés et droits-créances. Il correspond en même temps à un droit individuel à jouir d'un environnement non pollué, sain et écologiquement équilibré (ce qui implique des droits-créances à la fois vis-à-vis de l'État et des tiers) et en même temps à un droit collectif, car l'environnement est l'affaire de tous et nécessite aussi des actions de défense vis-à-vis de biens collectifs non appropriés, tels que l'air, la mer ou la faune sauvage »³³⁰⁷.

Il est rejoint en cela par M. Gueye qui le considère également comme un droit mixte, du fait de son caractère individuel tout autant que collectif, impliquant des titulaires et débiteurs confondus³³⁰⁸, tout en ajoutant qu'il regroupe plusieurs droits subjectifs³³⁰⁹.

Enfin, pour le professeur Prieur, la reconnaissance du droit à un environnement sain est essentielle afin de « donner à ce droit une effectivité »³³¹⁰. Et cette reconnaissance synonyme d'existence ne peut être réalisée que par la reconnaissance parallèle du droit d'accès à la justice pour défendre et faire valoir ce droit subjectif³³¹¹. C'est alors du côté de l'usage fait par les juges du droit à un environnement sain reconnu dans la charte qu'il faut se tourner, afin de statuer sur sa réelle portée juridique.

b) Le refus persistant de la pleine reconnaissance d'un droit subjectif à l'environnement sain

La question de la reconnaissance et de la portée attribuée par l'office du juge au droit à un environnement sain est fondamentale, et la réponse est mitigée.

En premier lieu, malgré « le procès fait à la Charte [ayant] consisté à nier purement et simplement sa juridicité »³³¹² ce texte a atteint sa maturité juridique. Les deux principaux obstacles placés sur le chemin de sa pleine reconnaissance étaient ceux des OVC et de l'effet direct³³¹³. Le droit à un environnement sain étant expressément posé dans l'article 1 de la charte de valeur constitutionnelle il ne peut dès lors être qualifié d'OVC, cette catégorie prétorienne étant réservée à des objectifs n'étant pas directement mentionnés dans des textes constitutionnels mais dégagés par le juge *a posteriori*³³¹⁴. Pour Marjorie Gréco, « l'idée que le droit à un environnement sain est un objectif à valeur constitutionnelle, a été écartée par les juges, mais ils ne sont pas allés jusqu'à consacrer un droit subjectif à l'environnement »³³¹⁵, comme nous le verrons quelques lignes plus bas. S'agissant de la critique du manque d'effet direct, elle se révèle infondée, sachant que l'article 1 de la charte ne faisant pas référence au législateur pour sa mise en œuvre, à la différence des articles 3, 4 et 7 dudit

³³⁰⁷ Michel PRIEUR, « La charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 63.

³³⁰⁸ Doro GUEYE, *Le Préjudice écologique pur*, cit., 2016, p. 195.

³³⁰⁹ *Ibid.*

³³¹⁰ Michel PRIEUR, « La charte de l'environnement ... », cit., 2008, p. 62.

³³¹¹ *Id.*, p. 62.

³³¹² *Id.*, p. 58.

³³¹³ *Id.*, p. 58.

³³¹⁴ *Id.*, p. 61.

³³¹⁵ Marjorie GRECO, *Le droit de vivre dans un environnement équilibré ...*, cit., 2016, p. 207.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

texte³³¹⁶. Partant, il est bien considéré par la doctrine comme étant doté d'une « *invocabilité directe et d'un effet horizontal* »³³¹⁷.

En second lieu, quant à l'application faite par le juge de ce droit. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel a « *rendu au total sept décisions fondées sur la Charte* »³³¹⁸ et a, dès 2008, donné toute leur force aux dispositions de la charte par le considérant de principe suivant : « *l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle ; [ils] s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif* »³³¹⁹. Toutefois, les Sages de la rue de Montpensier ont précisé ultérieurement que les alinéas du préambule de la charte « *ont valeur constitutionnelle [mais qu'] aucun d'eux n'institue un droit ou une liberté que la Constitution garantit ; qu'ils ne peuvent être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* »³³²⁰. Outre cette limite, la doctrine révèle que l'article 1 de la charte détient « *une valeur symbolique plus que juridique car [...] à ce jour, aucune loi n'a encore été déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de ces articles* »³³²¹, réduisant ainsi considérablement la portée actuelle de ce droit, proclamé, mais appliqué de manière limitée. Ensuite, si le juge administratif a également reconnu la valeur constitutionnelle de la charte et en a fait usage³³²², au même titre que le juge judiciaire y a recouru³³²³, sa réception n'est pas pleine et entière non plus. En effet, selon Marjorie Gréco, l'ensemble des juges (constitutionnel, administratif et judiciaire) « *est assez réticent à l'idée de reconnaître la pleine effectivité du droit à l'environnement, considérant parfois que les moyens tirés de l'article 1er de la Charte étaient trop imprécis, que le danger n'était pas actuel ou imminent ou bien encore soulevant son incompétence pour apprécier le contenu de cet article* »³³²⁴. Or, cette frilosité du juge (qui n'est pas sans rappeler l'incompétence négative dont se rend parfois coupable le législateur, au prix d'une sanction judiciaire³³²⁵) nuit directement à l'application du droit à un environnement sain.

Au niveau supranational, la situation varie également selon qu'il s'agisse de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ou de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). La cour de Strasbourg n'hésite ainsi pas à développer une interprétation extensive de l'article 8 de sa convention portant sur la protection de la vie privée et du domicile et d'y faire entrer, dans certaines conditions, relativement restrictives, la protection du droit à un environnement sain³³²⁶. En revanche, la cour du Luxembourg présente un *statu quo* assez proche de celui en vigueur dans l'hexagone. En effet, si « *la préoccupation pour un*

³³¹⁶ *Id.*, p. 208.

³³¹⁷ *Id.*, p. 229.

³³¹⁸ *Id.*, p. 205

³³¹⁹ CC, 19 juin 2008, déc. n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 18.

³³²⁰ CC, 7 mai 2014, déc. n° 2014-394 QPC, *Société Casuca*, cons. 5.

³³²¹ Marjorie GRECO, *Le droit de vivre dans un environnement équilibré ...*, cit., 2016, p. 238.

³³²² CE, Ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931, cons. 2.

³³²³ Marjorie GRECO, *Le droit de vivre dans un environnement équilibré ...*, cit., 2016, p. 209.

³³²⁴ *Id.*, pp. 209 – 210.

³³²⁵ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 1, I) A) b).

³³²⁶ Patricia SAVIN, « Le droit constitutionnel à un environnement sain à l'aune de la COP21 », *Constitutions*, 2015, p. 444.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

*environnement sain [...] se retrouve à travers l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux [, cette] disposition s'est toutefois vu dénier la qualité de droit subjectif dès l'origine »*³³²⁷. Devant cette réticence du juge à lui donner sa pleine portée, il faudrait que les Etats-membres décident de le consacrer explicitement, « *ce qui ne semble pas encore d'actualité »*³³²⁸.

En fin de compte, la doctrine regrette le manque d'effectivité du droit à l'environnement sain qui « *demeure à ce jour un droit purement politique, hypothétique »*³³²⁹, alors que le Conseil constitutionnel en particulier devrait lui donner toute sa portée. Il est vrai que pour se faire, les citoyens et associations ont un rôle de premier plan à jouer en le sollicitant. Après avoir souligné le rôle positif d'impulsion et de développement de la transition énergétique par l'investissement participatif de ces acteurs³³³⁰, ils sont également appelés à jouer un rôle de gardiens du respect du droit à un environnement sain, et pour cela, notamment de la mise en œuvre de la transition énergétique. Les propos sur l'émergence de la justice climatique, quelques paragraphes plus bas³³³¹, entrent aussi dans ce schéma.

En définitive, et toujours selon Marjorie Gréco, « [il] *s'agit donc peu à peu de tirer ce concept de son abstraction et de son caractère général pour résoudre des difficultés d'application de normes, en le transformant en une notion juridique »*³³³². Nous y voyons un cheminement inverse à celui du droit de la transition énergétique. Là où il convient de faire passer le droit à un environnement sain de l'état de concept abstrait à celui de notion juridique, il faut procéder à la transmutation du fourmillement de normes techniques de la transition énergétique vers un état de conceptualisation de ce droit afin de lui donner une entité et une philosophie, par exemple et la liant au concept de justice énergétique³³³³.

2) Le droit subjectif à la transition énergétique au travers du droit à l'énergie

Si le droit subjectif à un environnement sain offre un potentiel intéressant afin de permettre à la transition énergétique d'être mise en œuvre en accord avec cet objectif suprême, le droit à l'énergie ouvre d'autres portes, plus techniques, davantage à une échelle individuelle et concernant surtout une population en situation de faiblesse sociale et économique. Afin de mieux en percevoir les enjeux et les obstacles, nous nous intéresserons tout d'abord au cas du droit à l'eau, plus ancien et relativement comparable au droit à l'énergie.

³³²⁷ Nina LE BONNIEC, « La reconnaissance d'un droit fondamental à un environnement sain dans l'ordre juridique de l'Union européenne : simple possibilité ou réelle nécessité ? », *Rev. UE*, 2016, p. 211.

³³²⁸ *Id.*, p. 214.

³³²⁹ Marjorie GRECO, *Le droit de vivre dans un environnement équilibré ...*, cit., 2016, p. 5.

³³³⁰ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 1, I) A) 2) et B) 2).

³³³¹ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, II) A).

³³³² Marjorie GRECO, *Le droit de vivre dans un environnement équilibré ...*, cit., 2016, p. 422.

³³³³ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, II) B).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- a) L'exemple éclairant du droit à l'eau incorporé dans l'objectif de valeur constitutionnelle du droit au logement décent

Depuis 2006, de multiples dispositions législatives ont donné corps à un début de droit à l'eau, sans pour autant le reconnaître pleinement. La loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, dite LEMA, prévoit ainsi dans son article 1 que « *chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous* ». L'article 75 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, pour sa part, modifie l'article L. 115-3 du Code de l'action sociale et des familles (CASF) afin d'interdire aux distributeurs d'eau d'en interrompre la fourniture pendant la trêve hivernale en cas d'impayés. L'article 36 de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, dite loi DALO, quant à lui, étend cette interdiction à l'ensemble de l'année. Enfin, l'article 19 de la loi Brottes³³³⁴ étend de nouveau cette prohibition à l'ensemble des personnes ou familles, et non plus aux seules en difficulté bénéficiant ou ayant bénéficié d'une aide du fonds de solidarité pour le logement (FSL). La reconnaissance d'un droit à l'eau, si non officielle et formelle, semble donc avoir factuellement progressé au cours de la dernière décennie.

Mais le problème de l'opposabilité en justice reste entier afin d'apporter une pleine garantie à ce droit, comme le relève Carole Nivard³³³⁵. L'affaire aurait pu être bouclée si l'adoption d'une proposition de loi de 2013³³³⁶, renouvelée en 2015 et adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale et le Sénat à date de février 2017³³³⁷, avait été menée à son terme, ce qui n'est pas encore le cas.

Toutefois, une QPC tranchée en 2015 permet de nous éclairer sur la position du juge constitutionnel s'agissant du droit à l'eau :

*« Le Conseil n'a pas l'imprudence de reconnaître un droit à l'eau, en tant que droit social subjectif, sur le fondement de la Constitution. Il ne remet pas non plus en cause le choix du législateur en opérant un contrôle restreint. Cela étant, s'agissant d'une première décision sur la question de l'accès à l'eau, il retient une interprétation de la Constitution relativement protectrice et prend en compte la spécificité de cette ressource nécessaire à la vie humaine lors de son contrôle. Ainsi, il inscrit de manière inédite la garantie de l'accès à l'eau au sein de l'objectif à valeur constitutionnelle de la possibilité de disposer d'un logement décent »*³³³⁸.

Cette QPC, soumise à l'encontre de l'article L. 115-3 du CASF par une société distributrice d'eau consacre donc la décision du législateur face à l'article 4 de la DDHC protégeant la

³³³⁴ Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, dite loi Brottes.

³³³⁵ Carole NIVARD, « La garantie d'un accès à l'eau devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2015, p. 1704.

³³³⁶ Proposition de loi visant à la mise en œuvre effective du droit humain à l'eau potable et à l'assainissement, n° 1375, déposée le 18 septembre 2013 [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1375.asp>].

³³³⁷ Proposition de loi visant à la mise en œuvre effective du droit humain à l'eau potable et à l'assainissement, n° 2715 rectifié, déposée le 8 avril 2015 [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion2715.asp>].

³³³⁸ Carole NIVARD, « La garantie d'un accès à l'eau devant le Conseil constitutionnel », *cit.*, 2015, p. 1704.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle³³³⁹. Pour se faire, il s'appuie sur l'OVC du droit à un logement décent, dégagé des alinéas 1, 10 et 11 du préambule de 1946³³⁴⁰. Mais la lame est à double tranchant car ainsi que l'écrit alors Florence Lérique, « *il est impossible de parler du droit à l'eau comme d'un droit subjectif, voire comme d'un droit en soi* »³³⁴¹. Et la doctrine de préciser qu'un tel fondement semble bien faible, de par son caractère d'OVC qui ne lui autorise pas à fonder une revendication à l'encontre de l'action ou de l'inaction du législateur ni ne peut pas donner lieu à une QPC³³⁴². Au surplus, le droit au logement n'est pas des plus effectifs en France³³⁴³, ce qui a d'ailleurs conduit la CEDH à condamner l'Etat tricolore sur ce sujet³³⁴⁴.

En somme, la situation n'a pas changé en France depuis le rapport d'Henri Smets en 2011 sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement, dans lequel il soulignait que bien que des mesures aient été prises pour une reconnaissance officielle de ce droit, l'imprécision de sa définition notamment n'en permettait pas une application effective³³⁴⁵.

La situation du droit à l'eau, indexé à un droit au logement impuissant, risque de se propager au droit à l'énergie émergent. Tout d'abord, parce que les mesures devant assurer dans les faits un accès à l'énergie font partie du même article du CASF que celles sur l'eau. Ensuite, par leur nature commune de biens dits « *complexes car ils sont nécessaires, même indispensables à la vie quotidienne et, d'un autre côté, ils génèrent des profits importants pour les entreprises qui les exploitent et les distribuent* »³³⁴⁶. Au surplus, pour le professeur Gordon Walker³³⁴⁷, l'accès à l'énergie est plus complexe encore que l'accès à l'eau. En effet, l'eau ne recouvre qu'une seule forme matérielle et sa nécessité pour la vie humaine est évidente, à la différence de l'énergie, protéiforme et d'une nécessité indirecte bien que forte. L'enjeu de l'accès à l'énergie ajoute donc une couche de complexité supplémentaire aux questionnements juridiques en suspens dans le cas de l'accès à l'eau.

b) Le développement du droit à l'énergie et ses contradictions concernant la transition énergétique

Il a été vu auparavant que l'article 1 de la loi de transition énergétique semble proclamer certains droits subjectifs³³⁴⁸. Ce constat est particulièrement valable concernant le droit à l'énergie. La nouvelle rédaction de l'article L. 100-1 du Code de l'énergie assure ainsi « *un droit d'accès de tous les ménages à l'énergie sans coût excessif au regard de leurs*

³³³⁹ CC, 29 mai 2015, déc. n° 2015-470 QPC, *Société SAUR SA*, cons. 10.

³³⁴⁰ *Id.*, cons. 6.

³³⁴¹ Florence LERIQUE, « Un droit social qui ne coule pas de source : le droit à l'eau », *RDSS*, 2015, p. 1099.

³³⁴² Carole NIVARD, « La garantie d'un accès à l'eau devant le Conseil constitutionnel », *cit.*, 2015, p. 1706.

³³⁴³ Florence LERIQUE, « Un droit social qui ne coule pas de source : le droit à l'eau », *cit.*, 2015, p. 1099.

³³⁴⁴ CEDH, 9 avril 2015, *Tchokontio Hapii c. France*, n° 65829/12.

³³⁴⁵ Henri SMETS, « Pour une effectivité accrue du droit à l'eau potable en France », *Le droit à l'eau potable et à l'assainissement, sa mise en œuvre en Europe*, Henri SMETS (dir.), 2011, pp. 225 – 228.

³³⁴⁶ Florence LERIQUE, « Un droit social qui ne coule pas de source : le droit à l'eau », *cit.*, 2015, p. 1097.

³³⁴⁷ Gordon WALKER, « The right to energy: Meaning, specification and the politics of definition », *L'Europe en Formation*, n° 378, 2015, p. 30.

³³⁴⁸ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, I) A) 2).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

ressources »³³⁴⁹ doublé de la garantie, au L. 100-2, « *aux personnes les plus démunies [de] l'accès à l'énergie, bien de première nécessité, ainsi qu'aux services énergétiques* »³³⁵⁰. La loi de transition énergétique reconnaît donc à l'énergie le caractère de bien de première nécessité, ce qui le place comme un impératif élevé à la charge de l'Etat, sans pour autant arriver au niveau de l'eau, bien vital.

Le deuxième progrès non négligeable en matière d'accès à l'énergie apporté par la loi du 17 août 2015 découle de son article 201, précisé par le décret n° 2016-555 du 6 mai 2016 relatif au chèque énergie, créant le chèque énergie, qui devrait être étendu à l'ensemble de la France en 2018 après une période de test. L'évolution majeure de ce nouvel outil en comparaison des anciens tarifs sociaux et de première nécessité tient à sa logique à la fois curative (comme l'ancien système) et préventive. Les bénéficiaires du chèque peuvent ainsi l'utiliser pour régler leur facture d'énergie ou pour régler tout ou partie de la dépense engendrée par l'acquisition ou l'installation dans le logement d'appareils ou de matériaux permettant de réduire leur consommation d'énergie et/ou de produire de l'énergie renouvelable (ce qui permet par extension soit d'autoconsommer et diminuer l'achat d'énergie, soit de vendre la production et réduire d'autant le solde de la facture énergétique finale)³³⁵¹. Accompagné d'une notice informative et de conseils d'efficacité et de gestion énergétique du logement³³⁵², ce dispositif se situe pleinement dans la logique de la transition énergétique et devrait permettre de résorber le problème de la précarité énergétique au lieu de le perpétuer. La loi de transition énergétique semble donc agir à la fois sur l'aspect juridique *via* la reconnaissance du droit à l'énergie et sur l'aspect pratique *via* le chèque énergie.

Néanmoins, l'émergence d'un droit à l'énergie ne serait pas exempte de paradoxes. Comme le souligne Rachel Guyet³³⁵³, un tel droit-créance risquerait d'augmenter la demande énergétique alors que l'objectif de lutte contre le changement climatique commande de la diminuer drastiquement³³⁵⁴. Au surplus, il entraînerait un regain d'action étatique sur le marché de l'énergie, un secteur libéralisé « *dont les acteurs n'ont qu'un intérêt relatif à la promotion de la solidarité* »³³⁵⁵. Cette assertion rejoint d'ailleurs la position de Florence Lérique vue à la page précédente concernant les biens complexes.

En conclusion, l'émergence du droit à l'énergie pose davantage de questions qu'il n'apporte de réponses, notamment au vu de l'expérience de la reconnaissance du droit à l'eau. La question de sa défense au sein du droit au logement ou de manière indépendante³³⁵⁶ est fondamentale et renvoie aux interrogations que nous avons déjà concernant l'intérêt de

³³⁴⁹ C. Ener., art. L. 100-1, 5°.

³³⁵⁰ C. Ener., art. L. 100-2, 2°.

³³⁵¹ Laura DAYDIE, « Publication du décret du 6 mai 2016 relatif au « chèque énergie » : un dispositif efficace de lutte contre la précarité énergétique ? », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, août 2016, comm. 63, p. 3.

³³⁵² *Id.*, p. 4.

³³⁵³ Rachel GUYET, « Précarité énergétique et justice énergétique : Un droit à l'énergie est-il pensable ? », *L'Europe en Formation*, n° 378, 2015, p. 141.

³³⁵⁴ C. Ener., art. L. 100-4, 2° et 3°.

³³⁵⁵ Rachel GUYET, « Précarité énergétique et justice énergétique ... », *cit.*, 2015, p. 141.

³³⁵⁶ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

défendre la reconnaissance d'un droit à la transition énergétique indépendant ou défendu par le droit à un environnement sain et le droit à l'énergie dont il est ici, ironiquement, question³³⁵⁷. Les doutes existent aussi sur la reconnaissance d'un simple droit d'accès à l'énergie ou d'un droit d'usage³³⁵⁸ qui renvoient à celles d'un droit-liberté ou d'un droit-créance. La possibilité de consommer (par exemple, en garantissant que 100% des logements soient raccordés au réseau électrique) ne garantissant en rien que les consommateurs auront les moyens de payer pour l'électricité qu'ils soutirent.

II. Transition énergétique et justice, une transition juste et équitable à portée d'actions citoyennes ?

« La justice est la vertu première des institutions sociales, tout comme l'est la vérité pour tout système de pensée. Une théorie, quelle que soit son élégance ou son économie, doit être rejetée ou révisée si elle est fausse ; de la même manière, les lois et les institutions, peu importe leur efficacité ou leur bon agencement, doivent être réformées ou abolies si elles sont injustes. Chaque personne est titulaire d'une inviolabilité fondée sur la justice, que même la prospérité de la société dans son ensemble ne peut outrepasser. Pour cette raison, la justice nie que la perte de liberté de quelques-uns soit justifiée par un plus grand bien fait aux autres. Elle n'autorise pas les sacrifices imposés à une minorité en échange d'avantages plus conséquents pour la majorité. Dès lors, dans une société juste, les libertés dont jouissent les citoyens égaux sont considérées comme acquises ; les droits garantis par la justice ne sont pas sujets aux négociations politiques ou aux calculs d'intérêts sociaux »³³⁵⁹.

Cette définition par le menu de la justice par John Rawls dans sa *Théorie de la Justice*, est au fondement des mouvements citoyens ayant réclamé aux Etats-Unis et ailleurs la justice sociale, puis la justice environnementale, la justice climatique, et plus récemment encore la justice énergétique. Ce concept de « *Justice as fairness* » (Justice par l'équité) est transposable à de très nombreux aspects de nos sociétés contemporaines, et le système énergétique tant global qu'hexagonal n'est pas en reste. Déjà, en 1910 et à propos de la responsabilité du fait des lois, Léon Duguit ne disait pas autre chose lorsqu'il affirmait qu'il fallait chercher à « *savoir si l'application individuelle de la loi n'a pas pour conséquence d'occasionner, dans l'intérêt collectif, un préjudice grave à un individu déterminé* »³³⁶⁰.

C'est alors cette réflexion qui guidera les développements subséquents, d'abord tournés vers la justice climatique et son bras armé, le contentieux du même nom, avant de s'orienter vers la justice énergétique et sa nécessaire prise en compte dans le développement du droit de la transition énergétique.

³³⁵⁷ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, I) A) 2).

³³⁵⁸ Rachel GUYET, « Précarité énergétique et justice énergétique ... », *cit.*, 2015, p. 141.

³³⁵⁹ John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge: Belknap Press, 1971, pp. 3 – 4 (nous traduisons).

³³⁶⁰ Léon DUGUIT, « De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi », *RDP*, 1910, p. 648.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

A) L'émergence de la théorie de la justice climatique et de son bras armé, le contentieux climatique

La théorie de la justice climatique n'est qu'un avatar plus récent et global de la justice environnementale. Toutefois, elle donne lieu à une mobilisation croissante des citoyens devant les tribunaux de nombreux Etats afin de rechercher les responsables du changement climatique et leur faire supporter une juste part de ses conséquences.

1) L'émergence de la théorie de la justice climatique et ses liens inextricables avec la transition énergétique

Si la justice climatique est une continuité de la justice environnementale, elle n'en n'est pas moins directement liée à la transition énergétique, notamment du fait des impacts globaux du système énergétique passé et actuel.

a) La justice climatique, continuité de la justice environnementale

Ainsi que le rappelle la professeure Susana Borràs, le concept de justice climatique découle du mouvement de justice environnementale né aux Etats-Unis³³⁶¹. Les premières conceptions de la justice environnementale élaborées outre-Atlantique dans les années 1980 se sont surtout concentrées sur les iniquités de distribution de certaines installations aux conséquences environnementales néfastes. Les cas ayant attiré l'attention à l'époque concernaient surtout des installations de traitement de déchets toxiques et leur concentration à proximité des lieux de résidence de minorités³³⁶².

Si la justice environnementale a trait à la distribution des charges et des bénéfices en relation avec l'exploitation des ressources naturelles, elle inclue alors l'atmosphère et est liée par extension à la justice climatique³³⁶³. Toujours selon la professeure Borràs, la première utilisation de la notion de justice climatique remonte à 1999, dans un rapport de l'ONG *Corporate Watch*, dont les auteurs sont issus du mouvement de la justice environnementale³³⁶⁴. Ce concept émergent est composé de trois dimensions, à savoir, la justice distributive (fondée sur la notion d'équité et au fondement de la reconnaissance de la dette climatique), la justice procédurale (visant des mesures de démocratie participative) et la justice restaurative (traitant des dommages causés et de leur juste réparation)³³⁶⁵.

Pour l'illustre *International Bar Association* (IBA), il est essentiel de reconnaître que ceux qui contribuent le plus au réchauffement planétaire sont souvent ceux qui sont le plus isolés des effets de leurs actions, que ce soit géographiquement, temporellement ou

³³⁶¹ Susana BORRAS, « Movimientos para la justicia climática global: Replanteando el escenario internacional del cambio climático », *Relaciones Internacionales*, n° 33, oct. 2016 – jan. 2017, p. 99.

³³⁶² André SILVEIRA, « The multiple meanings of justice in the context of the transition to a low carbon economy », Working paper, 2016, University of Cambridge, p. 8.

³³⁶³ Susana BORRAS, « Movimientos para la justicia climática global: ... », *cit.*, oct. 2016 – jan. 2017, p. 99.

³³⁶⁴ *Id.*, p. 100.

³³⁶⁵ *Id.*, p. 101.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

économiquement³³⁶⁶. Dès lors, la conception la plus équitable de la lutte contre le changement climatique et ses effets doit admettre que les nations développées ont contribué en majorité à ce phénomène durant les deux derniers siècles et que ce sont les nations en développement et leurs populations qui vont souffrir des conséquences les plus extrêmes de la montée des eaux et des températures, notamment³³⁶⁷. Le concept de justice climatique est alors lié à des implications éthiques telles que les droits de l'homme, le droit au développement, la répartition équitable des bénéfices et des charges, la transparence des décisions, le renforcement de l'éducation, ou encore l'équité intergénérationnelle ou de genre³³⁶⁸.

Enfin, le Conseil économique, social et environnemental (CESE), par un avis de 2016 consacré à la justice climatique, évoque l'influence de cette notion sur la COP 21 et son résultat, l'Accord de Paris. L'avis souligne l'importance de la notion de justice climatique à l'ouverture de la COP 21³³⁶⁹, après avoir surgit progressivement depuis le début des années 2000 via des forums de la société civile en marge des grand-messes sur les (lentes) négociations internationales sur le climat³³⁷⁰. En résultera la mention de ce concept dans le préambule de l'accord mais *a minima* et sans aucune force, vu que les parties se contentent de « [noter] l'importance pour certains de la notion de "justice climatique" »³³⁷¹. Au surplus, l'article 8 de l'accord, concernant les pertes et préjudices, censé être la mise en application de la justice restauratrice, « ne peut donner lieu ni servir de fondement à aucune responsabilité ni indemnisations »³³⁷². Pour la France³³⁷³, le CESE considère que la justice climatique doit être un objectif guidant les stratégies d'atténuation et d'adaptation au changement climatique afin de limiter les inégalités environnementales et sociales³³⁷⁴. Cet enjeu est central dans la lutte contre le changement climatique. En effet, si les mesures prises empirent la situation des populations déjà vulnérables, alors le risque est grand qu'elles les rejettent en bloc. Cette préoccupation est particulièrement saillante dans le cas de l'émergence d'un droit climatique³³⁷⁵, dont d'ailleurs le droit de la transition énergétique peut être considéré comme une composante en termes de finalité commune.

b) La justice climatique, un concept directement lié à la transition énergétique

³³⁶⁶ IBA, « Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption », juil. 2014, p. 45 [<https://www.ibanet.org/PresidentialTaskForceClimateChangeJustice2014Report.aspx>].

³³⁶⁷ *Id.*, p. 45.

³³⁶⁸ *Id.*, pp. 46 – 47.

³³⁶⁹ Jean JOUZEL, Agnès MICHELOT, « La justice climatique : enjeux et perspectives pour la France », CESE, sept. 2016, p. 13.

³³⁷⁰ *Id.*, p. 14.

³³⁷¹ Nations Unies, *Accord de Paris*, entré en vigueur le 4 nov. 2016, préambule, alinéa 13.

³³⁷² Jean JOUZEL, Agnès MICHELOT, « La justice climatique : ... », *cit.*, sept. 2016, p. 16.

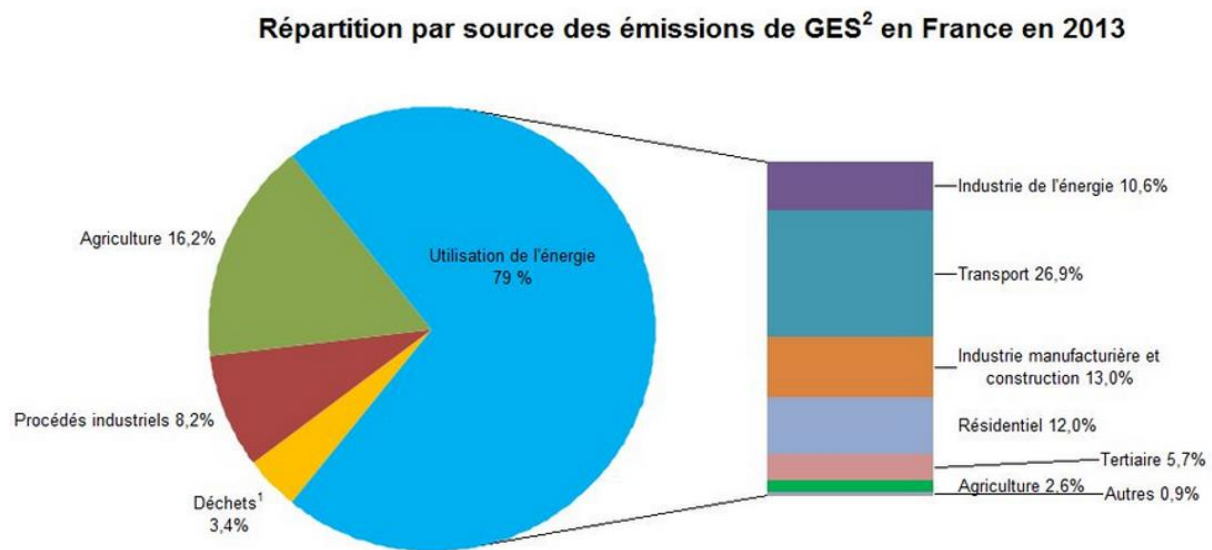
³³⁷³ Cf. également l'ouvrage d'Agnès MICHELOT, *Justice climatique / Climate Justice - Enjeux et perspectives / Challenges and perspectives*, Bruylant, 2016.

³³⁷⁴ Jean JOUZEL, Agnès MICHELOT, « La justice climatique : ... », *cit.*, sept. 2016, p. 31.

³³⁷⁵ Cf. Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, « Quel "droit climatique" », *Recueil Dalloz*, 2015 pp. 2260 – 2263.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

À l'échelle globale, selon l'Agence internationale de l'énergie (AIE), la combustion des énergies fossiles était responsable en 2010 de 68% des émissions anthropocentriques de gaz à effet de serre³³⁷⁶. En France, en 2013, comme l'indique la figure 22, l'utilisation de l'énergie était responsable de 79% des émissions de gaz à effet de serre. C'est pourquoi la loi de transition énergétique, dans son article 1, inscrit dans la politique énergétique nationale les objectifs de réduction des émissions de ces gaz³³⁷⁷. En effet, ces émissions sont directement liées au secteur de la production de l'énergie, mais surtout au transport, au logement et à l'industrie. Sur l'aspect climatique, il n'y a donc pas de doute que la transition énergétique, rendue nécessaire par ce constat, fait bien partie des enjeux de premier ordre dans la mise en application de ce concept de justice.



Notes : ¹ = hors incinération des déchets avec récupération d'énergie (incluse dans "Industrie de l'énergie"). ; ² = hors utilisation des terres, leur changement et la forêt (UTCFC).

Figure 22 : Répartition par source des émissions de gaz à effet de serre en France en 2013, Agence européenne pour l'environnement, 2015, disponible au lien suivant : [\[http://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/lessentiel/ar/199/1080/emissions-gaz-effet-serre-secteur-france.html\]](http://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/lessentiel/ar/199/1080/emissions-gaz-effet-serre-secteur-france.html).

Sur l'aspect justice de ce concept, la France faisant partie des pays développés, elle est débitrice climatique à l'égard des pays en développement. Au niveau interne toutefois, les mesures prises par le législateur et le pouvoir réglementaire pour lutter contre le changement climatique ne peuvent ignorer que 12 millions de français sont en situation de précarité énergétique³³⁷⁸, c'est-à-dire, dépensent plus de 10% de leurs revenus dans l'énergie pour leur logement. La définition juridique en est la suivante : « est en situation de précarité

³³⁷⁶ AIE, *CO2 Emissions from fuel combustion: Highlights*, 2016, p. 9, fig. 1.

³³⁷⁷ C. Ener., art. L. 100-4, I. 1^o.

³³⁷⁸ ADEME, « La précarité énergétique », 5 déc. 2016, consulté le 15 juin 2017 [\[http://www.ademe.fr/expertises/batiment/quoi-parle-t-precarite-energetique\]](http://www.ademe.fr/expertises/batiment/quoi-parle-t-precarite-energetique).

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

*énergétique une personne qui éprouve dans son logement des difficultés particulières à disposer de la fourniture d'énergie nécessaire à la satisfaction de ses besoins élémentaires en raison de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'habitat »*³³⁷⁹.

Partant, l'augmentation de la contribution climat-énergie³³⁸⁰, par exemple, afin d'inciter les consommateurs à consommer moins et mieux, doit se faire tout en garantissant l'accès à l'énergie, ainsi que nous l'avons vu quelques paragraphes auparavant³³⁸¹. La question est donc épineuse et renvoie également au concept de justice énergétique, que nous verrons dans quelques pages³³⁸².

Toujours est-il que face à la lenteur des progrès enregistrés dans les négociations internationales sur le climat, les citoyens ont commencé à saisir les juges nationaux pour contraindre les responsables du changement climatique à agir ainsi qu'à porter leur part du fardeau qu'ils créent.

2) La recherche de la responsabilité climatique, exemples étrangers et potentiel hexagonal

La décision retentissante du Tribunal du district de la Haye, aux Pays-Bas, rendue le 24 juin 2015, à la requête d'*Urgenda*, a fait le tour du monde. Elle a mis en lumière tout le potentiel du contentieux climatique (ou « *climate litigation* » en anglais) dans l'objectif d'une lutte contre le changement climatique plus efficace et plus juste. Ces actions, en développement rapide aux quatre coins du monde, touchent aussi la France.

a) La croissance rapide du contentieux climatique sur tous les continents

Selon les mots du professeur Neyret, l'année 2015 « *restera une année historique pour la justice climatique* » du fait des décisions des juridictions néerlandaise et pakistanaise qui « *ont condamné leurs États respectifs à prendre des mesures plus efficaces en termes de lutte contre les changements climatiques* »³³⁸³.

Mais il admet lui-même que ce « *mouvement de judiciarisation de la protection du climat n'est pas nouveau* »³³⁸⁴. En effet, aux seuls Etats-Unis, de 1989 à 2012, plus de 450 poursuites judiciaires liées au changement climatique ont été lancées³³⁸⁵. En 2015, un total de près de 700 cas avaient été initiés dans 18 Etats sur 6 continents³³⁸⁶. Le nombre de litiges et son potentiel plus grand encore s'expliquent par le simple fait que si de nombreux actes du quotidien peuvent être reliés au changement climatique, rien qu'en se limitant à ceux ayant

³³⁷⁹ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, art. 11.

³³⁸⁰ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, I) A) 1) b).

³³⁸¹ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, I) B) 2) b).

³³⁸² Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, II) B).

³³⁸³ Laurent NEYRET, « La reconnaissance de la responsabilité climatique », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2278.

³³⁸⁴ *Ibid.*

³³⁸⁵ Chilentye NWAPI, « From Responsibility to Cost-Effectiveness to Litigation: The Evolution of Climate Change Regulation and the Emergence of Climate Justice Litigation », *Climate Justice: Case Studies in Global and Regional Governance Challenges*, Randall ABATE (dir.), Environmental Law Institute, 2016, p. 532.

³³⁸⁶ *Ibid.*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

un lien direct et non négligeable, cela offre encore de multitudes d'opportunités de poursuites judiciaires³³⁸⁷. Les professeurs Peel et Osofsky proposaient en 2016 de classer les poursuites liées au climat dans quatre cercles concentriques, allant de celles ne mentionnant pas le climat mais ayant un impact dessus (le cas des litiges sur le *fracking* par exemple), à celles relevant clairement de la recherche de responsabilité climatique³³⁸⁸.

Mais le cas *Urgenda* a ouvert une nouvelle ère pour ces litiges climatiques. Tout d'abord parce qu'il est victorieux (mais l'appel est encore pendant) et ensuite par les moyens soulevés, reproductibles dans d'autres juridictions. Le Tribunal de la Haye³³⁸⁹ s'est prononcé sur le fondement notamment du « *duty of care* » (ou « *devoir de protéger* ») envers l'environnement, étant donné le danger que cause le changement climatique à l'égard de la population néerlandaise et forçant alors l'Etat à prendre des mesures³³⁹⁰. En l'occurrence, ces mesures se traduisent par une exigence fixée par le juge de réduire d'au moins 25% les émissions de gaz à effet de serre d'ici 2020 sur la base de 1990, « *ce qui va au-delà des 17 % auxquels aurait abouti la politique actuelle du pays* »³³⁹¹. Il nous faut préciser que parmi les fondements utilisés, le juge s'est appuyé sur les obligations des engagements internationaux de l'Etat, les droits de l'homme, mais aussi, de façon notable sur une expertise scientifique³³⁹².

Bien évidemment, des obstacles se dressaient sur la route de cette décision et se dressent encore pour l'ensemble des cas soumis ou à venir, tels la dilution du lien de causalité (dans le temps, l'espace et selon l'activité) ou la séparation des pouvoirs³³⁹³. Mais sur ce dernier point, « [l]e juge a conclu que si l'État a bien un pouvoir discrétionnaire à cet égard, celui-ci n'est pas sans limites (Déc., § 4.74). L'État a en effet l'obligation de prendre des mesures effectives pour protéger ses citoyens au nom de son devoir de protection (« *duty of care* ») de l'environnement et du genre humain »³³⁹⁴.

Si nous nous attachons aux principaux autres litiges tranchés récemment ou en cours³³⁹⁵, Pau De Vilchez Moragues démontre qu'ils contiennent des éléments communs dans leurs requêtes. Ils sont fondés sur des preuves scientifiques, ils utilisent le droit international de

³³⁸⁷ Jacqueline PEEL, Hari OSOFSKY, *Climate Change Litigation Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, 2015, pp. 4 – 5.

³³⁸⁸ *Id.*, p. 8, fig. 1.1.

³³⁸⁹ Pays-Bas, Tribunal du district de la Haye, chambre commerciale, 24 juin 2015, *Fondation Urgenda et a. c/ État des Pays-Bas (min. Infrastr. et Environnement)*, n° C/09/456689 / HA ZA 13-1396.

³³⁹⁰ Eric CANAL-FORGUES, Camila PERRUSO, « La lutte contre le changement climatique en tant qu'objet juridique identifié ? », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, août 2015, comm. 72, p. 1.

³³⁹¹ Laurent NEYRET, « La reconnaissance de la responsabilité climatique », *cit.*, 2015, p. 2278.

³³⁹² Eric CANAL-FORGUES, Camila PERRUSO, « La lutte contre le changement climatique ... », *cit.*, août 2015, p. 2.

³³⁹³ Laurent NEYRET, « La reconnaissance de la responsabilité climatique », *cit.*, 2015, pp. 2278 – 2279.

³³⁹⁴ Eric CANAL-FORGUES, Camila PERRUSO, « La lutte contre le changement climatique ... », *cit.*, août 2015, p. 2.

³³⁹⁵ Pau DE VILCHEZ MORAGUES, « Broadening the scope : the Urgenda case, the Oslo Principles and the role of national courts in advancing environmental protection concerning climate change », *Spanish Yearbook of Int. Law*, 2016, pp. 73 – 74. De plus, une base de données en ligne du Sabin Center for Climate Change Law, de l'université de Columbia aux Etats-Unis répertorie l'ensemble des décisions de justice liées au changement climatique [<http://climatecasechart.com/>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

l'environnement, les droits de l'homme, le droit de l'Union européenne (pour les pays concernés) et leur droit national³³⁹⁶. Parmi ces litiges et certains autres proéminents, certains se fondent sur le « *duty of care* »³³⁹⁷, comme *Urgenda*, à l'image des procédures lancées en Belgique, en Norvège, en Suisse ou en Suède ; certains invoquent la Constitution ou des droits (Pakistan, Philippines, Suisse)³³⁹⁸ ; certains incluent une notion intergénérationnelle particulièrement marquée (Suisse, Pakistan, Etats-Unis)³³⁹⁹ ; aussi, des litiges lancés par des personnes civiles contre des sociétés privées émergent, tel le cas médiatisé mais non concluant de ce paysan péruvien poursuivant RWE³⁴⁰⁰. Un contentieux tranché récemment en Afrique du Sud a vu le juge obliger le porteur d'un projet de centrale électrique au charbon à refaire l'étude d'impact environnementale afin de prendre en compte son impact sur le changement climatique, ce qui n'était pas requis expressément par la loi³⁴⁰¹. Enfin, à la fin de 2016 a été initié le premier litige à l'encontre d'une société privée (ExxonMobil) exigeant d'elle de prendre des mesures d'adaptation au changement climatique afin d'éviter que les populations riveraines ou l'Etat aient à subir et supporter les coûts d'une éventuelle pollution qui serait due à la montée des eaux ou à des phénomènes climatiques extrêmes sur un terminal pétrolier³⁴⁰². Cette poursuite de responsabilité climatique se retrouve donc expressément dans la logique de la justice climatique, en exigeant d'une compagnie d'hydrocarbures de payer les coûts de prévention des dommages qui pourraient subvenir du fait notamment des conséquences globales de ses activités, avant que ce ne soit la communauté locale ou nationale qui doive en faire les frais.

S'agissant des perspectives de développement de cette « *judiciarisation de la protection du climat* »³⁴⁰³, elles ne devraient pas ralentir, bien au contraire. En effet, les causes qui ont mené à son développement, à savoir l'échec des traités internationaux à réduire de manière adéquate les émissions de gaz à effet de serre, ayant alimenté déception pour ces outils³⁴⁰⁴ et espoirs pour l'action nationale aiguillonnée par le recours au juge³⁴⁰⁵, n'ont pas disparu. Surtout, les cours de justice étant ouvertes à tous les citoyens, fondant leurs décisions sur un raisonnement et des preuves, à la différence de nombreux gouvernements, permettant d'assurer le respect de l'Etat de droit et d'appliquer le principe du pollueur-payeur, entre

³³⁹⁶ Pau DE VILCHEZ MORAGUES, « Broadening the scope : ... », *cit.*, 2016, pp. 74 – 87.

³³⁹⁷ Maria BANDA, Scott FULTON, « Litigating Climate Change in National Courts: Recent Trends and Developments in Global Climate Law », *Environmental Law Reporter*, n° 47, 2017, p. 10123.

³³⁹⁸ *Id.*, p. 10123.

³³⁹⁹ *Id.*, p. 10124.

³⁴⁰⁰ *Id.*, p. 10133.

³⁴⁰¹ Melanie GOSLING, « South Africa's First Climate Change Lawsuit: Government Ordered To Rethink Power Station Plan », *Huffingtonpost*, 9 mars 2017, consulté le 16 juin 2017 [http://www.huffingtonpost.co.za/2017/03/09/south-africas-first-climate-change-lawsuit-government-ordered_a_21877530/].

³⁴⁰² Thomas LANDERS, « A New Path for Climate Justice Litigation: Compelled Private Adaptation », *Georgetown Environmental Law Review*, 8 avr. 2017 [<https://gelr.org/2017/04/08/a-new-path-for-climate-justice-litigation-compelled-private-adaptation/>].

³⁴⁰³ Laurent NEYRET, « La reconnaissance de la responsabilité climatique », *cit.*, 2015, p. 2278.

³⁴⁰⁴ *Ibid.*

³⁴⁰⁵ Jacqueline PEEL, Hari OSOFSKY, *Climate Change Litigation Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, 2015, p. 13.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

autres³⁴⁰⁶, leur prospect semblent bien plus intéressant que les anciennes méthodes « *top-down* ».

La doctrine française reconnaît que cette évolution enclenchée par la jurisprudence *Urgenda* permet « *d'appréhender la lutte contre changement climatique en tant qu'objet juridique clairement identifié et que les juridictions ont par suite toute légitimité pour connaître des litiges y afférents* »³⁴⁰⁷. Enfin, pour les professeurs Peel et Osofsky, « *peut-être que le rôle le plus important que le contentieux climatique peut jouer dans ce contexte est de continuer à poser les questions difficiles auxquelles les gouvernements et les sociétés préféreraient ne pas faire face. Est-ce qu'un système énergétique fondé sur les combustibles fossiles est durable ? [...]* »³⁴⁰⁸.

L'ensemble de cette évolution jurisprudentielle globale par touches locales ne pouvant décemment laisser le juge français sur le bord du chemin, ce sera l'objet des lignes qui suivent.

b) Quelle application en France ?

Tout d'abord, nous signalerons qu'en France la thématique de la justice en matière environnementale et climatique attise l'intérêt des universitaires en droit, avec l'organisation récemment de plusieurs colloques sur le sujet³⁴⁰⁹.

Afin de transformer la réflexion doctrinale en action en justice, plusieurs voies de contentieux climatiques semblent possibles devant le juge administratif selon le professeur Laurent Neyret. Soit, « *en cas d'urgence, au travers du référé-liberté à condition de prouver l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale au droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* », soit « *en cas d'illégalité d'une décision administrative ne concourant pas suffisamment à la protection de l'atmosphère, grâce à une mesure d'exécution déterminée de sa décision qui pourrait consister dans la réduction plus substantielle des émissions de gaz à effet de serre* »³⁴¹⁰. Tout l'enjeu sera ici, comme dans les autres cas entamés ou résolus, d'établir le lien de causalité entre l'action ou l'inaction du Gouvernement français et le danger qu'elle fait courir à la population hexagonale.

³⁴⁰⁶ Brian PRESTON, « The Contribution of the Courts in Tackling Climate Change », *Journal of Environmental Law*, n° 28, 2016, pp. 11 – 17. Cf. également, Christian HUGLO, « Comment la société civile utilise le droit pour donner force, vie et vigueur à l'Accord de Paris ? », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 12, déc. 2016, repère 11, pp. 1 – 2.

³⁴⁰⁷ Eric CANAL-FORGUES, Camila PERRUSO, « La lutte contre le changement climatique ... », *cit.*, août 2015, p. 2.

³⁴⁰⁸ Jacqueline PEEL, Hari OSOFSKY, *Climate Change Litigation Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, 2015, p. 340.

³⁴⁰⁹ Cf. par exemple, *Climate Justice, COP 21: Challenges and Perspectives*, colloque organisé par la Faculté de Droit, Science politique et Gestion de l'Université de La Rochelle, 2 – 3 oct. 2015 ; ou le colloque de 2015 ayant donné lieu à l'ouvrage *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Julien BETAILLE (dir.), LGDJ, 2017.

³⁴¹⁰ Laurent NEYRET, « La reconnaissance de la responsabilité climatique », *cit.*, 2015, p. 2279.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Dans les faits, une action indemnitaire préalable a déjà été présentée le 4 décembre 2015, donc, pendant le déroulé de la COP 21 à Paris, par l'association *Notre Affaire à Tous*³⁴¹¹, créée dans l'intention de répéter le succès d'*Urgenda* aux Pays-Bas en France. Cette action demandait au Gouvernement de rehausser les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre d'ici à 2020, mais a fait l'objet d'une fin de non-recevoir. A ce jour, cette association reste active en préparation d'une future requête visant à engager la responsabilité de l'Etat pour carence fautive³⁴¹². En effet, les études scientifiques s'accumulent concernant les effets présents et à venir du changement climatique sur le territoire français, que ce soit en termes de montée des eaux (en particulier dans le Nord de la France ou en outre-mer) ou de sécheresse, pour ne citer que ces risques emblématiques. Sur ces fondements scientifiques, la responsabilité de l'Etat pourrait être recherchée sur une multiplicité de moyens de droit interne ou international. Rien qu'à l'aune de la Charte de l'environnement, les articles 1 à 6 (droit à un environnement sain et devoir de protection de l'environnement, principe de prévention, principe pollueur-payeur, principe de précaution, promotion du développement durable) ainsi que l'article 10 (action européenne et internationale de la France) pourraient étayer un tel recours et le lier aux débats concernant le droit à un environnement sain évoqués plus tôt dans ces pages³⁴¹³.

Aussi, il pourrait par exemple être envisagé de déceler l'action insuffisante de l'Etat dans le manque de scénarios utilisés pour élaborer la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE), alors qu'un nombre significatif de ces prévisions avait été étudié durant le débat national de 2013. Au final, un seul avait été retenu par les rédacteurs de la PPE, qui au surplus ne permet pas d'atteindre l'objectif du facteur 4 d'ici 2050, comme nous l'avons vu³⁴¹⁴.

En fin de compte, cette action de contentieux climatique pourrait bien, si elle aboutissait, forcer le législateur à revoir les objectifs de la loi de transition énergétique pour la rendre réellement ambitieuse, et non uniquement en apparence³⁴¹⁵. Partant, elle forcerait à revoir en cascade la PPE et ses outils. Peut-être cette voie ouvrirait-elle alors également la possibilité de retenir la responsabilité de l'Etat, une fois les nouveaux objectifs fixés de manière davantage scientifique et consciente des enjeux, concernant le manque d'outils adéquats pour les atteindre, comme dénoncé à de multiples reprises dans nos travaux³⁴¹⁶.

En somme, le contentieux climatique, en France, pourrait apporter un soutien de poids au droit de la transition énergétique dans sa quête d'instruments efficaces pour remplir des objectifs à la hauteur des enjeux. Plus encore, ces éléments répondent à l'introduction de ce chapitre en rappelant que le citoyen, par sa capacité d'ester en justice (seul ou *via* une association), ne se contente pas seulement d'être le destinataire du droit de la transition

³⁴¹¹ Pau DE VILCHEZ MORAGUES, « Broadening the scope : ... », *cit.*, 2016, p. 74.

³⁴¹² Le 5 juillet 2017, un entretien a été réalisé avec des membres de cette association. Les lignes qui suivent sont inspirées de notre conversation et ont été validées par les interlocuteurs.

³⁴¹³ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, I) B) 1).

³⁴¹⁴ Cf. Partie 1, titre 2, chap. 2, section 2, II) B) 2) b).

³⁴¹⁵ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 2, I) B).

³⁴¹⁶ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 1, section 2, I) A) 1) b) et chap. 2, conclusion.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

énergétique ou de s'exprimer lorsqu'il y est invité, sans certitude de la prise en compte de son opinion. Il a aussi la possibilité de tenter, par une démarche scientifique, de forcer le législateur à agir, se plaçant alors comme une pré-source de droit dans ce domaine, en en délivrant l'impulsion et donnant ainsi une nouvelle dimension à l'article 6 de la DDHC en concourant personnellement à la loi. Plus qu'un symbole de la judiciarisation de la société, nous voyons en cette perspective un signe de plus du mouvement de remise en cause du modèle pyramidal tant du système énergétique que de la société dans son ensemble, dont le droit est l'expression.

Comme il est question de justice par tous et pour tous, nous nous référerons ici aux travaux du professeur Sovacool, estimant que justice climatique et justice énergétique sont des « *concepts jumeaux* ». En effet, ils ont une finalité en partie similaire concernant les générations présentes et futures³⁴¹⁷.

B) La justice énergétique, cadre théorique pour un développement juste et équitable du droit de la transition énergétique

Le concept de justice énergétique apparaît en 2010 dans la littérature académique³⁴¹⁸. A l'instar de la justice environnementale dont il est une prolongation³⁴¹⁹, il vise à appliquer un cadre d'analyse de la justice dans les décisions et réalisations d'un secteur en particulier, ici, le système énergétique. Il cherche à trouver l'équilibre dans le trilemme qui constitue le cœur des politiques énergétiques et de leur traduction légale : économie, politique sociale et environnement³⁴²⁰, ce qui le relie aux piliers du développement durable³⁴²¹. Mais ses composantes reconnues, fort semblables à celles de la justice climatique, sont la justice distributive, la justice procédurale et la reconnaissance³⁴²² (« *recognition justice* »)³⁴²³.

En revanche, ce concept ne devrait pas donner lieu par lui-même et pour lui-même à un contentieux de justice énergétique comme celui s'étend développé dans la protection du climat. En effet, il prend d'ores et déjà la forme des contentieux classiques de respect des règles d'information et de participation (justice procédurale) et de contrôle du caractère satisfaisant de l'étude d'impact environnemental (qui regroupe les trois aspects de la justice énergétique) dans les projets énergétiques. Il pourra aussi prendre la forme d'un contentieux de responsabilité climatique à l'encontre d'une réglementation ou de son absence ou d'un

³⁴¹⁷ Benjamin K. SOVACOOOL, « The complexity of climate justice », *Nature Climate Change*, vol. 3, nov. 2013, p. 959.

³⁴¹⁸ Lakshman GURUSWAMY, « Energy Justice and Sustainable Development », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, n° 21, 2010, pp. 231 – 275.

³⁴¹⁹ Darren MCCAULEY *et al.*, « Advancing energy justice: the triumvirate of tenets », *International Energy Law Review*, n° 3, 2013, pp. 107–108.

³⁴²⁰ Raphael HEFFRON, Darren MCCAULEY, Benjamin K. SOVACOOOL, « Resolving society's energy trilemma through the Energy Justice Metric », *Energy Policy*, n° 87, 2015, p. 169.

³⁴²¹ Cf. par exemple, Charte de l'environnement de 2004, art. 6.

³⁴²² Cf. par exemple sur la notion de reconnaissance en matière de justice sociale : Nancy FRASER, « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *Revue du MAUSS*, n° 23, 2004, pp. 152 – 164 [<https://www.cairn.info/revue-du-mauss-2004-1-page-152.htm>].

³⁴²³ Benjamin K. SOVACOOOL, Roman SIDORSTOV, Benjamin JONES, *Energy Security, Equality and Justice*, Routledge, 2014, pp. 23 – 29.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

projet de grande envergure. En ce sens, il constitue davantage un cadre visant à inciter les pouvoirs publics et les acteurs privés à le prendre en compte lors de leurs décisions³⁴²⁴.

Le concept posé, nous allons tâcher de voir comment il s'applique aux ressorts du système actuel et à sa transition, et concluons que son intégration à la mise en œuvre du droit de la transition énergétique relève d'une nécessité impérieuse.

1) Une transition énergétique intrinsèquement progressiste ?

Il nous faut dans un premier temps établir l'injustice du système énergétique actuel avant de nous intéresser aux enjeux de justice de celui vers lequel la transition énergétique tend.

a) Un système énergétique fossile et fissile dont le droit ne peut empêcher le manque de prise en compte de la justice énergétique

Le système énergétique global et national que nous sommes censés abandonner par la transition énergétique est parcouru de nombreuses injustices que l'on peut classer selon les trois piliers de la justice énergétique.

L'injustice distributive est probablement la plus facile à percevoir et documenter. Au niveau mondial, 1,2 milliard de personnes vivaient toujours en 2013 sans accès à l'électricité, dont 95% étaient situées en Asie ou en Afrique sub-Saharienne, en particulier dans les zones rurales³⁴²⁵. La même année, 2,7 milliard de personnes, majoritairement dans les mêmes régions du monde, dépendaient de la biomasse solide ou de déjections animales pour cuisiner et chauffer leurs habitations, mettant en jeu leur santé du fait des fumées inhalées³⁴²⁶. L'injustice dans la production de gaz à effet de serre et les populations qui en subissent les conséquences ont été évoquées³⁴²⁷, mais en 2013 toujours, à populations équivalentes³⁴²⁸, l'Afrique et les pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ont respectivement émis 3,4% et 37,4% du total du CO₂ relâché dans l'atmosphère par la combustion des énergies fossiles³⁴²⁹. Cette injustice est présente mais aussi et surtout intergénérationnelle, sachant que ce sont les générations à venir qui en payeront le plus lourd tribut. Au rang des questions de justice intergénérationnelles, la France en connaît une majeure avec la gestion des déchets de ses sites de production d'électricité nucléaire dont la durée de vie de certains dépasse largement la durée de vie humaine³⁴³⁰. Dans l'hexagone encore, Lucie Laurian est parvenue à mettre au jour des corrélations

³⁴²⁴ Raphael HEFFRON, Darren MCCAULEY, Benjamin K. SOVACOO, « Resolving society's energy trilemma through the Energy Justice Metric », *Energy Policy*, n° 87, 2015, p. 169.

³⁴²⁵ AIE, *World Energy Outlook 2015*, 2015, pp. 101 – 102.

³⁴²⁶ *Id.*, p. 105.

³⁴²⁷ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, II) 1) a).

³⁴²⁸ Approximativement 1,2 milliard pour l'OCDE et 1,1 milliard pour l'Afrique. Cf. Pour l'OCDE, Banque mondiale, « Population – Total », consulté le 16 juin 2017 [<http://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=OE>] ; pour l'Afrique, Population Reference Bureau, « 2013 World population data sheet », sept. 2013, p. 7 [http://www.prb.org/pdf13/2013-population-data-sheet_eng.pdf].

³⁴²⁹ AIE, *Key World Energy Statistics 2015*, nov. 2015, p. 45.

³⁴³⁰ Cf. Assemblée nationale, Mission d'information sur la gestion des matières et déchets radioactifs, Rapport n° 1218, Christophe BOUILLON, Julien AUBERT, 3 juil. 2013, p. 53.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

majoritairement négatives entre des installations polluantes ou à risque dont des sites nucléaires et des incinérateurs et le niveau d'emploi, de revenu moyen des ménages ou de population d'origine étrangère par commune³⁴³¹.

Les injustices procédurales sont également légions dans notre système actuel, par exemple quant à la mise en œuvre d'une information et d'une participation claires et ouvertes s'agissant de projets de construction ou d'exploitation d'installations liées à l'extraction ou l'utilisation de combustibles fossiles ou fissiles³⁴³². A l'intérieur de nos frontières, la question actuellement laissée sans solution claire de la fin de vie et du renouvellement du parc nucléaire (qui constitue un choix en soit) n'a pas été posée à la population, alors qu'elle l'engage notamment financièrement pour les décennies à venir³⁴³³.

Quant aux injustices en matière de reconnaissance, les cas d'ignorance ou de mépris pour la culture et les droits des populations indigènes, par exemple pour l'extraction de ressources naturelles en Amérique du Nord³⁴³⁴, fourmillent. Si en France et dans la grande majorité des pays d'Europe de l'Ouest, la question des populations indigènes ne se pose pas, le défaut de reconnaissance prend d'autres atours. Au Royaume-Uni, cette forme d'injustice prend la forme du mépris ou de l'infantilisation des consommateurs d'énergie vulnérables directement jugés responsables de leur précarité énergétique, car ils la gaspilleraient³⁴³⁵.

Quand bien même le droit déclare protéger ses destinataires, il ne permet pas d'assurer des prises de décisions justes (au sens du respect de la théorie de la Justice), notamment dans le domaine de l'énergie. Pourtant, il doit prendre en compte la notion de justice, comme le soutient Jacques Derrida³⁴³⁶ et ainsi que le permet la formule du doyen Carbonnier : « *Le droit est plus grand que la règle de droit* »³⁴³⁷.

Les situations révélant l'injustice profonde de notre système énergétique contemporain fondé sur les énergies fossiles et fissile (pour la France) sont donc nombreuses. Mais la transition vers un système énergétique fondé sur les énergies renouvelables est-elle intrinsèquement juste pour autant ?

³⁴³¹ Il ne faut cependant pas ignorer les précautions prises par l'auteure dans le traitement des résultats, différents selon les types d'installations concernées. Cf. Lucie LAURIAN, « Environmental Injustice in France », *Journal of Environmental Planning and Management*, n° 51, vol. 1, pp. 73 – 75.

³⁴³² Cf. par exemple, sur le cas du Delta du Niger, Olubayo OLUDURO, *Oil exploitation and human rights violations in Nigeria's oil producing communities*, Intersentia, 2014, pp. 261 – 264, 385 – 396.

³⁴³³ Cf. Partie 2, titre 1, chap. 2, section 1, I) A) 2) b).

³⁴³⁴ Bruce JOHANSEN, *Resource Exploitation in Native North America – A plague upon the people*, Praeger, 2016.

³⁴³⁵ Gordon WALKER, Rosie DAY, « Fuel poverty as injustice: Integrating distribution, recognition and procedure in the struggle for affordable warmth », *Energy Policy*, n° 49, 2012, pp. 71 – 72.

³⁴³⁶ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 2, section 2, chapeau.

³⁴³⁷ Jean CARBONNIER, « Droit et non-droit », *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 22.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- b) Un système énergétique renouvelable intrinsèquement respectueux de la notion de justice ?

Le professeur Benjamin Sovacool livre un raisonnement sans concessions sur le lien supposé entre énergies renouvelables et justice énergétique :

« À tous ceux qui espèrent que les formes d'énergie renouvelable telles les panneaux solaires ou les éoliennes vont d'elles-mêmes nous émanciper d'un monde de dépendance au pétrole et du changement climatique, considérez que l'impérialisme et le colonialisme se sont élevés durant une ère d'énergie renouvelable et de technologies associées, qui formaient le socle énergétique des empires coloniaux britannique, français, espagnol, hollandais et portugais [...]. Sans orientation fixant ce qui est "moral" et "juste", l'utilisation des combustibles et services renouvelables peut dominer et asservir tout autant qu'elle peut démocratiser et libérer »³⁴³⁸.

À l'échelle mondiale, les exemples de développement de projets d'énergie renouvelable violant clairement les principes de la justice énergétique sont monnaie courante, surtout lorsqu'ils sont réalisés à grande échelle.

À titre d'exemple, le développement de plusieurs GW de puissance installée de parcs éoliens dans l'isthme de Tehuantepec au Mexique se fait au bénéfice exclusif de consommateurs industriels situés à grande distance, alors que les populations à proximité ne bénéficient pas d'un accès fiable à l'électricité³⁴³⁹. Les loyers versés pour l'installation d'éoliennes sont très faibles et les emplois générés localement très limités alors que leur implantation a des conséquences néfastes sur l'agriculture locale³⁴⁴⁰. Sans surprise, les sociétés privées et les institutions publiques ayant mené ces développements l'ont fait au mépris de la langue et de la culture des populations locales, souvent indigènes et pauvres, via des processus d'information et de participation insuffisants ou inexistant³⁴⁴¹, tout en leur refusant le développement de parcs participatifs afin d'obtenir des retombées économiques locales³⁴⁴². S'agissant de l'énergie solaire photovoltaïque, le développement du parc de Charanka, en Inde, l'un des plus grands ensembles d'Asie, a fait preuve des mêmes injustices, aggravant la situation des franges les plus pauvres de la population, des populations nomades peu éduquées, au profit des sociétés privées et des castes dominantes locales³⁴⁴³.

En France, les critiques sont récurrentes quant à la prise en compte de l'avis des populations riveraines dans le développement de projets d'énergie renouvelable, bien que la loi soit en règle générale respectée, mettant alors en exergue la probable inadaptation des modes de

³⁴³⁸ Benjamin K. SOVACOO, *Energy & Ethics: Justice and the Global Energy Challenge*, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 1 – 2.

³⁴³⁹ Paola VILLAVICENCIO CALZADILLA, Romain MAUGER, « UN's new sustainable development agenda and renewable energy: The challenge to reach the SDG7 while achieving energy justice », *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2017, p. 15 (sous presse).

³⁴⁴⁰ *Id.*, p. 15.

³⁴⁴¹ *Id.*, pp. 16 – 18.

³⁴⁴² *Id.*, pp. 16 – 17.

³⁴⁴³ *Id.*, pp. 19 – 22.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

concertation qui y sont prévus³⁴⁴⁴. La concentration du développement des parcs éoliens dans certaines zones (comme le Lévézou, territoire située entre Millau et Rodez, en Aveyron³⁴⁴⁵) ou régions (particulièrement le Nord-Est de la France³⁴⁴⁶) au regard de leur quasi-absence dans d'autres³⁴⁴⁷, bien que s'expliquant premièrement en raison du potentiel énergétique disponible et de l'ampleur des contraintes techniques insurmontables, doit poser question. Enfin, la labélisation des mouvements d'opposition à de tels développements comme NIMBY (Not in my Backyard) peut amener à déconsidérer leurs positions et ainsi passer outre des revendications qui seraient pourtant justifiées³⁴⁴⁸.

2) La nécessité impérieuse d'un droit de la transition énergétique irrigué par l'idéal de justice énergétique

L'ensemble des éléments vus dans les paragraphes précédents doivent impérativement amener le législateur et le pouvoir réglementaire à s'interroger et surtout à les garder en mémoire lors de la rédaction des normes qui organisent la transition énergétique. Afin de donner un aperçu de ces enjeux qui apparaissent très directement derrière des dispositions parfois techniques nous proposons dans les lignes ci-dessous quelques questions qui devraient être posées lors du travail législatif et réglementaire :

Quid si l'autoconsommation d'électricité explose et que seuls ceux qui ne peuvent s'offrir une installation de production d'énergie renouvelable se retrouvent à supporter les coûts de gestion du réseau, qui pourtant assure la sécurité d'approvisionnement de l'ensemble de la population qui y reste connectée, même si elle ne l'utilise que rarement ?

Quid si seuls ces consommateurs modestes payent la CSPE et donc le soutien au développement des énergies renouvelables installées chez des consommateurs plus aisés³⁴⁴⁹ ?

Quid du sentiment d'injustice de certains riverains qui voient s'ériger à leur proximité des parcs éoliens pour produire une électricité excédentaire majoritairement consommée dans les villes voisines, alors qu'ils ont déjà les installations de traitement des déchets de ces mêmes villes sur leur territoire³⁴⁵⁰ ?

³⁴⁴⁴ Faisant l'objet de plusieurs rapports récents pour l'améliorer. Cf. Etude annuelle 2011 du Conseil d'Etat, *Consulter autrement, participer effectivement*, La Documentation française ; Rapport de la Commission spécialisée du Conseil national de la transition écologique sur la démocratisation du dialogue environnemental présidée par Alain Richard, « Démocratie environnementale : débattre et décider », 3 juin 2015 [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000364.pdf>].

³⁴⁴⁵ Cf. Romain GRUFFAZ, « Éoliennes : ces mâts qui sèment la discorde dans l'Aveyron », *La Dépêche*, 6 mai 2016, consulté le 16 juin 2017, carte [<http://www.ladepeche.fr/article/2016/05/06/2339051-eoliennes-ces-mats-qui-sement-la-discorde-dans-l-aveyron.html>].

³⁴⁴⁶ RTE, « Bilan électrique 2016 », « L'éolien – Le parc – Parc éolien régional », 2017 [<http://bilan-electrique-2016.rte-france.com/territoire-et-regions/leolien-en-region/#>].

³⁴⁴⁷ Comme en Provence-Alpes-Côte d'Azur par exemple. Cf. *Ibid*.

³⁴⁴⁸ Concernant des demandes d'étude plus approfondie de la biodiversité par exemple.

³⁴⁴⁹ À l'image de ces préoccupations outre-Rhin, cf. Kirsten JENKINS *et al.*, « Energy Justice: A Conceptual Review », *Energy Research & Social Science*, n° 11, 2016, pp. 176.

³⁴⁵⁰ Comme dans le cas suivant : Christian NICOURT, Jean Max GIRAULT, « L'usage du principe de proximité comme instrument d'ajustement de la décision publique », *Développement durable et territoires*, 2006, dossier 7, pp. 1 – 17 ; aussi, au Royaume-Uni, une corrélation a été dressée entre les lieux d'implantation

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Quid si la répartition des taxes et impôts versés par les exploitants des installations renouvelables ne retombent qu'en minorité sur le territoire de la commune pour aller majoritairement alimenter le budget de l'EPCI, avec le risque que la ville-centre en consomme la majorité ?

Quid si des mesures d'incitation à l'investissement et à la gouvernance participative ne sont pas incluses dans la réglementation ou sont battues en brèche par son évolution sous l'influence notamment du droit européen³⁴⁵¹ ?

Quid des travailleurs de l'industrie nucléaire ou de celle des hydrocarbures si des mesures ne sont pas prises pour les intégrer au développement des nouvelles technologies et de leurs usages³⁴⁵² ?

Quid si toutes ces mesures sont prises sans un processus d'information et de participation maintenu sur le long-terme ? Le débat national sur la transition énergétique (DNTE) a été une expérience au bilan positif mais ponctuelle³⁴⁵³. Les conférences environnementales s'inscrivent dans la continuité mais n'incluent pas la population³⁴⁵⁴.

Quid si des mesures-clés de la transition énergétique sont adoptées par voie d'ordonnance, comme c'est déjà le cas jusqu'à présent³⁴⁵⁵ ?

Et l'ensemble de ces interrogations ne concerne que des développements abordés dans cette thèse. Elles ne traitent pas des nombreux autres enjeux de la justice énergétique dans le logement (avec la précarité énergétique) ou les transports³⁴⁵⁶.

La transition énergétique, pour être menée à bien, doit intégrer la notion de justice. En cela, le législateur et le pouvoir réglementaire ont un rôle primordial à assumer pour répondre à chacune des questions énumérées ci-dessus et aux innombrables autres. S'ils ne sont pas à la hauteur de ces défis, il revient alors aux citoyens de les y forcer afin de voir l'établissement d'un droit de la transition énergétique ambitieux, stable et juste.

des éoliennes et le niveau de vie moyen de la population locale, cf. Richard COWELL, Gill BRISTOW, Max MUNDAY, « Wind Energy and Justice for Disadvantaged Communities », Joseph Rowntree Foundation, 2012, consulté le 23 août 2016, p. 7 [www.jrf.org.uk/report/wind-energy-and-justice-disadvantaged-communities].

³⁴⁵¹ Cf. Partie 2, titre 2, chap. 1, section 2, I) B) 1) b) et II) B) 1).

³⁴⁵² Le risque étant de créer ou de renforcer des territoires sinistrés comme les anciennes régions minières et d'industrie lourde du Nord-Est.

³⁴⁵³ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, II).

³⁴⁵⁴ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 1, section 1, I).

³⁴⁵⁵ Cf. Partie 1, titre 1, chap. 2, section 1, I) B).

³⁴⁵⁶ Par exemple, l'instauration d'un certificat qualité de l'air pour les véhicules devant circuler dans Paris peut présenter de tels enjeux de justice pour les personnes n'ayant pas les moyens d'acquérir un véhicule moins polluant. Cf. Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 37, et décret n° 2016-858 du 29 juin 2016 relatif aux certificats qualité de l'air.

Conclusion du Chapitre 2nd

A l'issue de ce dernier chapitre, dont les modes d'action du citoyen en tant que financeur ou que justiciable constituent le fil rouge, le droit de la transition énergétique paraît plus que jamais s'émanciper d'une qualification de pur ensemble de normes techniques. Il n'est définitivement pas qu'une agglomération de dispositions techniques et fiscales ayant trait à l'essor des énergies renouvelables. Bien plus, il apporte tour à tour sa pierre à l'édifice de la construction en perpétuel mouvement de la notion de territoire, de celle en pleine croissance de l'investissement participatif des citoyens et des collectivités territoriales-stratégues, de la définition de l'intérêt public local, de l'allongement potentiel de la liste des droits-créances ou du renforcement de ceux existants parmi les plus importants pour le futur de l'espèce humaine. Par sa position stratégique de corpus juridique encadrant le mouvement de transition énergétique il se doit d'intégrer la notion de justice énergétique dans ses moyens et de participer à l'achèvement de la justice climatique comme une finalité. Au vu de ces éléments, l'étude de l'évolution du droit de la transition énergétique est un sujet qui devrait continuer de croître, notamment pour en garantir la réalisation juste et ambitieuse.

CONCLUSION GENERALE

Il est ardu de conclure en quelques paragraphes plus de 500 pages de développement et presque 4 années de travail doctoral. Il l'est d'autant plus sans faire de répétition non seulement avec le corps de ces travaux mais plus encore avec les 8 conclusions qui en émaillent les différents chapitres. Partant, nous souhaitons prévenir le lecteur que c'est sans surprise qu'il trouvera dans les lignes ci-dessous le fruit de raisonnements dont il aura déjà pris connaissance.

« [E]n commençant notre démarche d'alpiniste, on ne savait pas vraiment ce qu'il y avait au sommet de la montagne », dirent les professeurs Terneyre et Boiteau à l'issue d'un article prospectif sur l'existence du droit de l'énergie³⁴⁵⁷. Nous pensons que nous pouvons faire cette pensée nôtre. Nous avons bien entendu, de par notre expérience pratique du développement éolien notamment, une idée assez claire du volume mais aussi des enjeux que représente le corpus juridique en formation encadrant le processus de transition énergétique. Mais le résultat, le panorama au sommet de la montagne, reste toujours différent de l'image qu'on en a avant.

Tout d'abord, ce que nous avons nommé droit de la transition énergétique (dans nos travaux, concentré sur l'aspect production d'électricité à partir d'énergies renouvelables et questions connexes) forme un corpus juridique au carrefour d'autres droits plus anciens, plus établis. Il est, comme dit en introduction, issu de la rencontre du droit de l'énergie et du droit de l'environnement, mais il emprunte également de manière notoire au droit des collectivités territoriales, au droit de l'urbanisme, ou encore au droit communautaire, pour n'en citer que quelques-uns. Nous nous devions ici, à l'évocation de ses origines, de préciser que bien qu'il regroupe selon nous de nombreux éléments laissant à penser qu'il puisse constituer dès maintenant ou à courte échéance un droit à part entière, l'identification formelle du droit de la transition énergétique reste encore un défi. Les professeurs Terneyre et Boiteau se posaient déjà la question de l'existence même du droit de l'énergie dans l'intitulé de l'article évoqué au paragraphe précédent, pourtant beaucoup plus ancien et établi que celui qui nous intéresse. L'affirmation sans équivoque d'une existence pleine et entière d'un droit de la transition énergétique serait donc à l'heure actuelle audacieuse.

Néanmoins, concernant ce corpus juridique, notre thèse révèle qu'il s'agit d'un droit qui unit les éléments qui le composent par sa finalité, englobante, de lutte contre les émissions de gaz à effet de serre, à la manière d'un « *droit d'assemblage* »³⁴⁵⁸. C'est aussi un droit qui se coule dans un cadre existant, préétabli, et qui le soumet aux principes classiques du droit. Toutefois, étant de nature évolutionnaire plutôt que révolutionnaire, cette rencontre porte aussi en germe le potentiel d'influencer ces principes vénérables afin d'en livrer une interprétation renouvelée et adaptée à son époque. C'est encore un droit davantage acteur que spectateur de

³⁴⁵⁷ Philippe TERNEYRE, Claudie BOITEAU, « Existe-t-il un droit de l'énergie ? », *RFDA*, 2017, p. 521.

³⁴⁵⁸ *Id.*, p. 518.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

changements majeurs allant au-delà de son seul objet : la dilution accentuée du dualisme juridictionnel, l'inclusion renforcée du citoyen ou des collectivités locales à la prise de décision et surtout à la mise en œuvre de politiques qui joignent local et global.

En sus d'avoir identifié sa place dans le droit, nous avons également cherché à identifier sa méthode. Celle qui a été proclamée à au moins deux reprises (lors du débat national sur la transition énergétique et lors des débats parlementaires sur le projet de loi de transition énergétique) met en avant un processus de création de ce droit reposant sur l'information, la participation et l'analyse scientifique plurielle. Force est ici de constater que si le droit de la transition énergétique compte organiser la transition du système énergétique – et, partant de l'ensemble de la société – il devra mener sa propre mue. Comme le processus physique qui constitue son objet, le droit de la transition énergétique se doit de partir de la base de la pyramide, des initiatives locales, d'un véritable droit à l'expérimentation locale.

Egalement, de notre analyse ressortent les aspects positifs du droit de la transition énergétique, ceux montrant une adaptation pour répondre aux défis qui sont les siens. Ainsi des instruments de planification divers et variés dans leur portée géographique et normative qu'il crée ou met à profit, mais qui semblent, ensemble, instaurer une obligation de résultat garantie par un suivi *a priori* indépendant et compétent, dans la logique d'éviter d'associer ce droit de planification à un droit de dilution des enjeux et responsabilités. Bien plus que l'encadrement du remplacement d'une source d'énergie par une autre, bien plus qu'un pur ensemble de normes techniques, il mobilise également l'action citoyenne, financière ou contentieuse et il se prête autant qu'il est amené à intégrer des considérations de justice très contemporaines, fortement liées à sa finalité. Ces éléments lui confèrent alors ce « *supplément d'âme* » l'émancipant de l'amas complexe, technique et obscur qu'il aurait sinon pu être.

En revanche, notre étude a mis en relief de nombreux points négatifs dans l'élaboration et la mise en œuvre de ce droit. Son élaboration a en particulier été marquée par une confusion certaine dans le processus de rédaction, de par son volume, son éparpillement, sa maladresse et ses conflits, mais aussi par les failles inhérentes aux institutions de la V^e République et à l'usage qui en est fait. Ces considérations n'ont alors pas favorisé l'émergence d'un droit stable et de qualité, offrant une sécurité juridique digne de ce nom, surtout dans l'encadrement des énergies renouvelables. Enfin, et c'est probablement le principal reproche qui peut lui être fait, ce droit est « *fort avec les faibles et faible avec les forts* ». En particulier, il se montre plus souvent un frein qu'un facilitateur lorsqu'il s'agit d'accompagner le développement des énergies renouvelables en application des objectifs qu'il a lui-même fixés, alors qu'il est aussi souvent mal écrit et mal armé quand il s'agit d'organiser la diminution de la part du nucléaire dans le mix électrique.

Pour finir, nos travaux ont relevé un constat qui n'est plus à faire, en l'occurrence que si le droit est nécessaire pour changer la société, seul il ne peut pas tout. Mais dans le cadre d'un processus tant dépendant des évolutions techniques, économiques et comportementales, dont le droit est à la fois tributaire et instigateur, il nous semblait important d'en faire état s'agissant du droit de la transition énergétique.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

En guise d'ouverture, nous ferons également nôtre l'appel des professeurs Terneyre et Boiteau, en incitant des « *chercheurs curieux* »³⁴⁵⁹ à explorer, en cordée ou en solitaire, d'autres sommets du droit *et* de la transition énergétique voire du droit *de* la transition énergétique.

³⁴⁵⁹ *Id.*, p. 521.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

BIBLIOGRAPHIE

I) Sources doctrinales.....	587
1. Dictionnaires et encyclopédies	587
2. Ouvrages généraux juridiques	587
3. Ouvrages généraux non juridiques	589
4. Thèses	590
5. Chapitres de livres	591
6. Articles de revue	592
7. Autres rapports et notes scientifiques	608
8. Colloques	609
II) Sources normatives	610
1. Textes internationaux	610
2. Textes européens et communautaires	610
2.1 Parlement européen et Conseil	610
2.2 Commission européenne	611
2.3 Conseil de l'Union européenne	612
3. Textes nationaux.....	613
3.1 Constitutionnels.....	613
3.2 Codes	613
3.3 Lois & ordonnances.....	613
3.4 Décrets & Arrêtés	616
3.5 Circulaires & Instructions du Gouvernement	621
III) Sources documentaires	621
1. Documents d'organismes internationaux.....	621
2. Documents officiels nationaux	622
2.1 Présidence de la République	622
2.2 Premier ministre	623
2.3 Ministère en charge de l'environnement et de l'énergie & Directions	623
2.4 Assemblée nationale	627
2.5 Sénat	628
2.6 Commission mixte paritaire.....	629
2.7 Autorités, Commissions, Conseils & Instituts	629
2.8 Agences	634
2.9 Rapports commandés par le Gouvernement	635

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2.10 Etudes annuelles du Conseil d'Etat	635
2.11 Rapports de la Cour des comptes.....	635
3. Documents d'organisations non gouvernementales	636
4. Presse papier	636
IV) Autres sources : ressources électroniques	636
1. Pages internet	636
2. Articles de blogs juridiques	637
3. Autres ressources en ligne.....	641
3.1 Vidéos	660

I) SOURCES DOCTRINALES

1. Dictionnaires et encyclopédies

- BOURG Dominique, PAPAUX Alain (dirs.), *Dictionnaire de la pensée écologique*, PUF, 2015.
- GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry (dirs.), *Lexique des termes juridiques*, 22^e éd., 2014-2015, Dalloz, pp. 257 – 258.
- KADA Nicolas *et al.* (dirs.), *Dictionnaire encyclopédique de la décentralisation*, Berger Levraut, 2017, pp. 863 – 866, 1010 – 1013.
- LAROUSSE Pierre, *Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle*, 1875.
- LEVY Jacques, LUSSAUT Michel (dirs.), *Dictionnaire de la géographie et de l'espace des sociétés*, Belin, 2013.

2. Ouvrages généraux juridiques

- BAILLEUL David (dir.), *Energie solaire - Aspects juridiques*, Université de Savoie, 2010.
- BAIN-THOUVEREZ Justine, CHAUTARD Thomas, ROMI Raphaël, *Mettre en œuvre la transition énergétique - Décryptage juridique*, Territorial éditions, 2016
- BERT Daniel, CHAGNY Muriel, CONSTANTIN Alexis (dirs.), *La simplification du droit*, Institut Universitaire Varenne, 2015.
- BETAILLE Julien (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, LGDJ, 2017.
- BEZZINA Anne-Charlène, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014.
- BLOCK Guy *et al.*, *Le nouveau marché de l'énergie : Guide juridique à l'usage des distributeurs et des consommateurs*, Anthemis, 2008.
- BLOTTIN Benoît, *Concurrence, régulation et énergie : Rôle des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle*, Bruylant, 2016.
- BOITEAU Claudie (dir.), *Énergies renouvelables et marché intérieur*, Bruylant, 2014.
- BOITEAU Claudie, LE CHATELIER Gilles, *Code de l'énergie 2017, Annoté & commenté*, 4^e éd., Dalloz, 2017, p. VI.
- CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 22.
- COLSON Jean-Philippe, *Le Nucléaire sans les Français : Qui décide, qui profite ?*, Maspero, 1977.
- CHEVALLIER Jacques, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2008, pp. 59, 62, 145.
- CONSTANTINESCO Vlad, PIERRE-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, PUF, 2016, p. 244.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- DABIN Jean, *Le droit subjectif*, Dalloz, 2007, p. 105.
- DEVOLVE Pierre *et al.*, *GAJA*, Dalloz, 20^e éd., 2015, pp. 50 – 55, 249 – 258.
- DE SECONDAT Charles-Louis, Baron de La Brède et de Montesquieu, *L'Esprit des lois*, I, 3, dans *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de La Pléiade », t. 2, 1951, p. 238.
- FOULQUIER Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés : Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, 2003.
- FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Droit administratif*, LGDJ, 2015, pp. 397, 411.
- GAY Laurence, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2008, p. 33.
- GRAMMATICO Laetitia, *Les moyens juridiques du développement énergétique dans le respect de l'environnement en droit français (Recherches sur le droit du développement durable)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p.25.
- GUEGUEN-HALLOUËT Gaëlle, LEVREL Harold (dirs.), *Energies renouvelables maritimes – Enjeux juridiques et socio- économiques*, Pedone, 2013.
- GUEYE Doro, *Le Préjudice écologique pur*, Connaissances et Savoirs, 2016, pp. 192, 195.
- HOBBS Thomas, *Léviathan*, Folio, 2000.
- LABETOULLE Daniel *et al.*, *Construction et droit au recours : Pour un meilleur équilibre*, 25 avr. 2013.
- LAVERGNE Benjamin, *Recherche sur la soft law en droit public français*, LGDJ/Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013.
- LE BAUT-FERRARESE Bernadette (dir.), *Les transitions énergétiques dans l'Union Européenne*, Bruylant, 2015.
- LE BAUT-FERRARESE Bernadette (dir.), *Traité de droit des énergies renouvelables*, Le Moniteur, 2012.
- MEKKI Mustapha, NAIM-GESBERT Éric (dirs.) *Droit public et droit privé de l'environnement*, LGDJ, 2016.
- MICHELOT Agnès, *Justice climatique / Climate Justice - Enjeux et perspectives / Challenges and perspectives*, Bruylant, 2016.
- OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- PAUL Gwendoline, *Le droit éolien*, Editions du Papyrus, 2014.
- PEEL Jacqueline, OSOFSKY Hari, *Climate Change Litigation Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, 2015.
- PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, 6^e éd., Dalloz, pp. 788 – 789.
- PRIEUR Michel, SOZZO Gonzalo, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012.
- RAWLS John, *A Theory of Justice*, Cambridge: Belknap Press, 1971, pp. 3 – 4.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social : Principes du droit politique*, rééd. Numilog, 2000.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- RUEDA Frédérique, POUSSON Jacqueline (dirs.), *Qu'en est-il de la simplification du droit?*, LGDJ, 2010.
- SABLIÈRE Pierre, *Droit de l'énergie*, Dalloz, nov. 2013, pp. 15, 46.
- SOVACOO Benjamin K., *Energy & Ethics – Justice and the Global Energy Challenge*, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 1 – 2, 16, 25.
- SOVACOO Benjamin K., SIDORSTOV Roman, JONES Benjamin, *Energy Security, Equality and Justice*, Routledge, 2014, pp. 23 – 29.
- TERNEYRE Philippe, *Energies renouvelables : contrats d'implantation : Implantation des unités de production, clauses suspensives, modèles de contrats*, Lamy, 2010.
- THIBIERGE Catherine et al. (dirs.), *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ/Bruylant, 2009
- WALINE Jean, *Droit administratif*, Dalloz, 26^e éd., 2016, pp. 377 – 379.

3. Ouvrages généraux non juridiques

- BARJAVEL René, *Ravage*, Denoël, 1943.
- BOILEAU Nicolas, *L'Art poétique* (1669-1674), Chant premier, v. 171-174, éd. ULB, p. 52.
- BOURDIEU Pierre, *Sur la télévision*, Raisons d'Agir, 1996, pp. 16 – 17.
- CALDECOTT Ben, DERICKS Gerard, MITCHELL James, *Stranded Assets and Subcritical Coal : The Risk to Companies and Investors*, Smith School of Enterprise and the Environment, University of Oxford, 2015.
- DERRIDA Jacques, *Voyous*, Galilée, 2003, p. 208.
- FORTIN Marie-José, FOURNIS Yann, L'ITALIEN François (dirs.), *La transition énergétique en chantier. Les configurations institutionnelles et territoriales de l'énergie*, Presses de l'université Laval, 2016, pp. 1 – 3.
- HEINBERG Richard, *Pétrole, la fête est finie !*, Editions Demi-Lune, 2008.
- JOHANSEN Bruce, *Resource Exploitation in Native North America – A plague upon the people*, Praeger, 2016.
- LACORDAIRE Jean-Baptiste-Henri Dominique, « Du double travail de l'homme », 52^e conférence de Notre-Dame, 16 avril 1848, *Œuvres du R. P. Henri-Dominique Lacordaire*, tome IV, Paris, Poussièlge Frères, 1872, p. 494.
- LOVINS Amory, *Soft Energy Paths: Toward a Durable Peace*, Ballinger Publishing Company and Friends of the Earth International, 1977, p. 25.
- _____, *Soft Energy Paths: Toward a Durable Peace*, Harpercollins, 1979.
- MASSE Pierre, *Le plan ou l'anti-hasard*, Gallimard, 1967.
- OLUDURO Olubayo, *Oil exploitation and human rights violations in Nigeria's oil producing communities*, Intersentia, 2014, pp. 261 – 264, 385 – 396.
- RABELAIS François, *Gargantua*, 1534, Prologue.
- RIFKIN Jeremy, *La troisième révolution industrielle : Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Les Liens qui Libèrent, 2012.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

SCHUMPETER Joseph, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper & Brothers, 1942.

STOFFAËS Christian, *L'économie face à l'écologie*, La Découverte, Paris, 1993.

4. Thèses

CRESPY Clément, *Eoliennes et paysages : recherche sur les critères jurisprudentiels de l'insertion paysagère des éoliennes*, Université Montpellier 1, 2013, pp. 27 – 28, 108.

CRESPY-DE CONINCK Marie, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, Université de Montpellier, 2015, p. 174.

DAGICOUR Florence, *La protection de l'environnement et le droit international : le cas de l'énergie nucléaire*, Université de Poitiers, 2002.

DARSON Alice, *Transition énergétiques et transition juridique : le développement des énergies de sources renouvelables en France*, Université de Bordeaux, 2015.

DE LA FAGE Damien, *L'accident nucléaire*, Université Toulouse 1, 2011.

DECHAMP Floriane, *La construction de l'acceptabilité sociale des parcs éoliens terrestres en France – L'analyse d'une stratégie de communication d'une entreprise*, Université de Lorraine, 2014, pp. 222 – 223, 226, 229.

DHOORAH Marie Sabrina, *L'évolution du droit en matière de sûreté nucléaire après Fukushima et la gouvernance internationale*, Université Paris 2, 2014.

FRONSACQ Alexandre, *La sûreté des centrales nucléaires : approche juridique de la sûreté des centrales nucléaires de production d'électricité*, Université Paris 1, 1999.

GABILLET Pauline, *Les entreprises locales de distribution à Grenoble et Metz. Des outils de gouvernement énergétique urbain partiellement appropriés. Architecture, aménagement de l'espace*. Université Paris Est, 2015, p. 126.

GRAMMATICO Laetitia, *Les moyens juridiques du développement énergétique dans le respect de l'environnement en droit français : recherches sur le droit du développement durable*, Université Montpellier 1, 2003.

GRECO Marjorie, *Le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé*, Université de Perpignan Via Domitia, 2016, pp. 5, 189, 205 – 210, 238, 442.

HEGO DEVEZA-BARRAU Alexandre, *Droit et intégration des énergies renouvelables : les règles juridiques relatives au développement et à l'utilisation des énergies renouvelables dans le bâtiment*, Université Toulouse 1, 2009.

HOTTIN-POCHARD Françoise, *Le régime juridique des systèmes éoliens : une approche de droit comparé*, Université de Nantes, 1987.

JAMET Jacqueline, *Les aspects juridiques de l'utilisation de l'énergie solaire dans l'habitat en France et aux Etats-Unis*, Université de Montpellier 1, 1987.

KAMKAR Paradis, *Le photovoltaïque, une « innovation verte » à l'épreuve du droit : analyse synthétique et critique du cadre juridique photovoltaïque visant le particulier à la Réunion*, Université de La Réunion, 2015.

KROLIK Christophe, *Contribution aux fondements du droit de l'énergie*, Université de Limoges, 2011.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- LANDELLE Philippe, *Le développement des sources d'énergie renouvelables et l'aménagement durable du territoire*, Université de Limoges, 2008.
- LATULLAIE Florence, *La production d'énergie de sources renouvelables par les collectivités territoriales*, Université de Nantes, 2012.
- LEMAIRE Christophe, *Énergie et concurrence : recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz naturel*, Université Paris 1, 2002.
- LORACH Jean-Marc, *Aspects politiques, juridiques et sociaux de la collaboration européenne en matière d'établissements nucléaires industriels : le cas des centrales de Chooz, du surgénérateur Superphénix et de l'usine d'enrichissement Eurodif*, Université Robert Schuman, 1987.
- MILLET Anne-Sophie, *L'invention d'un système juridique : nucléaire et droit*, Université de Nice, 1991.
- MILLET Laurent, *Contribution à l'étude des fonctions sociale et écologique du droit de propriété. Enquête sur le caractère sacré de ce droit énoncé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 16 déc. 2015.
- MOULIM El Bachir, *L'énergie et la protection de l'environnement dans la Communauté européenne*, Université François Rabelais, 1994.
- NIVAULT Sébastien, *L'évolution du statut des entreprises locales de distribution d'électricité et de gaz dans un environnement concurrentiel*, Université de Poitiers, 2004.
- NTSADI MASSIKA Josiane, *La place du service public au sein du marché unique de l'énergie*, Université de Poitiers, 2011.
- RODRIGUE Léa, *Les aspects juridiques de la régulation européenne des réseaux*, Université Paris 2, 2008.
- ROUSSEAUX Sandrine, *Changement climatique et droit communautaire. Régulation juridique des émissions de gaz à effet de serre par des mesures internes*, Université de Nantes, 2001.
- SCHNEIDER Frédéric, *Les énergies marines renouvelables face au droit*, Université de Nice, 2013.
- VIROT Laurence, *L'évolution du droit nucléaire*, Université de Nice, 2000.
- VLACHOU Charikleia, *La coopération entre les autorités de régulation en Europe (communications électroniques, énergie)*, Université Paris 2, 2014.

5. Chapitres de livres

- BARTEZ Anne-Sophie, « Les avis et recommandations des autorités indépendantes », *Le droit souple*, Association Henri Capitant, Journées nationales, tome XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz, 2009, p. 61.
- BOUTAUD Benoit, « XI. Les énergies renouvelables, énergies des collectivités territoriales ? », GRALE, *Droit et gestion des collectivités territoriales - Collectivités*

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

territoriales et énergie : ambitions et contradictions, Tome 33, Le Moniteur, 2013, p. 195.

GEOFFRON Patrice, « La délicate élaboration du droit de la "transition énergétique" », préface, BOITEAU Claudie (dir.), *Énergies renouvelables et marché intérieur*, Bruylant, 2014, p. IX.

GUERRY Anaïs, « A Reflection on Some Legal Aspects of Decision Control in the Energy Transition Process: A Comparison of France and Germany », JARIA I MANZANO Jordi, CHALIFOUR Nathalie, KOTZE Louis J. (dirs.), *Energy, Governance and Sustainability*, Edward Elgar, 2016, pp. 194 – 218.

MARCOU Gérard, « I. Introduction - électricité, marché unique et "transition énergétique" : les contradictions du nouveau système électrique et la place des collectivités territoriales », GRALE, *Droit et gestion des collectivités territoriales - Collectivités territoriales et énergie : ambitions et contradictions*, Tome 33, Le Moniteur, 2013, p. 64.

NADAI Alain *et al.*, « Les territoires face à la transition énergétique, les politiques face à la transition par les territoires ? », LAVILLE Bettina, THIEBAULT Stéphanie, EUZEN Agathe (dirs.), *Quelles solutions face au changement climatique ?*, CNRS Editions, 2015, pp. 196 – 204.

NWAPI Chilenye, « From Responsibility to Cost-Effectiveness to Litigation: The Evolution of Climate Change Regulation and the Emergence of Climate Justice Litigation », ABATE Randall (dir.), *Climate Justice: Case Studies in Global and Regional Governance Challenges*, Environmental Law Institute, 2016, p. 532.

OST François, « Oser la pensée complexe; l'exemple des "communs" », MEKKI Mustapha, NAIM-GESBERT Éric (dirs.), *Droit public et droit privé de l'environnement*, LGDJ, 2016, pp. 12 – 15.

RANGEON François, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la constitution de 1946 », Geneviève KOUBI, *et al.* (dirs.) *Préambule de la constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, pp. 171 – 172.

SMETS Henri, « Pour une effectivité accrue du droit à l'eau potable en France », SMETS Henri (dir.), *Le droit à l'eau potable et à l'assainissement, sa mise en œuvre en Europe*, 2011, pp. 225 – 228.

SOVACOO Benjamin K., « The History and Politics of Energy Transitions – Comparing Contested Views and Finding Common Ground », ARENT Douglas *et al.* (dir.), *The Political Economy of Clean Energy Transitions*, Oxford University Press, 2017, pp. 17 – 18.

6. Articles de revue

AGUILA Yann, FROGER Guillaume, « Droit souple - Les autorités de régulation sous le contrôle du juge », *JCP G*, n° 23, 6 juin 2016, p. 2.

AJDA, « La directive du 15 juillet 1980 sur la qualité des eaux impose une obligation de résultat », 2006 p. 215.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- ALLEN Michael J., « Energy Storage: The Emerging Legal Framework (And Why It Makes a Difference) », *Natural Resources & Environment*, vol. 30, n° 4, 2016, pp. 20 – 26.
- ANUTA Oghenetajiri Harold *et al.*, « An international review of the implications of regulatory and electricity market structures on the emergence of grid scale electricity storage », *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, n° 38, 2014, pp. 496 – 498.
- ARAUJO Kathleen, « The emerging field of energy transitions: Progress, challenges, and opportunities », *Energy Research & Social Science*, 2014, p. 118.
- ARTHUR William Brian, « Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Events », *The Economic Journal*, vol. 99, n° 394, mars 1989, p. 128.
- AYACHE Laurent, MICHELLET Charlotte, « Chronique de la jurisprudence française et européenne relative aux aides d'État », *Rev. UE*, 2017, pp. 53s.
- AZUELA Antonio, MELE Patrice, UGALDE Vicente, « Conflits de proximité et rapport(s) au(x) droit(s) », *Développement durable et territoires*, vol. 6, n° 1, mars 2015, pp. 1 – 16.
- BANDA Maria, FULTON Scott, « Litigating Climate Change in National Courts: Recent Trends and Developments in Global Climate Law », *Environmental Law Reporter*, n° 47, 2017, pp. 10123 – 10124, 10133.
- BARTHELEMY Christophe, VIDAL Laurent, « Le droit de l'énergie – Présentation », *RFDA*, 2017, p. 229.
- BAZEX Michel, « L'intervention de l'entité publique agissant comme un investisseur avisé en économie de marché », *Droit Administratif*, n° 11, nov. 2012, comm. 88, pp. 1 – 8.
- BAZEX Michel, « La régulation de la fourniture de l'électricité éolienne », *Droit Administratif*, mars 2014, n° 3, comm. 22.
- BEATRIX Olivier, « La contribution aux charges de service public de l'électricité : de l'ombre à la lumière », *RFDA*, 2012, pp. 936 – 939.
- BECUE Sébastien, DEHARBE David, « De l'intérêt à agir contre un projet industriel en contentieux de l'urbanisme », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} juil. 2016, pp. 263 – 264.
- BELLINI Bob, NGUYEN THI Cam Thao, THOMAS Johann, « Les contraintes que fait peser l'éolien sur la gestion de la charge », *Revue de l'Énergie*, n° 598, nov. - déc. 2010, p. 385.
- BELRHALI-BERNARD Hafida, « Le droit de l'environnement : entre incitation et contrainte », *RDP*, vol. 6, pp. 1689 – 1692.
- BERDAH Fabien, « Le risque projet : perception, danger et analyse », *Juris tourisme*, n° 178, 2015, p. 33.
- BERGES Nelsie, WOODROFFE Olivia, « Énergie solaire : le nouveau cadre juridique de l'autoconsommation », *Contrats Publics*, n° 168, sept. 2016, p. 67.
- BEZZINA Anne-Charlène, « Plaidoyer en faveur de la relation in house », *Rev. UE*, 2014, pp. 39s.
- BILLET Philippe, « Principales dispositions financières et fiscales en matière d'environnement, d'énergie et de transport dans la loi de finances rectificative pour 2014 et la loi de finances pour 2015 », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 3, mars 2015, étude 4, p. 5.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- _____ « Transition énergétique et croissance verte : points d'étape », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, avr. 2015, comm. 32.
- _____ « L'énergie dans la loi Macron », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, août 2015, dossier 2, pp. 1 – 5.
- _____ « Transition énergétique et croissance verte : itinéraire et ambitions d'une loi », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, dossier 6, oct. 2015, pp. 1 – 3, 10 – 11.
- _____ « Principales dispositions financières et fiscales en matière d'environnement, d'énergie et de transport dans les lois de finances rectificative pour 2016 et de finances pour 2017 », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, étude 12, avr. 2017, pp. 1 – 2, 5.
- BILLET Philippe, FOURMON Adrien, « Les nouvelles lignes directrices relatives aux aides d'État en matière environnementale et énergétique pour la période 2014-2020 », *Environnement*, n° 7, étude 11, juil. 2014, p. 7.
- BODA Jean-Sébastien, « La confirmation en trompe-l'œil du monopole de la société ERDF pour la distribution publique d'électricité », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 3, mars 2016, comm. 22.
- BOITEAU Claudie, « Le prix controversé du rachat de l'énergie éolienne ou l'énergie renouvelable à quel prix ? », *AJDA*, 2009, p. 2109.
- _____ « Le code de l'énergie : entre urgence mal contrôlée et choix politique discutable », *AJDA*, 2011, p. 1169.
- _____ « Soutien aux énergies renouvelables et aide d'Etat », *AJDA*, 2014, pp. 928 – 929.
- _____ « Les entreprises liées aux personnes publiques », *RFDA*, 2017, pp. 57 – 59.
- BOITEAU Claudie, LE CHATELIER Gilles, « Transition énergétique : qu'en est-il pour les collectivités ? », *AJCT*, 2015, p. 328.
- BONNEAU Julien, « Les développeurs éoliens pourront désormais contester directement les avis défavorables des opérateurs radars », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 7, juil. 2016, comm. 51, p. 2.
- BONNET Julien, « L'épanouissement de la jurisprudence Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 2014, pp. 467 – 471.
- BORDIER Dominique, « Les chassés-croisés de l'intérêt local et de l'intérêt national », *AJDA*, 2007, pp. 2188 – 2193.
- BORRAS Susana, « Movimientos para la justicia climática global: Replantando el escenario internacional del cambio climático », *Relaciones Internacionales*, n° 33, oct. 2016 – jan. 2017, pp. 99 – 101.
- BOUNEAU Christophe, VILA Jean-Baptiste, « Transition énergétique et réforme territoriale : les enjeux d'un dialogue complexe », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 1, dossier 2, jan. 2016, p. 5.
- BOUQUET Gaël, « Les mécanismes de soutien de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables à l'épreuve des articles 87 et 88 du traité relatifs aux aides d'Etat », *AJDA*, 2006, p. 699.
- BRADBROOK Adrian, « Energy law as an academic discipline », *Journal of Energy and Natural Resources Law*, n° 14, 1996, p. 194.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- BRAIBANT Guy, « Problèmes actuels de la codification française », *RFDA*, 1994, p. 663.
- _____ « Codification », *RFDA*, 2000, pp. 493 – 496.
- BRENET François, « Candidature des collectivités territoriales à un contrat de la commande publique : nécessité et consistance de l'intérêt public local », *Droit Administratif*, n° 4, avr. 2015, comm. 27, pp. 1 – 7.
- BRINGUIER Pierre, « Droit nucléaire Juillet 2015-juillet 2016 », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} nov. 2016, pp. 38 – 39.
- BROYELLE Camille, « Les conditions de mise en jeu de la responsabilité du fait des lois », *Droit Administratif*, n° 5, mai 2012, comm. 53, pp. 3 – 4.
- CABANNES Xavier, « Les énergies renouvelables et la fiscalité locale », *AJCT*, 2010, pp. 20 – 22.
- CANAL-FORGUES Eric, PERRUSO Camila, « La lutte contre le changement climatique en tant qu'objet juridique identifié ? », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, août 2015, comm. 72, pp. 1 – 2.
- CASAS Didier, « Assistance des services de l'Etat et concurrence : le rôle de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat : Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris », *RFDA*, 2006, pp. 1048s.
- CASSAGNABERE Hervé, « Qui sème le vent... », *RJEP*, mai 2014, n° 719, comm. 20, p. 16s.
- CHAVRIER Géraldine, « Le droit au remboursement de la contribution au service public de l'électricité », *AJDA*, 2015, pp. 1195, 1198.
- CHEVALLIER Jacques, « Le service public : regards sur une évolution », *AJDA*, 1997, pp. 8s.
- CHRISTEN Guillaume, HAMMAN Philippe, « Des inégalités d'appropriation des enjeux énergétiques territoriaux? Analyse sociologique d'un instrument coopératif autour de l'éolien "citoyen" », *VertigO*, vol. 14, n° 3, 2014, pp. 1 – 20.
- CLAMOUR Guylain, « Les prises de participations régionales au capital de sociétés, commerciales pour la mise en œuvre du SRDEII », *Contrats et Marchés publics*, n° 8-9, août 2016, comm. 192, p. 3.
- CLAUDE Viviane, SAUNIER Pierre-Yves, « L'urbanisme au début du siècle. De la réforme urbaine à la compétence technique », *Vingtième Siècle*, n° 64, 1999, pp. 28 – 29.
- CLEMENT-WILZ Laure, « Chronique de droit de l'Union européenne et droit administratif - Le juge administratif », *RFDA*, 2016, p. 581.
- CLERC Olivier, DELZANGLES Hubert, « Note sur CJUE, 2^e ch., 19 déc. 2013, *Association Vent de Colère !*, aff. C 262/12 », *RJE*, n° 3, 2014, p. 540.
- COIN Rémy, « La contribution de la CRE à une stabilisation incertaine du cadre juridique de l'activité d'opérateur d'effacement de consommation d'électricité », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 7, juil. 2016, comm. 54, pp. 3 – 4.
- CORDUAS Alberto, « Le recul du nucléaire face aux énergies renouvelables dans le cadre de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte », *Droit Administratif*, n° 2, fév. 2016, comm. 10, p. 9.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- CROUZATIER-DURAND Florence, « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative. (À propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) », *RFDC*, n° 56, 4/2003, pp. 675 – 695.
- DARSON Alice, « Projet de loi sur la transition énergétique : ce qui attend les énergies renouvelables », *Droit de l'Environnement*, 2015, p. 162.
- DAYDIE Laura, « Publication du décret du 6 mai 2016 relatif au « chèque énergie » : un dispositif efficace de lutte contre la précarité énergétique ? », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, août 2016, comm. 63, pp. 3 – 4.
- DE MONTECLER Marie-Christine, « L'éolien surgit dans le débat sur la tarification de l'énergie », *AJDA*, 2012, p. 1880.
- _____ « Adoption définitive de la proposition de loi Brottes sur la transition énergétique », *AJDA*, 2013, p. 550.
- DE VILCHEZ MORAGUES Pau, « Broadening the scope: the Urgenda case, the Oslo Principles and the role of national courts in advancing environmental protection concerning climate change », *Spanish Yearbook of Int. Law*, 2016, pp. 73 – 87.
- DEHARBE David, « Réflexions, sans fétichisme ni désenchantement sur la police des ICPE 40 ans après la loi du 19 juillet 1976 », *RJE*, 2016/4, p. 686.
- DEHARBE David, DELDIQUE Lou, « Éoliennes et sites classés au patrimoine mondial de l'Unesco : vers la tolérance zéro ? », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} mars 2016, pp. 109 – 112.
- DESCOINGS Richard, « La nécessité d'une réflexion générale et croisée sur la régulation », *Petites affiches*, vol. 17, 2003, p. 4.
- DEUMIER Pascale, « Qu'est-ce qu'un Grenelle ? », *RTD Civ.*, 2008, pp. 63 – 64.
- DEZOBRY Guillaume, « Les lignes directrices concernant les aides d'État à l'énergie : vers une évolution des modes de soutien aux énergies renouvelables (EnR) », *Rev. UE*, 2015, p. 299.
- DIDRICHE Olivier, « Incompétence du conseil municipal et principe de précaution : suspension d'une délibération refusant les compteurs "Linky" », *AJCT*, 2016, pp. 649 – 650.
- DISANT Mathieu, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, juin 2013, p. 63.
- DOMINO Xavier, BRETONNEAU Aurélie, « Miscellanées contentieuses », *AJDA*, 2012, pp. 2373-2374.
- DREYFUS Jean-David, LATULLAIE Florence, « SEML et SPL : les conditions de prise en charge d'une activité économique », *AJCT*, 2011, pp. 77s.
- DUGUIT Léon, « De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi », *RDP*, 1910, p. 648.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, ODINET Guillaume, « Un recours souple pour le droit souple », *AJDA*, 2016, pp. 718 – 719.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis, ODINET Guillaume, « Aides d'État illégales : le vent ne l'emporte pas », *AJDA*, 2016, p. 1178.
- ECKERT Gabriel, « Chronique de droit public financier », *RFDA*, 2015, p. 1041.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- _____ « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *AJDA*, 2014, pp. 1941 – 1943.
- EZAN Gaëlle, LEPEE Jérôme, « Le régime juridique des énergies renouvelables : la première étape de la transition », *AJCT*, 2016, pp. 12 – 15.
- FACELINA Caroline, GOUPILLIER Corentin, « Cap sur l'autorisation unique ICPE : tour d'horizon de la réforme », *Droit de l'Environnement*, 1er nov. 2014, p. 405.
- FAURE Bertrand, « Le droit des collectivités territoriales est "malade de ses normes" », *RFDA*, 2014, pp. 467 – 468.
- _____ « Le leadership régional : nouvelle orientation du droit des collectivités territoriales ? », *AJDA*, 2015, pp. 1898 – 1899.
- FERIEL Louis, « Les paradoxes du raccordement des producteurs d'énergie renouvelable au réseau électrique », *AJDA*, 2014, pp. 1506 – 1508.
- FERREIRA Nelly, « La loi NOTRe : L'enchevêtrement des compétences : suite et... fin ? », *AJCT*, 15 fév. 2016, pp. 79 – 82.
- _____ « Concurrence-Distribution : janvier 2012 – décembre 2012 », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 732.
- FITZJEAN O COBHATHAIGH Alexis, « Affaire Vent de colère ! : épilogue ? », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 11, nov. 2016, comm. 73, pp. 4 – 5.
- FONT Nicolas, « Réforme territoriale - Retour sur cinq ans de réforme de l'intercommunalité », *AJCT*, 15 fév. 2016, p. 70.
- FOUQUET Roger, « The slow search for solutions: Lessons from historical energy transitions by sector and service », *Energy Policy*, n° 38, 2010, p. 6586.
- FOURMON Adrien, « Le recours aux sociétés publiques locales (SPL) comme nouvel instrument du développement des énergies renouvelables pour les collectivités », *Gazette du Palais*, n° 268, 25 sept. 2010, pp. 34 – 39.
- FOURMON Adrien, « Un an de jurisprudence en droit des énergies renouvelables », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 2, fév. 2015, pp. 5 – 6.
- _____ « La clarification de la jurisprudence quant à la compétence du juge et l'inopposabilité de la transaction d'ERDF à EDF en matière de raccordement et de contrat d'achat », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 3, mars 2015, comm. 22.
- _____ « L'évolution des mécanismes de soutien applicables aux énergies renouvelables pour la transition énergétique : 1ers commentaires sur la notion de complément de rémunération », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, août 2015, étude 15, pp. 4, 6.
- FRAISSE Régis, « La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, jan. 2011, pp. 77 – 86.
- GAUDEMET Yves, « La régulation économique ou la dilution des normes », *RDP*, n° 1, jan. 2017, pp. 23 – 29.
- GAY Laurence, « La notion de "droits-créances" à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, juin 2004, pp. 1 – 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- GEIB Thibaut, VERVYNCK Mathilde, « L'autorisation environnementale unique : une vitrine de la modernisation du droit de l'environnement ? », *RDI*, 2017, pp. 264 – 272.
- GIRARD-DORMEUIL Delphine, OLLIER Jean-Yves, « La Commission de régulation de l'énergie est dotée d'un pouvoir réglementaire propre », *JCP G*, n° 5, 2015, p. 143.
- GRANDJEAN Alain, « La transition énergétique en France », *Études*, 2014, n° 4, pp. 29 – 39.
- GRANIER Thierry, « Crowdfunding et financement durable », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 4, juil. 2015, pp. 44 – 48.
- GROULIER Cédric, « À propos de l' "interprétation facilitatrice des normes" », *RDP*, 1^{er} jan. 2015, pp. 209 – 210.
- GRUBLER Arnulf, « The costs of the French nuclear scale-up: A case of negative learning by doing », *Energy Policy*, n° 38, 2010, p. 5185.
- _____ « Energy transitions research: Insights and cautionary tales », *Energy Policy*, n° 50, 2012, p. 8.
- GUÉNAIRE Michel, « 3 questions à Michel Guénaire à propos de la 2e édition du Code de l'énergie », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 6, juin 2016, entretien 1, p. 2.
- GUILLOU Morgane, « Transition énergétique : la loi Brottes partiellement censurée mais publiée », *AJCT*, 2013, p. 217.
- GURUSWAMY Lakshman, « Energy Justice and Sustainable Development », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, n° 21, 2010, pp. 231 – 275.
- GUYET Rachel, « Précarité énergétique et justice énergétique : Un droit à l'énergie est-il pensable ? », *L'Europe en Formation*, n° 378, 2015, p. 141.
- HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, « Quel "droit climatique" », *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 2260 – 2263.
- HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHE-MARENGO Ève, « L'obligation de résultat des États quant à la qualité de l'air ambiant : quel risque pour la France ? », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 312.
- HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde *et al.*, « Droit comparé de l'énergie et de l'environnement », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, avr. 2017, chron. 1.
- HAVAS Nathalie, « Irrecevabilité d'un recours dirigé contre une annonce faite dans un discours politique », *AJDA*, 2016, pp. 493 – 494.
- HEFFRON Raphael, MCCAULEY Darren, SOVACOOOL Benjamin K., « Resolving society's energy trilemma through the Energy Justice Metric », *Energy Policy*, n° 87, 2015, p. 169.
- HEFFRON Raphael, TALUS Kim, « The evolution of energy law and energy jurisprudence: Insights for energy analysts and researchers », *Energy Research & Social Science*, n° 19, 2016, pp. 1 – 2.
- HIRSH Richard, JONES Christopher, « History's contributions to energy research and policy », *Energy Research & Social Science*, n° 1, 2014, p. 110.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- HOFFMANN Fabien, « Les personnes publiques actionnaires », *Droit des sociétés*, mars 2016, dossier 3, p. 1.
- HUGLO Christian, « Comment la société civile utilise le droit pour donner force, vie et vigueur à l'Accord de Paris ? », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 12, déc. 2016, repère 11, pp. 1 – 2.
- IL Léa, « Le principe de confiance légitime serait-il entré en droit public interne ? », *Petites affiches*, n° 3, 4 jan. 2017, pp. 6 – 7
- ISRAËL Jean-Jacques, « L'activité juridique est-elle une activité économique ? », *AJDA*, 2008, pp. 911s.
- IZARD Charlotte, « Après l'Accord de Paris, une concrétisation de la transition énergétique dans les territoires est nécessaire... et possible ! », *AJCT*, 2016, p. 1.
- JACOBSON Mark Z. *et al.*, « A roadmap for repowering California for all purposes with wind, water, and sunlight », *Energy*, 2014, pp. 875 – 889.
- JEGOUZO Yves, « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA*, 8 mars 1996, p. 211.
- JENKINS Kirsten *et al.*, « Energy Justice: A Conceptual Review », *Energy Research & Social Science*, n° 11, 2016, p. 176.
- JOUBERT Sylvie, « La réorientation des investissements locaux : l'investissement Environnemental », *Revue française de finances publiques*, n° 137, 1^{er} fév. 2017, pp. 124 – 129.
- CHAMUSSY Damien, « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, jan. 2013.
- JOURDAN Fleur, « Une société d'économie mixte pour favoriser la transition énergétique en Île-de-France », *JCP A*, n° 12, 26 Mars 2012, act. 197, pp. 3 – 4.
- JUILLES Anne-Sophie, « Quand l'intérêt public local motive la suspension d'une délibération empêchant pour une entreprise de s'implanter sur le territoire d'une commune », *AJCT*, 2012, p. 211.
- KERLEO Jean-François, « Les lois non déferées au contrôle de constitutionnalité *a priori* », *Revue générale du droit*, n° 3, déc. 2014, pp. 1 – 19.
- KROLIK Christophe, « Un code primeur pour la naissance du droit de l'énergie », *RJE*, n° 4, 2011, p. 483.
- _____ « Du mouvement naturel à la production énergétique », *RJE*, n° 4, 2016, pp. 708 – 709.
- LAMOUREUX Sophie, « La codification ou la démocratisation du droit », *RFDC*, n° 48, 2001, pp. 801 – 824.
- LANDAIS Claire, LENICA Frédéric, « L'intervention économique des collectivités publiques: mode d'emploi », *AJDA*, 2006, pp. 1592s.
- LANDERS Thomas, « A New Path for Climate Justice Litigation: Compelled Private Adaptation », *Georgetown Environmental Law Review*, 8 avr. 2017.
- LASCOUMES Pierre, « Des acteurs aux prises avec le "Grenelle Environnement" », *Participations*, vol. 1, 2011/1, pp. 277 – 310, § 7.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- LAURIAN Lucie, « Environmental Injustice in France », *Journal of Environmental Planning and Management*, n° 51, vol. 1, pp. 73 – 75.
- LAUSSAT Julie, « Le décret du 8 avril 2017 : une abrogation atypique de l'autorisation d'exploitation de la centrale nucléaire de Fessenheim », *La Revue Pau Droit Energie*, n° 2, mai 2017, pp. 16 – 17.
- LAVAL-MADER Nathalie, « La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative », *RFDA*, 2012, pp. 1092 – 1093.
- LE BAUT-FERRARESE Bernadette, « Coup de vent sur les éoliennes ? », *AJDA*, 2008, pp. 2117 – 2119.
- _____ « Les énergies renouvelables, nouveau champ d'activité pour les entrepreneurs agricoles », *Droit rural*, n° 399, dossier 2, jan. 2012, pp. 2,8, 18.
- _____ « Nouvelle prise de position de la CJUE sur l'euro-compatibilité des mécanismes nationaux de soutien à l'électricité renouvelable », *Environnement*, n° 11, nov. 2014, comm. 75, p. 10.
- _____ « Les énergies renouvelables en transition », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, oct. 2015, dossier 8, pp. 1 – 8.
- _____ « La suspension de l'obligation d'achat d'électricité solaire photovoltaïque n'est pas constitutive d'une responsabilité de l'État », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 12, déc. 2015, comm. 88, pp. 1 – 8.
- _____ « La distribution d'énergie au lendemain de la loi relative à la transition énergétique », *AJCT*, 20 jan. 2016, p. 16.
- _____ « Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union européenne - Contrôle de la légalité procédurale des aides d'État : quel office pour la Cour de cassation ? », *RTD Eur.*, 2016, p. 374-2.
- _____ « Collectivités territoriales et production d'énergie renouvelable », *JCP A*, n° 42, 24 oct. 2016, pp. 2283 – 2285.
- LE BIHAN-GRAF Christine, HAOUAS Ilhem, « Modification de la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité par le décret n° 2016-170 du 18 février 2016 », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, avr. 2016, prat. 3, p. 1.
- LE BONNIEC Nina, « La reconnaissance d'un droit fondamental à un environnement sain dans l'ordre juridique de l'Union européenne : simple possibilité ou réelle nécessité ? », *Rev. UE*, 2016, pp. 211, 214.
- LE CHATELIER Gilles, GRANJON Romain, « Le nouveau régime des concessions hydroélectriques : Au lendemain du décret n° 2016-530 du 27 avril 2016 », *AJDA*, 2016, pp. 623 – 627.
- LE COQ Mathieu, « Le schéma régional éolien d'Île-de-France devant le juge administratif : premières réponses », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 1, jan. 2015, comm. 1, p. 7.
- LEBRETON Jean-Pierre, « La compatibilité en droit de l'urbanisme », *AJDA*, 1991, pp. 491 – 496.
- LECOURT Benoit, « Réflexions sur la simplification du droit des affaires », *RTD Com.*, 2015, p. 1.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- LEFEBVRE-RANGEON Florence, « L'exigence de normativité de la loi : Quel bilan, dix ans après la décision Avenir de l'école ? », *AJDA*, 2015, pp. 1031-1032.
- LEGRAS Claire, « Les limites des pouvoirs du juge imposées par la Cour de justice pour la récupération d'aides d'État », *RFDA*, 2014, pp. 783 – 786.
- LEPEE Jérôme, EZAN Gaëlle, « Les collectivités territoriales et l'amélioration de l'efficacité énergétique - Au lendemain de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte », *AJCT*, 20 janv. 2016, p. 21.
- LERIQUE Florence, « Un droit social qui ne coule pas de source : le droit à l'eau », *RDSS*, 2015, pp. 1097 – 1099.
- LIENHARDT Pierre-Adrien, RAMBAUD Aurélia, « La Commission européenne présente sa réforme du marché européen de l'électricité », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 3, mars 2017, comm. 14, p. 2.
- LORMETEAU Blanche, « La validation par le Conseil constitutionnel de la méthode de transition comme principe directeur de l'action publique dans le champ de l'énergie », *Constitutions*, 2015, p. 607.
- _____ « Le décret du 8 janvier 2015 relatif à la géothermie : une étape déterminante pour l'essor de la filière », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} av. 2015, p. 152.
- _____ « L'ordonnance "autoconsommation" : premier pas vers une décentralisation du système énergétique national en faveur de la lutte contre le dérèglement climatique », *Droit de l'Environnement*, oct. 2016, pp. 253 – 255.
- LOVINS Amory, « Energy Strategy: The Road not Taken? », *Foreign Affairs*, oct. 1976, pp. 65 – 96.
- LUDWIGS Markus, « Germany's Nuclear Phase-Out and the Right to Property », *European Networks Law & Regulation Quarterly* (ENLR), 2016, vol. 4, pp. 43 – 44.
- MADIOT Yves, « Urbanisme et aménagement du territoire », *AJDA*, 1993, p. 108.
- MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, DUBOUT Édouard, « La contribution au service public de l'électricité, le rachat de l'électricité d'origine éolienne et le droit européen des aides d'État : Fiat Lux ! », *Droit fiscal*, n° 29, juil. 2014, comm. 450.
- MAMOUDY Olga, « Coup de vent sur la jurisprudence AC ! dans les litiges relevant du droit de l'Union européenne », *AJDA*, 2014, pp. 1784s.
- MARCANGELO-LEOS Philie, « Loi Mapam : la nouvelle carte des compétences en matière d'environnement et de transports », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} av. 2014, p. 156.
- _____ « Métamorphose des plans climat-air-énergie territoriaux », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} Juil. 2016, p. 251.
- MARCOVICI Laurent, « Les parcs d'éoliennes situés en montagne ne portent pas, par leur seule existence, une atteinte aux sites où ils sont implantés », *AJDA*, 2011, p. 44.
- MARIE Etienne, « La simplification des règles de droit », *Droit social*, 2002, pp. 379s.
- MARTIN Gilles J., MSELLATI Jean-Charles, « Le juge de l'urbanisme, le règlement national d'urbanisme et la primauté des préoccupations environnementales », *AJDA*, 2013, p. 756.
- MCCAULEY Darren *et al.*, « Advancing energy justice: the triumvirate of tenets », *International Energy Law Review*, n° 3, 2013, pp. 107 – 108.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- MELLERAY Fabrice, « A propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif : Le « moment 1900 » et ses suites », *AJDA*, 2014, pp. 1530s.
- MELLERAY Fabrice, « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFDA*, 2016, p. 681.
- MENARD Christopher, MOREL Jean Baptiste, « Le déploiement des compteurs communicants *Linky* », *RFDA*, 2017, pp. 441 – 442.
- MINET-LELEU Alice, « La suspension de l'obligation de rachat de l'électricité issue de l'énergie solaire engage-t-elle la responsabilité de l'Etat ? », *AJDA*, 2016, p. 453.
- MOLFESSIS Nicolas, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD Civ.*, 2004, pp. 155s.
- MOLINER-DUBOST Marianne, « Loi NOTRe - La « nouvelle » planification environnementale (déchets et SRADDET) », *AJCT*, 2015, p. 564.
- _____ « La citoyenneté environnementale », *AJDA*, 2016, p. 646.
- MORAND-DEVILLER Jacqueline, « Commentaire de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *AJDA*, 2 fév. 1995, p. 439.
- MORELLET-STEINER Paquita, « De la loi du 15 juin 1906 au Code de l'énergie : l'avènement du droit de l'énergie », *RJEP*, jan. 2012, dossier 2, pp. 1 – 2.
- MULLER Etienne, « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union européenne - Financement de l'énergie éolienne et aide d'Etat », *RTD Eur.*, 2012, pp. 943s.
- _____ « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union - Conséquences de l'octroi illégal d'une aide et modulation des effets de son annulation », *RTD Eur.*, déc. 2014, pp. 952 – 954
- MULLER-CURZYDLO Alexia, « Composition et fonctionnement du Conseil supérieur de l'énergie », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, avr. 2015, alerte 68, p. 1.
- _____ « QPC : loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 8-9, août 2015, alerte 185, pp. 1 – 2.
- NAIM-GESBERT Éric, « Maturité du droit de l'environnement », *RJE*, vol. 35, 2010, p. 232.
- NEYRET Laurent, « La reconnaissance de la responsabilité climatique », *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 2278 – 2279.
- NICINSKI Sophie, « Obligation de l'administration et aides d'Etat - Un *vade-mecum* pour la récupération des aides d'Etat par l'administration », *AJDA*, 2016, p. 1160.
- NICOURT Christian, GIRAULT Jean Max, « L'usage du principe de proximité comme instrument d'ajustement de la décision publique », *Développement durable et territoires*, 2006, dossier 7, pp. 1 – 17.
- NIVARD Carole, « La garantie d'un accès à l'eau devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2015, pp. 1704 – 1706.
- NOHRSTEDT Daniel, « External shocks and policy change: Three Mile Island and Swedish nuclear energy policy », *Journal of European Public Policy*, vol. 16, n° 6, 2005, pp. 1041 – 1059.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- OUARDES Patrick, « Contribution au service public de l'électricité (CSPE), suite... », *Droit fiscal*, n° 15, 14 avr. 2016, comm. 280, pp. 1 – 9.
- PACHEN-LEFEVRE Marie-Hélène, ROSSIGNOL-INFANTE Guillaume, « La compensation des charges de service public de l'énergie », *Contrats Publics*, n° 168, 13 oct. 2016, pp. 51, 53.
- PAQUOT Thierry, « Qu'est-ce qu'un « territoire » ? », *Vie sociale*, 2011, n° 2, pp. 23 – 29.
- PASQUIER Romain, « Les régions dans la réforme territoriale : vers un fédéralisme à la française ? », *AJCT*, 15 fév. 2016, p. 71.
- PASTOR Jean-Marc, « Transition énergétique : l'ambition d'un nouveau modèle français », *AJDA*, 2014, p. 1230.
- _____ « Le recours pour excès de pouvoir ouvert contre les SDCI », *AJDA*, 2016, p. 2019.
- PEIFFERT Olivier, « Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union européenne - Quelques remarques critiques sur une application de la jurisprudence SCEA du Chéneau en matière d'aides d'État », *RTD Eur.*, 2016, p. 374-12.
- PENTECOSTE Jérôme, SILVA-DELAQUAIZE Alexandre, « ENR : entre tarifs administrés et prix de marché », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 7, juil. 2016, étude 16, p. 2.
- PERROUD Thomas, « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de *soft law* des autorités de régulation », *JCP G*, n° 22, 30 mai 2016, p. 626.
- PFERSMANN Otto, « Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand », *RFDA*, 2000, pp. 236 – 243.
- PLANCHET Pascal, « Quand les droits de l'urbanisme et de l'environnement font cause commune », *AJDA*, 2015, p. 2193.
- PLESSIX Benoît, « Sécurité juridique et confiance légitime », *RDP*, n° 3, mai 2016, p. 801.
- PONCET Christian, SALLES Jean-Michel, « Les normes constituent-elles des incitations à innover pour les écoindustries ? Une approche en termes de décisions », *Revue d'économie industrielle*, n° 83, 1998, pp. 147 – 148.
- PONTIER Jean-Marie, « L'aménagement du territoire, rêve enfui », *AJDA*, 2013, pp. 2302 – 2304.
- _____ « Le vrai faux retour de la clause de compétence générale », *JCP A*, n° 8, 24 févr. 2014.
- _____ « Le droit du nucléaire, droit à penser », *AJDA*, 2015, p. 1680.
- _____ « Les collectivités territoriales et la transition énergétique », *JCP A*, n° 23, 8 juin 2015, p. 2.
- _____ « Délire et dérives du législateur », *AJDA*, n° 36, 2015, p. 2001.
- _____ « Droit administratif, juge administratif : Une imposture ? », *RRJ*, 2016-3, pp. 1249 – 1252.
- POUPEAU Diane, « Les projets du gouvernement dévoilés à la conférence environnementale », *AJDA*, 2012, p. 1709.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- POUTHIER Tristan, « La réception des chartes des parcs naturels régionaux par le juge de l'urbanisme : sitôt consacrées, sitôt neutralisées », *AJDA*, 2014, pp. 1338 – 1341.
- PRESTON Brian, « The Contribution of the Courts in Tackling Climate Change », *Journal of Environmental Law*, n° 28, 2016, pp. 11 – 17.
- PRIEUR Michel, « La charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, pp. 58, 62 – 63.
- QUIVIGER Pierre-Yves, « Derrida : de la philosophie au droit », *Cités*, n° 30, 2007, pp. 41 – 52.
- RACINE Pierre-François, « L'avis Praxair du Conseil d'État : comment s'enraye un mécanisme infernal », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, oct. 2015, comm. 80, pp. 7, 11.
- RAINEAU Laurence, « Vers une transition énergétique ? », *Natures Sciences Sociétés*, 2011, vol. 19, pp. 133, 136.
- RIBIERE Georges, « Valeurs de la biodiversité, prix de la nature », *Vraiment durable*, n° 4, 2013, pp. 29 – 45.
- ROCHE Catherine, « Le Code de l'énergie a été adopté », *Revue de l'Énergie*, n° 601, mai-juin 2011, p. 177.
- ROJAS-HUTINEL Nilsa, « Qualifier le rôle des collectivités territoriales dans la transition écologique », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} mars 2016, pp. 101s.
- ROLIN Frédéric, « Le droit administratif est-il au service du Grand Capital ? », *AJDA*, 2016, p. 921.
- ROMI Raphaël, « Science et droit de l'environnement : la quadrature du cercle », *AJDA*, 1991, pp. 432 – 439.
- ROSSNAGEL Alexander, HENTSCHEL Anja, « The legalities of a nuclear shutdown », *Bulletin of the Atomic Scientists*, 2012, p. 61.
- ROTOULLIE Jean-Charles, « Contentieux des ICPE et opposabilité des règles d'urbanisme », *AJDA*, 2017, pp. 694 – 696.
- ROUSSEAU Dominique, « Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946 », *La Revue Administrative*, n° 296, mars-avr. 1997, pp. 162 – 164.
- ROUX Emmanuel, « Loi NOTRe - La compétence « mobilité » : des transferts au goût d'inachevé », *AJCT*, nov. 2015, pp. 568s.
- ROYER Erwan, « L'intérêt public local : une précision utile pour l'accès des collectivités territoriales à la commande publique », *AJCT*, 2015, pp. 158 – 160.
- RUBIO Aurore-Emmanuelle, BARTHELEMY Christophe, « L'arrêt *Valsophia* et les réseaux fermés de distribution », *RFDA*, 2017, pp. 445 – 447, 452.
- SABLIERE Pierre, « Quel code pour le droit de l'énergie ? », *AJDA*, 2008, pp. 1302 – 1306.
- _____ « Un code en manque d'énergie », *AJDA*, 2011, pp. 1427 – 1431.
- _____ « Le pilotage de la production d'électricité dans la loi de transition énergétique », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, oct. 2015, dossier 7, pp. 1 – 6.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- _____ « L'adoption, non exempte de critiques, de la partie réglementaire du Code de l'énergie. - (D. n° 2015-1823, 31 déc. 2015) », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, avr. 2016, étude 8, pp. 1 – 4.
- _____ « La transition énergétique dans les territoires », *JCP A*, n° 42, 24 oct. 2016, pp. 2280 – 2281.
- SARFATI Jean-Jacques, « Des limites de l'idée du droit flexible », *Le Philosophoire*, n° 38, 2012, p. 215.
- SAVIN Patricia, « Le droit constitutionnel à un environnement sain à l'aune de la COP21 », *Constitutions*, 2015, p. 444.
- SCHNEIDER Frédéric, « Un régime contentieux spécial pour les projets d'énergies marines renouvelables », *AJDA*, 2016, pp. 487, 490.
- SCHNEIDER Mycle, « France's great energy debate », *Bulletin of the Atomic Scientists*, vol. 69, pp. 31 – 33.
- SENECHAL Juliette, « Impact de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique sur le droit de la construction », *RDI*, 2015, p. 456.
- _____ « La transition énergétique, aujourd'hui et maintenant ? », *RDI*, 2015, p. 449.
- SESTIER Jean-François, « L'appel à projets : déclin de la subvention et regain de la commande publique ? », *RFDA*, 2014, p. 411.
- _____ « SEML et in house : le désordre ? », *AJDA*, 2017, pp. 262s.
- SIMONNET Yann, « Le mécanisme de l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque rattrapé par la réglementation des aides d'État », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 4, avr. 2016, comm. 28, pp. 3 – 4.
- _____ « La légalité du mécanisme de l'obligation d'achat de l'électricité produite par les installations éoliennes confirmée par le Conseil d'État », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 6, juin 2016, comm. 43, pp. 1 – 4.
- SNIADOWER Cyril, « Contribution au service public de l'électricité : zugzwang ou cinquième as ? - À propos de l'arrêt CAA Paris, 23 févr. 2016, n° 12PA03983, Praxair », *Droit fiscal*, n° 39, 29 sept. 2016, comm. 520, pp. 1 – 6.
- SOKOLOFF Pascal, « Lutte contre le changement climatique, décentralisation énergétique, efficacité des politiques publiques et cohésion territoriale : une synthèse nécessaire, un défi ambitieux », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 1, jan. 2016, dossier 3, p. 10.
- SOLOMON Barry D., KRISHNA Karthik, « The coming sustainable energy transition: History, strategies, and outlook », *Energy Policy*, n° 39, 2011, p. 7429.
- SOUSSE Marcel, « L'implantation de champs de panneaux photovoltaïques dans les communes littorales », *AJDA*, 2016, pp. 469 – 472.
- SOVACOO Benjamin K., « Valuing the greenhouse gas emissions from nuclear power: A critical survey », *Energy Policy*, vol. 36, 2008, pp. 2940 – 2953.
- _____ « The complexity of climate justice », *Nature Climate Change*, vol. 3, 2013, p. 959.
- _____ « How long will it take? Conceptualizing the temporal dynamics of energy transitions », *Energy Research & Social Science*, n° 13, 2016, pp. 208 – 209.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- SOVACOO Benjamin, BROSSMANN Brent, « The rhetorical fantasy of energy transitions: implications for energy policy and analysis », *Technology Analysis & Strategic Management*, vol. 26, n° 7, 2014, p. 837.
- SPANG Edward S. *et al.*, « The water consumption of energy production: an international comparison », *Environmental Research Letters*, vol. 9, 2014, p. 7.
- SUPIOT Alain, « L'inscription territoriale des lois », *Esprit*, nov. 2008, pp. 156, 160 – 168.
- SZARKA Joseph, « From exception to norm – and back again? France, the nuclear revival, and the post-Fukushima landscape », *Environmental Politics*, vol. 22, n° 44, 2013, p. 660.
- TARTOUR Laurence, « Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *RDP*, n° 2, mars 2013, pp. 311 – 312.
- TERNEYRE Philippe, « Droit constitutionnel social. Le Conseil d'Etat et la valeur juridique des droits sociaux proclamés dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RFDC*, n° 6, 1990, pp. 317 – 330.
- _____ « Sur quelques problèmes juridiques contemporains à haute tension », *AJDA*, 2009, pp. 1640s.
- TERNEYRE Philippe, BOITEAU Claudie, « Existe-t-il un droit de l'énergie ? », *RFDA*, 2017, pp. 517 – 521.
- TERNEYRE Philippe, GOURDOU Jean, « L'originalité du processus d'élaboration du code : le point de vue d'universitaires membres du "cercle des experts" et de la Commission supérieure de la codification », *RFDA*, 2016, p. 11.
- TESSON Fabien, « La réalité juridique de l'action publique en matière de transition énergétique - Une évolution normative prise dans un mouvement global », *AJDA*, 2015, p. 1960.
- THIBIERGE Catherine, « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.*, 2003, pp. 599 – 621.
- THIEFFRY Patrick, « Aides des collectivités et droit de l'Union européenne - L'achat d'électricité d'origine éolienne, une aide d'État en pleine tourmente », *AJCT*, 2014, p. 487s.
- _____ « Un Vent de colère qui souffle du Palais-Royal à Luxembourg : le tarif d'achat de l'électricité éolienne, aide d'Etat illégale », *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 224 – 225.
- _____ « Chronique Droit européen de l'environnement - L'accord de Paris ou l'abandon de la politique d'exemplarité en matière de lutte contre les changements climatiques », *RTD Eur.*, 2016, p. 466.
- _____ « Les mécanismes de capacité s'y reprennent à deux fois pour franchir l'obstacle du Conseil d'État », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 7, juil. 2016, comm. 53, pp. 3 – 4.
- TOMASIN Daniel, « La loi sur la transition énergétique et le droit de la copropriété », *AJDI*, 2015, p. 671.
- TORP Olav, KLAKEGG Ole Jonny, « Challenges in Cost Estimation under Uncertainty—A Case Study of the Decommissioning of Barsebäck Nuclear Power Plant », *Administrative Sciences*, vol. 6, 2016, p. 9.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- TRÉBULLE François-Guy, « L'énergie, l'environnement et les transports dans la loi du 6 août 2015 dite loi Macron », *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 8-9, août 2015, dossier 1, p. 1.
- UNRUH Gregory C., « Understanding carbon lock-in », *Energy Policy*, n° 28, 2000, pp. 824 – 828.
- _____ « Escaping carbon lock-in », *Energy Policy*, n° 30, 2002, p. 323.
- VADI Valentina, « Energy security v. Public health? Nuclear energy in international investment law and arbitration », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 47, 2015 – 2016, pp. 1094, 1101, 1115.
- VAN LANG Agathe, « Les lois Grenelle : droit de l'environnement de crise ou droit de l'environnement en crise ? », *Droit Administratif*, n° 2, fév. 2011, étude 3, pp. 1 – 3.
- _____ « La loi Biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée ; Le droit renouvelé : la reprise des procédés efficaces (2 e Partie) », *AJDA*, 2016, p. 2492.
- VANHOUTTE Maurice, « Le droit subjectif en question », *Revue Philosophique de Louvain*, tome 64, n° 82, 1966, p. 332.
- VANNINI Claire, BARTHELEMY Christophe, « Énergie et aides d'État : de l'exception à la norme », *RFDA*, 2017, pp. 472, 476, 482.
- VAUTROT-SCHWARZ Charles, « La gouvernance et les opérations sur le capital des sociétés à participation publique : un espoir déçu », *AJDA*, 2015, p. 2200.
- VERDIER MAILLOT Armelle, « Le contentieux des permis de construire de "serres agricoles photovoltaïques" », *AJDA*, 2015, pp. 740 – 745.
- VEROT Célia, « Quelle est l'autorité compétente pour arrêter, en l'absence de déclaration et de liquidation spontanée, le montant des contributions nettes dues par les redevables au fonds du service public de la production d'électricité ? », *BDCF*, juin 2006, pp. 52 – 53.
- VERPEAUX Michel, « Pavane pour une notion défunte - La clause de compétence générale », *RFDA*, 9 juil. 2014, p. 457.
- VILLAVICENCIO CALZADILLA Paola, MAUGER Romain, « UN's new sustainable development agenda and renewable energy: The challenge to reach the SDG7 while achieving energy justice », *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2017, pp. 15 – 22 (sous presse).
- VILLENEUVE Pierre, « De quelques questions environnementales... dans le projet de loi NOTRe », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 7, juil. 2015, alerte 144, p. 2.
- _____ « La mobilité durable et les collectivités territoriales dans la loi relative à la transition énergétique », *AJCT*, 2016, p. 25.
- _____ « La planification territoriale de la transition énergétique », *AJCT*, jan. 2016, pp. 29-31.
- VON COESTER Suzanne, DAUMAS Vincent, « Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de "droit souple" », *Droit Administratif*, n° 4, avr. 2016, pp. 8 – 11.
- VORWERK Axel, « L'amendement de 2002 de la Loi atomique allemande relatif à l'abandon progressif de l'énergie nucléaire », *Bulletin de droit nucléaire*, juin 2002, n° 69, p. 8.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- WALKER Gordon, DAY Rosie, « Fuel poverty as injustice: Integrating distribution, recognition and procedure in the struggle for affordable warmth », *Energy Policy*, n° 49, 2012, pp. 71 – 72.
- WALKER Gordon, « The right to energy: Meaning, specification and the politics of definition », *L'Europe en Formation*, n° 378, 2015, p. 30.
- WALKER William, « Research Policy, Entrapment in large technology systems: institutional commitment and power relations », *Research Policy*, n° 29, 2000, p. 833.
- WINTER Gerd, « L'ascension et la chute de l'utilisation de l'énergie nucléaire en Allemagne: les processus, les explications et le rôle du droit », *RJE*, vol. 2, 2014, pp. 236 – 238, 254 – 259.
- ZUBER-ROY Céline, « Le cadre législatif suisse relatif à la fermeture des centrales nucléaires et à la gestion des déchets radioactifs », *Droit de l'Environnement*, 1^{er} juil. 2015, p. 260.
- Droit de l'Environnement*, « La feuille de route du ministère de l'Écologie se précise », 1^{er} juin 2012, Actualité flash.
- _____ « L'examen de la loi Brottes visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre reporté au Sénat », 1^{er} oct. 2012.
- _____ « Éoliennes en mer : un nouvel appel d'offres pour 1000 mégawatts lancé au large du Tréport et des deux îles d'Yeu et de Noirmoutier », 1^{er} jan. 2013.
- _____ « États généraux de la modernisation du droit de l'environnement », 1^{er} av. 2013.
- _____ « Examen du projet de loi pour la transition énergétique », 2014, p. 298.
- _____ « Énergie; Le projet de loi pour la transition énergétique adopté en première lecture par l'Assemblée nationale », oct. 2014, p. 341.
- _____ « Énergies renouvelables (Janvier 2014 - janvier 2015) », 1^{er} jan. 2015, p. 37.
- Dépêches Jurisclasseur*, « La Conférence environnementale des 14 et 15 septembre 2012 », 14 sept. 2012.
- _____ « Installation du Comité national de la transition écologique », 17 sept. 2013.
- _____ « 2e édition de la conférence environnementale », 23 sept. 2013.
- Bulletin de droit nucléaire*, « Suède – Législation générale », juin 1998, n° 61, p. 92.
- _____ « Suède », déc. 1998, n° 62, p. 60.
- _____ « Suède », déc. 1999, n° 64, p. 46.
- _____ « Suède », juin 2000, n° 65, p. 29.
- _____ « Suède », juin 2002, n° 69, p. 66.
- _____ « Suède », juin 2005, n° 75, p. 116.
- _____ « Allemagne », 2012, n° 90, p. 109

7. Autres rapports et notes scientifiques

BearingPoint, FEE, « Observatoire de l'éolien 2016 ... », cit., sept. 2016, p. 33.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

COWELL Richard, BRISTOW Gill, MUNDAY Max, « Wind Energy and Justice for Disadvantaged Communities », Joseph Rowntree Foundation, 2012, consulté le 23 août 2016, p. 7 [www.jrf.org.uk/report/wind-energy-and-justice-disadvantaged-communities].

E-Cube, « Eolien et intégration marché, étude comparée des schémas de financement », oct. 2013, p. 4.

Energie Partagée, « Les collectivités territoriales, parties prenantes des projets participatifs et citoyens d'énergie renouvelable », jan. 2017, pp. 58 – 59.

FINANSOL, « Les épargnants solidaires », 2014, p. 54 [https://www.finansol.org/_dwl/etude-epargnants-solidaires.pdf].

GRIGORJEVA Jekaterina, « Les mécanismes de capacité dans l'UE : Une nationalisation de la sécurité énergétique ? », Jacques Delors Institut, Policy paper, 21 mai 2015, pp. 8 – 9.

Policy Department A: Economic and Scientific Policy, « Energy storage: which market designs and regulatory incentives are needed ? », at the request of the Committee on Industry, Research and Energy Committee (ITRE), P/A/ITRE/2014-05, October 2015, consulté le 11 nov. 2016

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/563469/IPOL_STU%282015%29563469_EN.pdf].

PÖYRY, FEE, « Observatoire des coûts de l'éolien terrestre », oct. 2016, p. 45.

QUIRION Philippe, « Quel mode de soutien pour les énergies renouvelables électriques ? », FAERE, Working Paper, août 2015, p. 1.

RTE, « Bilan prévisionnel de l'équilibre offre-demande d'électricité en France – Edition 2015 », 2015, p. 65, graphique.

RTE, « Bilan prévisionnel de l'équilibre offre-demande d'électricité en France – Edition 2016 », 2016, p. 54.

SER, « L'hydroélectricité : les chiffres en France et dans le monde », juin 2012, pp. 3 – 4.

SILVEIRA André, « The multiple meanings of justice in the context of the transition to a low carbon economy », Working paper, 2016, University of Cambridge, p. 8.

8. Colloques

HELLIO Hugues, « Les dynamiques du droit de transition », Colloque *Penser et mettre en œuvre les transitions écologiques*, 24 et 25 septembre 2015, Faculté de droit et sciences et sciences politiques de Nantes.

LEGAL Pierre, « Penser et mettre en œuvre les transitions écologiques », Colloque *Penser et mettre en œuvre les transitions écologiques*, 24 et 25 septembre 2015, Faculté de droit et sciences politiques de Nantes.

RAPOPORT Cécile, « L'opposabilité des « droits-créances » constitutionnels en droit public français », Communication présentée aux Journées de l'Association française de droit constitutionnel, 2008, p. 2.

SAUVÉ Jean-Marc, « 25 ans de la relance de la codification », Colloque organisé par l'Institut français des sciences administratives, 13 oct. 2013, consulté le 26 juin 2017

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

[http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/25-ans-de-la-relande-de-la-codification#_ftn2].

TERNEYRE Philippe, « Gouvernance locale et réseaux d'énergie », Colloque de l'Association Française de Droit de l'Energie (AFDEN) *Réseaux et territoires : Du local à l'international*, 1^{er} déc. 2016, Université Paris-Dauphine.

TSUCHIYA Miyuki, « Les débats nationaux sur la transition énergétique : une représentation de la transformation du système d'interaction en faveur des énergies renouvelables ? Une étude comparative entre la France et le Japon », Congrès 2015 de l'Association Française de Science Politique (AFSP), Aix-en-Provence, 22 – 24 juin 2015, consulté le 30 nov. 2015 [<http://www.congres-afsp.fr/st/st35/st35tsuchiya.pdf>].

Conseil d'Etat, « La simplification du droit et de l'action administrative », Colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour des comptes, 16 déc. 2016 [<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Colloques-Seminaires-Conferences/La-simplification-du-droit-et-de-l-action-administrative>].

II) SOURCES NORMATIVES

1. Textes internationaux

Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, entrée en vigueur le 21 mars 1994.

Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, entre en vigueur le 16 fév. 2005.

Amendement de Doha au Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Décision 1/CMP.8, doc. FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, 28 fév. 2013.

Accord de Paris en vertu de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, entré en vigueur le 4 nov. 2016.

Traité sur la Charte de l'énergie, signé à Lisbonne le 17 déc. 1994, entré en vigueur le 16 avril 1998.

2. Textes européens et communautaires

Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, entré en vigueur le 23 juillet 1952.

Traité sur l'Union européenne (TUE) entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958.

2.1 Parlement européen et Conseil

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Directive 92/12/CEE du Conseil du 25 février 1992, relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accise.

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.

Directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité.

Directive 2003/54/CE du parlement européen et du conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE - Déclarations concernant les opérations de déclassement et de gestion des déchets.

Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003 restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité.

Directive 2006/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques et abrogeant la directive 93/76/CEE du Conseil.

Directive 2008/118/CE du Conseil du 16 décembre 2008 relative au régime général d'accise et abrogeant la directive 92/12/CEE.

Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE.

Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

Directive 2010/73/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 modifiant la directive 2003/71/CE concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et la directive 2004/109/CE sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé.

Règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n° 1228/2003.

Règlement (UE) n° 525/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif à un mécanisme pour la surveillance et la déclaration des émissions de gaz à effet de serre et pour la déclaration, au niveau national et au niveau de l'Union, d'autres informations ayant trait au changement climatique et abrogeant la décision n° 280/2004/CE.

Résolution du Parlement européen du 30 mars 2000 relative à l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables et le marché intérieur de l'électricité, JO C 378, 29 déc. 2000, p. 89.

Résolution du Parlement européen du 15 décembre 2015 sur la réalisation de l'objectif de 10 % d'interconnexion dans le secteur de l'électricité – Un réseau électrique européen prêt pour 2020, 2015/2108(INI).

Conseil de l'Union européenne, Conclusions sur le cadre d'action en matière de climat et d'énergie à l'horizon 2030 (23 et 24 octobre 2014), SN 79/14, 23 oct. 2014, I. 2.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2.2 Commission européenne

Règlement (UE) 2016/631 de la Commission du 14 avril 2016 établissant un code de réseau sur les exigences applicables au raccordement au réseau des installations de production d'électricité.

Communication de la Commission, Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement du 1er avril 2008, (2008/C 82/01).

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Énergies renouvelables: progrès accomplis pour atteindre l'objectif de 2020, COM (2011) 31, 31 jan. 2011.

Communication de la Commission, Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 du 28 juin 2014, (2014/C 200/01).

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au Comité des régions et à la Banque européenne d'investissement: Un cadre stratégique pour une Union de l'énergie résiliente, dotée d'une politique clairvoyante en matière de changement climatique, COM (2015) 80, 25 fév. 2015.

Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (refonte), COM (2016) 767, 23 fév. 2017.

Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil sur la gouvernance de l'union de l'énergie, modifiant la directive 94/22/CE, la directive 98/70/CE, la directive 2009/31/CE, le règlement (CE) n° 663/2009, le règlement (CE) n° 715/2009, la directive 2009/73/CE, la directive 2009/119/CE du Conseil, la directive 2010/31/UE, la directive 2012/27/UE, la directive 2013/30/UE et la directive (UE) 2015/652 du Conseil, et abrogeant le règlement (UE) n° 525/2013, COM (2016) 759 final/2, 23 fév. 2017.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, 23 fév. 2017.

Décision du 24 avril 2007 concernant le régime d'aides d'État mis en œuvre par la Slovénie dans le cadre de sa législation relative aux producteurs d'énergie qualifiés, COM (2007) 1181 final.

Décision du 28 janvier 2009 concernant l'aide sous la forme de la création d'un fonds de compensation dans le cadre de l'organisation du marché de l'électricité mise à exécution par le Luxembourg, C (2009) 230 final.

Décision du 27 mars 2014 concernant l'aide d'État SA.36511 (2014/C) (ex 2013/NN) – France. Mécanisme de soutien aux énergies renouvelables et plafonnement de la CSPE, C (2014) 1315 final.

Décision du 10 février 2017 concernant l'aide d'État SA.40349 (2015/NN) – France. Aide sous la forme de tarifs d'achat pour le développement d'installations photovoltaïques, C (2017) 1093 final.

2.3 Conseil de l'Union européenne

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Conclusions de la présidence du Conseil européen de Bruxelles (8 et 9 mars 2007), 7224/1/07 REV 1, 2 mai 2007.

Conclusions sur le cadre d'action en matière de climat et d'énergie à l'horizon 2030 (23 et 24 octobre 2014), SN 79/14, 23 oct. 2014.

3. Textes nationaux

3.1 Constitutionnels

Constitution du 4 octobre 1958.

Charte de l'environnement adoptée le 24 juin 2004.

Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

3.2 Codes

Code civil

Code de l'environnement

Code de l'énergie

Code de la construction et de l'habitation

Code de l'urbanisme

Code général des collectivités territoriales

3.3 Lois & ordonnances

Lois :

Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz

Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération

Loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière

Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification

Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat

Loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne

Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire
- Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité
- Loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances
- Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie
- Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières
- Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique
- Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie
- Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement
- Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, modifiant l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel
- Loi n° 2010-237 du 9 mars 2010 de finances rectificative pour 2010
- Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales
- Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement
- Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité
- Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales
- Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011
- Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives
- Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement
- Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012
- Loi n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes
- Loi n° 2013-619 du 16 juillet 2013 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable
- Loi n° 2013-921 du 17 octobre 2013 portant création d'un Conseil national d'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics
- Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014
- Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises
- Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové
- Loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique
- Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire
- Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives
- Loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015
- Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures
- Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques
- Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République
- Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte
- Loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016
- Loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 de finances rectificative pour 2015
- Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages
- Loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017
- Loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016
- Loi n° 2017-227 du 24 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 relative à l'autoconsommation d'électricité et n° 2016-1059 du 3 août 2016 relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables et visant à adapter certaines dispositions relatives aux réseaux d'électricité et de gaz et aux énergies renouvelables
- Loi n° 2017-257 du 28 février 2017 relative au statut de Paris et à l'aménagement métropolitain a ajouté une autre dérogation ouvrant des possibilités accrues en matière énergie-climat mais uniquement pour la Ville de Paris

Ordonnances :

- Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires
- Ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme
- Ordonnance n° 2014-355 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement
- Ordonnance n° 2014-356 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'un certificat de projet
- Ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif
- Ordonnance n° 2014-619 du 12 juin 2014 relative à l'expérimentation d'une autorisation unique pour les installations, ouvrages, travaux et activités soumis à autorisation au titre de l'article L. 214-3 du code de l'environnement

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Ordonnance n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 relative à l'autoconsommation d'électricité

Ordonnance n° 2016-1028 du 27 juillet 2016 relative aux mesures de coordination rendues nécessaires par l'intégration dans le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires, des schémas régionaux sectoriels mentionnés à l'article 13 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République

Ordonnance n° 2016-1059 du 3 août 2016 relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables

Ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement

Ordonnance n° 2016-1725 du 15 décembre 2016 relative aux réseaux fermés de distribution

Ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale

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

Législations étrangères :

Belgique, Loi sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire à des fins de production industrielle d'électricité, 31 jan. 2003.

3.4 Décrets & Arrêtés

Décrets :

Décret-loi du 28 décembre 1926 - Loi relatif aux régies municipales règlementant le fonctionnement des entreprises exploitées par les communes ou dans lesquelles elles ont une participation financière.

Décret n° 46-2 du 3 janvier 1946 portant création à la présidence du Gouvernement d'un conseil du plan de modernisation et d'équipement et fixant les attributions du commissaire général du plan.

Décret n° 49-1107 du 4 août 1949 portant règlement d'administration publique, modifiant le décret du 17 mai 1946 relatif à l'organisation du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz.

Décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification.

Décret du 25 juin 1996 portant nomination au Conseil supérieur de l'électricité et du gaz pris par le ministre de l'Industrie, de la Poste et des Télécommunications.

Décret n° 2003-36 du 13 janvier 2003 portant création du Conseil national du développement durable.

Décret n° 2006-366 du 27 mars 2006 relatif à la composition et au fonctionnement du Conseil supérieur de l'énergie.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- Décret n° 2007-995 du 31 mai 2007 relatif aux attributions du ministre d'Etat, ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables.
- Décret n° 2009-1414 du 19 novembre 2009 relatif aux procédures administratives applicables à certains ouvrages de production d'électricité.
- Décret n° 2010-370 du 13 avril 2010 portant création du Comité national du développement durable et du Grenelle de l'environnement.
- Décret n° 2010-596 du 3 juin 2010 relatif au conseil national de l'industrie.
- Décret n° 2010-1022 du 31 août 2010 relatif aux dispositifs de comptage sur les réseaux publics d'électricité en application du IV de l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.
- Décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil.
- Décret n° 2011-678 du 16 juin 2011 relatif aux schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie.
- Décret n° 2011-1893 du 14 décembre 2011 modifiant le décret n° 2000-877 du 7 septembre 2000 relatif à l'autorisation d'exploiter les installations de production d'électricité.
- Décret n° 2012-406 du 23 mars 2012 modifiant le décret n° 2004-1224 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Electricité de France.
- Décret n° 2012-533 du 20 avril 2012 relatif aux schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables, prévus par l'article L. 321-7 du code de l'énergie.
- Décret n° 2013-162 du 22 février 2013 modifiant le décret n° 2010-596 du 3 juin 2010 relatif à la conférence nationale de l'industrie.
- Décret n° 2013-753 du 16 août 2013 relatif au Conseil national de la transition écologique.
- Décret n° 2014-401 du 16 avril 2014 relatif aux attributions du ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie.
- Décret n° 2014-450 du 2 mai 2014 relatif à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement.
- Décret n° 2014-760 du 2 juillet 2014 modifiant le décret n° 2012-533 du 20 avril 2012 relatif aux schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables, prévus par l'article L. 321-7 du code de l'énergie.
- Décret n° 2014-764 du 3 juillet 2014 relatif aux effacements de consommation d'électricité.
- Décret n° 2015-15 du 8 janvier 2015 modifiant le décret n° 78-498 du 28 mars 1978 modifié relatif aux titres de recherches et d'exploitation de géothermie, le décret n° 2006-649 du 2 juin 2006 modifié relatif aux travaux miniers, aux travaux de stockage souterrain et à la police des mines et des stockages souterrains, l'annexe de l'article R. 122-2 et l'article R. 414-27 du code de l'environnement.
- Décret n° 2015-206 du 24 février 2015 relatif au comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie.
- Décret n° 2015-248 du 3 mars 2015 modifiant l'article 45 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.
- Décret n° 2015-1222 du 2 octobre 2015 relatif au comité d'experts pour la transition énergétique.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- Décret n° 2015-1491 du 18 novembre 2015 relatif aux budgets carbone nationaux et à la stratégie nationale bas-carbone.
- Décret n° 2015-1697 du 18 décembre 2015 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie de Corse.
- Décret n° 2016-9 du 8 janvier 2016 concernant les ouvrages de production et de transport d'énergie renouvelable en mer.
- Décret n° 2016-141 du 11 février 2016 relatif au statut d'électro-intensif et à la réduction de tarif d'utilisation du réseau public de transport accordée aux sites fortement consommateurs d'électricité.
- Décret n° 2016-158 du 18 février 2016 relatif à la compensation des charges de service public de l'énergie.
- Décret n° 2016-170 du 18 février 2016 relatif à la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité.
- Décret n° 2016-310 du 16 mars 2016 relatif au comité de gestion des charges de service public de l'électricité.
- Décret n° 2016-434 du 11 avril 2016 portant modification de la partie réglementaire du code de l'énergie relative aux schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables.
- Décret n° 2016-495 du 21 avril 2016 relatif au contenu du compte rendu annuel de concession transmis par les organismes de distribution de gaz naturel aux autorités concédantes, pris en application de l'art. 153 de la loi de transition énergétique, codifiée à l'art. L. 2224-31, al. 2 du CGCT.
- Décret n° 2016-682 du 27 mai 2016 relatif à l'obligation d'achat et au complément de rémunération prévus aux articles L. 314-1 et L. 314-18 du code de l'énergie et complétant les dispositions du même code relatives aux appels d'offres et à la compensation des charges de service public de l'électricité.
- Décret n° 2016-687 du 27 mai 2016 relatif à l'autorisation d'exploiter les installations de production d'électricité.
- Décret n° 2016-691 du 28 mai 2016 définissant les listes et les caractéristiques des installations mentionnées aux articles L. 314-1, L. 314-2, L. 314-18, L. 314-19 et L.314-21 du code de l'énergie.
- Décret n° 2016-690 du 28 mai 2016 pris pour l'application de l'article L. 314-6-1 du code de l'énergie.
- Décret n° 2016-704 du 30 mai 2016 relatif aux expérimentations de services de flexibilité locaux sur des portions du réseau public de distribution d'électricité.
- Décret n° 2016-858 du 29 juin 2016 relatif aux certificats qualité de l'air.
- Décret n° 2016-929 du 7 juillet 2016 pris pour l'application de l'article L. 541-39 du code de l'environnement.
- Décret n° 2016-1098 du 11 août 2016 relatif aux modalités d'évaluation et de révision simplifiée de la programmation pluriannuelle de l'énergie, codifié à l'article D. 141-2 du Code de l'énergie.
- Décret n° 2016-1110 du 11 août 2016 relatif à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- Décret n° 2016-1129 du 17 août 2016 relatif à la procédure de dialogue concurrentiel pour les installations de production d'électricité.
- Décret n° 2016-1134 du 19 août 2016 relatif à la stratégie nationale de mobilisation de la biomasse et aux schémas régionaux biomasse, codifié à l'art. D. 211-3, 3°, al. 2 du Code de l'énergie.
- Décret n° 2016-1272 du 29 septembre 2016 relatif aux investissements participatifs dans les projets de production d'énergie renouvelable.
- Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie.
- Décret n° 2016-1453 du 28 octobre 2016 relatif aux titres et aux prêts proposés dans le cadre du financement participatif.
- Décret n° 2017-81 du 26 janvier 2017 relatif à l'autorisation environnementale.
- Décret n° 2017-379 du 23 mars 2017 modifiant le décret n° 2007-534 du 10 avril 2007 autorisant la création de l'installation nucléaire de base dénommée Flamanville 3, comportant un réacteur nucléaire de type EPR, sur le site de Flamanville (Manche).
- Décret n° 2017-508 du 8 avril 2017 portant abrogation de l'autorisation d'exploiter la centrale nucléaire de Fessenheim.
- Décret n° 2017-676 du 28 avril 2017 relatif à l'autoconsommation d'électricité et modifiant les articles D. 314-15 et D. 314-23 à D. 314-25 du code de l'énergie.
- Décret n° 2017-725 du 3 mai 2017 relatif aux principes et modalités de calcul des émissions de gaz à effet de serre des projets publics.
- Décret n° 2017-1071 du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre d'Etat, ministre de la transition écologique et solidaire.

Arrêtés:

- Arrêté du 8 juin 2001 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent telles que visées à l'article 2 (2°) du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.
- Arrêté du 13 mars 2002 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.
- Arrêté du 10 juillet 2006 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.
- Arrêté du 17 novembre 2008 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent.
- Arrêté du 23 décembre 2008 complétant l'arrêté du 17 novembre 2008 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent.
- Arrêté du 15 décembre 2009 relatif à la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- Arrêté du 12 janvier 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.
- Arrêté du 4 mars 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.
- Arrêté du 19 mai 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations qui valorisent le biogaz.
- Arrêté du 26 août 2011 relatif aux installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent au sein d'une installation soumise à autorisation au titre de la rubrique 2980 de la législation des installations classées pour la protection de l'environnement.
- Arrêté du 4 janvier 2012 pris en application de l'article 4 du décret n° 2010-1022 du 31 août 2010 relatif aux dispositifs de comptage sur les réseaux publics d'électricité.
- Arrêté du 17 juin 2014 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie mécanique du vent implantées à terre.
- Arrêté du 27 mars 2015 relatif au taux de rémunération du capital immobilisé pour les installations de stockage d'électricité et pour les actions de maîtrise de la demande d'électricité dans les zones non interconnectées.
- Arrêté du 1er juillet 2015 pris en application de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie relatif à la prime rémunérant la disponibilité des installations de cogénération supérieures à 12 MW.
- Arrêté du 5 octobre 2015 portant nomination des membres du comité d'experts pour la transition énergétique.
- Arrêté du 30 octobre 2015 modifiant l'arrêté du 4 mars 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n° 2000-1196 du 6 décembre 2000.
- Arrêté du 30 octobre 2015 modifiant l'arrêté du 19 mai 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations qui valorisent le biogaz.
- Arrêté du 29 janvier 2016 relatif à l'approbation du cahier des charges « Energies renouvelables en mer et fermes pilotes hydroliennes fluviales ».
- Arrêté du 24 avril 2016 relatif aux objectifs de développement des énergies renouvelables.
- Arrêté du 13 mai 2016 pris en application de l'article R. 121-31 du code de l'énergie.
- Arrêté du 20 septembre 2016 relatif à l'agrément de la société Enercoop en application de l'article L. 314-6-1 du code de l'énergie.
- Arrêté du 21 décembre 2016 portant publication de la stratégie nationale de recherche énergétique.
- Arrêté du 13 décembre 2016 fixant les conditions d'achat pour l'électricité produite par les installations utilisant à titre principal le biogaz produit par méthanisation de déchets non dangereux et de matière végétale brute implantées sur le territoire métropolitain continental d'une puissance installée strictement inférieure à 500 kW telles que visés au 4° de l'article D. 314-15 du code de l'énergie.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Arrêté du 13 décembre 2016 fixant les conditions du complément de rémunération de l'électricité produite par les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent, art. 14.

Arrêté du 26 janvier 2017 prorogeant la durée d'arrêt de fonctionnement de l'installation nucléaire de base n° 104 exploitée par Electricité de France-société anonyme (EDF-SA) située sur la commune de Paluel (Seine-Maritime).

Arrêté du 6 mai 2017 fixant les conditions du complément de rémunération de l'électricité produite par les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent, de 6 aérogénérateurs au maximum.

3.5 Circulaires & Instructions du Gouvernement

Ministre d'État, ministre de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la Mer, en charge des technologies vertes et des négociations sur le climat, *Circulaire du 18 décembre 2009 relative au développement et au contrôle des centrales photovoltaïques au sol*.

Ministre de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie, *Circulaire du 30 janvier 2013 sur l'organisation du débat national de la transition énergétique*.

Ministère de l'Économie et des Finances, *Circulaire du 12 mars 2014, Présentation des dispositions législatives adoptées dans le cadre des lois de finances pour 2014 et de finances rectificative pour 2013 concernant la fiscalité énergétique et environnementale*.

Instruction du Gouvernement du 29 juillet 2011 relative aux schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie.

Instruction du Gouvernement du 26 mai 2015 sur la mise en place des conventions particulières pour les territoires à énergie positive pour la croissance verte.

III) SOURCES DOCUMENTAIRES

1. Documents d'organismes internationaux

Agence internationale de l'énergie (AIE), *World Energy Outlook 2015*, 2015, pp. 101 – 102.

_____ *Key World Energy Statistics 2015*, nov. 2015, p. 45.

_____ *CO2 Emissions from fuel combustion: Highlights*, 2016, p. 9.

Fonds Monétaire International (FMI), *How Large Are Global Energy Subsidies?*, mai 2015, consulté le 29 nov. 2015, p. 18 [<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2015/wp15105.pdf>].

Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), « 5^e Rapport d'évaluation : Changements climatiques 2013 - Les éléments scientifiques - Résumé à l'intention des décideurs », p. 36 [https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SummaryVolume_FINAL_FRENCH.pdf].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

_____ « 5^e Rapport d'évaluation : Changements climatiques 2014 - Incidences, adaptation et vulnérabilité - Systèmes côtiers et basses terres littorales », 2014, p. 17 [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg2/WGIIAR5-Chap5_FINAL.pdf].

The International Bar Association (IBA), *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*, juil. 2014, p. 45 [<https://www.ibanet.org/PresidentialTaskForceClimateChangeJustice2014Report.aspx>].

International Energy Agency (IEA) *Statistics: Key trends in CO₂ emissions*, 2015.

The International Renewable Energy Agency (IRENA), *Africa 2030 : Roadmap for a renewable energy future*, 2015.

_____ *Roadmap for a renewable energy future*, 2016.

_____ *The power to change: solar and wind cost reduction potential to 2025*, juin 2016.

Renewable Energy Policy Network for the 21st Century (Ren21), Institute for Sustainable Energy Policies (ISEP), « Renewables Global Futures Report », 2013, p. 8, « Executive summary » [<http://www.ren21.net/future-of-renewables/global-futures-report/>].

Ren21, *Renewables 2015 Global Status Report – Key findings*, 2015.

_____ *Rapport sur le statut mondial des énergies renouvelables 2016 – Faits essentiels*, 2016.

_____ *Renewables 2016 Global Status Report*, 2016.

World Commission on Dams, *Dams and development – a new framework the report of the world commission on dams for decision-making*, Earthscan Publications Ltd, 2000.

2. Documents officiels nationaux

2.1 Présidence de la République

« Communication - La préparation de la conférence environnementale », Compte-rendu du Conseil des ministres du mercredi 18 juillet 2012, consulté le 16 nov. 2015 [<http://www.elysee.fr/conseils-des-ministres/article/compte-rendu-du-conseil-des-ministres-du-mercredi-18-juillet-201/>].

« Déclaration du Président de la République à l'occasion de la Conférence environnementale », 14 sept. 2012, consulté le 10 nov. 2015, p. 1 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/discours_ouverture_conf_environnementale_140912.pdf].

« Allocution de M. le Président de la République aux Etats généraux de la démocratie territoriale », publié le 5 oct. 2012, consulté le 2 mai 2016 [<http://www.elysee.fr/declarations/article/allocution-de-m-le-president-de-la-republique-aux-etats-generaux-de-la-democratie-territoriale/>].

« Discours d'ouverture de la Conférence environnementale pour la transition écologique », 20 sept. 2013, consulté le 19 nov. 2015 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/discours-d-ouverture-de-la-conference-environnementale-pour-la-transition-ecologique.pdf>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

« Discours lors de la Conférence environnementale », publié le 11 déc. 2014, consulté le 6 déc. 2016 [<http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-lors-de-la-conference-environnementale/>].

2.2 Premier ministre

AYRAULT Jean-Marc, « Discours de clôture de Jean-Marc Ayrault, Premier ministre, Conférence environnementale, au Palais d'Iéna », 21 sept. 2013, consulté le 19 nov. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/discours_de_cloture_de_jean-marc_ayrault_premier_ministre_a_la_conference_environnementale_au_palais_diena.pdf].

Premier Ministre, Note à la Commission européenne, « HT.359 - Réponse des autorités françaises à la consultation de la Commission sur le projet de lignes directrices concernant les aides dans le domaine de l'environnement et de l'énergie », 26 févr. 2014, p. 2.

Manuel VALLS, Premier Ministre, « Discours du Premier ministre - Clôture de la Conférence environnementale », 28 nov. 2014, consulté le 6 déc. 2016 [<http://www.gouvernement.fr/partage/2745-discours-de-manuel-valls-lors-de-la-cloture-de-la-conference-environnementale-du-28-novembre-2014>].

CGAAER, CGEDD, CGEIET, CGEFi, IGA, rapport au Premier ministre, « Evaluation des expérimentations de simplification en faveur des entreprises dans le domaine environnemental », déc. 2015.

2.3 Ministère en charge de l'environnement et de l'énergie & Directions

Plans et stratégies :

« Plan d'action national en faveur des énergies renouvelables, Période 2009-2020, En application de l'article 4 de la directive 2009/28/CE de l'Union européenne ».

« La stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable (SNTEDD) 2015-2020 », 5 fév. 2015, consulté le 24 mars 2016 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/La-strategie-nationale-de,42115.html>].

« Stratégie nationale bas carbone », 7 jan. 2015, consulté le 4 avr. 2016 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Strategie-nationale-bas-carbone.html>].

Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, Scénarios prospectifs Energie – Climat – Air pour la France à l'horizon 2035, sept. 2015.

Ministère de l'Ecologie, du Développement Durable et de l'Energie, Stratégie nationale bas-carbone, 18 nov. 2015.

« Note d'information en réponse à l'avis de l'autorité environnementale », 15 sept. 2016.

Rapports au Ministère :

Thierry WAHL, Guillaume MORDANT et Christophe POUPARD, « Trajectoire de la France à la suite du Grenelle Environnement : indicateurs de résultats », 2012.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

FEMENIAS Alain, GAZEAU Jean-Claude, CAFFET Marc, « Premier bilan de la mise en place des schémas régionaux Climat – Air – Énergie », Rapport au ministre du Redressement productif et à la ministre de l'Écologie, mars 2013.

Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie & Ministère de l'Economie et des Finances, « Livre blanc sur le financement de la transition écologique », 4 nov. 2013, p. 3 [http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Livre_blanc_sur_le_financement_de_la_transition_ecologique.pdf]

Communiqués de presse, déclarations :

« Mesures d'urgence pour la relance de la filière photovoltaïque française », 7 jan. 2013, consulté le 19 nov. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/DP_photovoltaique.pdf]

« Ségolène Royal a réuni les industriels du secteur des ENR », 29 juil. 2014, consulté le 24 fév. 2016 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Segolene-Royal-a-reuni-les,40346.html>].

« Vote définitif du projet de loi sur la transition énergétique mercredi 22 juillet », consulté le 4 mars 2016 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/La-loi-de-transition-energetique,40895>].

Tableaux de bord et panoramas EnR :

Panorama énergies-climat – Edition 2015, 2015.

Panorama énergies-climat – Edition 2016, 2016. Rémi GUILLET, Jean-Pierre LETEURTROIS, « Rapport sur la sécurité des installations éoliennes », juil. 2014.

Tableau de bord : biogaz - Deuxième trimestre 2016, août 2016

Tableau de bord : solaire photovoltaïque - Troisième trimestre 2016, nov. 2016

Tableau de bord : éolien - Quatrième trimestre 2016, fév. 2017

DREAL :

DREAL Rhône Alpes « Appel à projets "200 territoires à énergie positive pour la croissance verte" », document « Appel à projets TEPCV », 20 oct. 2014, consulté le 9 mai 2016, p. 2 [<http://www.rhone-alpes.developpement-durable.gouv.fr/appele-a-projets-200-territoires-a-energie-positive-a3728.html>].

CGDD :

CGDD, « L'évolution du mix électrique dans le monde entre 1980 et 2010 », Chiffres et statistiques n° 406, avr. 2013, consulté le 29 mars 2016, [http://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/fileadmin/documents/Produits_editoriaux/Publications/Chiffres_et_statistiques/2013/chiffres-stats406-mix-electrique-dans-le-monde-entre1980et2010-avril%202013.pdf].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

CGDD, Service de l'observation et des statistiques, « Bilan énergétique de la France pour 2014 » [http://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/publications/p/2360/966/bilan-energetique-france-2014.html].

CGDD, « Tableau de bord éolien-photovoltaïque : deuxième trimestre 2015 », août 2015.

BOISSONADE Léa, « La transition, Analyse d'un concept », CGDD, juin 2017.

CGEDD :

CGEDD, « Instruction administrative des projets éoliens », mai 2011.

CGEDD, « Le facteur 4 en France : la division par 4 des émissions de gaz à effet de serre à l'horizon 2050 », fév. 2013.

DGEC :

DGEC, « L'industrie des énergies décarbonées en 2010 », 2011, consulté le 29 mars 2016, p. 8 de la fiche 13 (ou p. 175 du document) [http://temis.documentation.developpement-durable.gouv.fr/docs/Temis/0070/Temis-0070605/19323.pdf].

DGEC, « Rapport sur l'autoconsommation et l'autoproduction de l'électricité renouvelable », déc. 2014, pp. 19 – 21

DGEC, « Modification de la programmation pluriannuelle des investissements de production d'électricité », 2015.

Conférences environnementales :

« Feuille de route pour la transition énergétique : chantiers prioritaires, méthode et calendrier », 20 sept. 2012, consulté le 9 nov. 2015 [www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Feuille_de_Route_pour_la_Transition_Ecologique.pdf].

« Deuxième feuille de route pour la transition écologique », sept. 2013, consulté le 16 nov. 2015 [www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Feuille_de_Route_2013_VDEF.pdf].

« D'une conférence environnementale à l'autre... Un an de transition écologique », sept. 2013, consulté le 17 nov. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/13162_1-an-transition-eco_V6_13-09-13_light.pdf].

« Feuille de route du Gouvernement pour la modernisation du droit de l'environnement », 17 déc. 2013 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/Feuille-de-route-du-Gouvernement.html].

« Organisation et enjeux de la Conférence Environnementale 2014, Point sur les échéances nationales et internationales, Agenda de travail », 24 nov. 2014, consulté le 16 nov. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Conference_environnementale_2014.pdf].

« Le programme de la conférence environnementale 2014 », 24 nov. 2014, consulté le 17 nov. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/Le-programme-de-la-conference.html].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

« Discours de Mme Ségolène Royal Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie », 27 nov. 2014, consulté le 19 nov. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/27-11-2014_Discours_S-ROYAL_conf_envi_2014.pdf].

« Tableau de bord de mise en œuvre de la feuille de route 2015 pour la transition écologique », 21 juil. 2015, consulté le 10 nov. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/TBFRTE2015_21juillet2015.pdf].

« Feuille de route 2015 issue des trois tables rondes de la Conférence environnementale », 4 fév. 2015, consulté le 10 nov. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/FRTE_2015.pdf].

Débat national sur la transition énergétique (DNTE) :

« Charte du débat national sur la transition énergétique », 24 janv. 2013 (mis à jour le 8 fév. 2013), consulté le 22 nov. 2015 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Charte-du-debat-national-sur-la.html>].

Secrétariat général du débat national sur la transition énergétique, « Le dossier du débat national sur la transition énergétique », fév. 2013, consulté le 30 nov. 2015 [<http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/dnte-socle-de-connaissances.pdf>].

Secrétariat général du débat national sur la transition énergétique, « Rapport du groupe de travail du conseil national – Groupe 2 - Quelle trajectoire pour atteindre le mix énergétique en 2025 ? Quels types de scénarios possibles à horizons 2030 et 2050, dans le respect des engagements climatiques de la France ? », 23 mai 2013, consulté le 9 déc. 2015 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/gt2_mix-energetique_dnte.pdf].

Secrétariat général du débat national sur la transition énergétique, « Priorités établies par les membres du Conseil national du débat au sein des recommandations de ses groupes de travail », 13 juin 2013, consulté le 19 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/media/pdf/priorites-mesures-debat-energie.pdf>].

« Annexe III : Eléments de synthèse de l'organisation et du déroulement du débat », 2013, consulté le 20 mars 2014 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/03_annexe_iii_deroulement.pdf].

« Annexe IV : Liste des membres du Conseil National du Débat sur la Transition Énergétique », 2013, consulté le 20 mars 2014 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/04_annexe_iv_membres_cndte.pdf].

« Annexe V : Liste des experts du Conseil national du débat sur la transition énergétique », 2013, consulté le 20 mars 2014 [www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/05_annexe_v_experts.pdf].

« Synthèse des travaux du DNTE », juil. 2013, consulté le 20 mars 2014 [www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/dnte_synthese_web_bat_28-8.pdf].

« Groupe de contact des entreprises de l'énergie », 2013, consulté le 21 mars 2015, p. 1 [www.territoires.gouv.fr/IMG/pdf/annexe_gcee_v2.pdf].

Secrétariat général du débat national sur la transition énergétique, « Synthèse des travaux du débat national sur la transition énergétique de la France », juil. 2013, consulté le 13 mars 2014, p. 44 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/dnte_synthese_web_bat_28-8.pdf].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

« Synthèse du Comité citoyen au conseil national », 2013 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/13101-synthese_comite-citoyen_def_web_.pdf].

« Synthèse nationale des débats territoriaux », 2013, consulté le 20 mars 2014 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/dnte_synthese_nationale_des_debats_territoriaux.pdf].

« Synthèse des contributions individuelles au débat », 19 juin 2013, consulté le 20 mars 2014 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/13101_synthese_contributions_individuelles_19-06-2013_complet_def_web.pdf].

2.4 Assemblée nationale

Assemblée nationale, Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, Rapport n° 1237 sur les activités agricoles et la protection de l'environnement, Marcelle RAMONET *et al.*, 19 nov. 2003.

Assemblée nationale, Rapport n° 3166, Sénat, Patrice Rapport n° 404, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Patrice GELARD, « Rapport sur les autorités administratives indépendantes », Tome I, 15 juin 2006.

Assemblée nationale, Mission d'information commune, Rapport n° 2398 sur l'énergie éolienne, Franck REYNIER, 31 mars 2010, p. 82.

Assemblée nationale, Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, Rapport n° 4340 sur la mise en application de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, Bertrand PANCHER, Philippe TOURTELIER, 9 fév. 2012.

Assemblée nationale, Commission des affaires économiques, Rapport n° 199 sur la proposition de loi instaurant une tarification progressive de l'énergie, François BROTTES, 19 sept. 2012

Assemblée nationale, Mission d'information sur la gestion des matières et déchets radioactifs, Rapport n° 1218, Christophe BOUILLON, Julien AUBERT, 3 juil. 2013, p. 53.

Assemblée nationale, Commission d'enquête relative aux coûts passés, présents et futurs de la filière nucléaire, à la durée d'exploitation des réacteurs et à divers aspects économiques et financiers de la production et de la commercialisation de l'électricité nucléaire, dans le périmètre du mix électrique français et européen, ainsi qu'aux conséquences de la fermeture et du démantèlement de réacteurs nucléaires, notamment de la centrale de Fessenheim, Rapport n° 2007, François BROTTES, Denis BAUPIN, 5 juin 2014
Assemblée nationale, Commission spéciale pour l'examen du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Rapport n° 2230, par Ericka BAREIGTS *et al.*, 27 sept. 2014.

Assemblée nationale, Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Rapport n° 2233 sur le coût de la fermeture anticipée de réacteurs nucléaires : l'exemple de Fessenheim, Marc GOUA, Hervé MARITON, 30 sept. 2014.

Assemblée nationale, Commission d'enquête sur les tarifs de l'électricité, Rapport n° 2618, Clotilde VALTER, 5 mars 2015.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Assemblée nationale, Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Rapport n° 4125 sur le projet de loi de finances pour 2017, Tome II, vol. 1, Valérie RABAULT, 5 mars 2015.

Assemblée nationale, Commission spéciale pour l'examen du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Rapport n° 2736, Ericka BAREIGTS *et al.*, 16 avr. 2015.

Assemblée nationale, Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, Rapport n° 3305 sur le passage à un monde décarboné, Jean-Paul CHANTEGUET, 30 sept. 2014, 7 déc. 2015.

Assemblée nationale, Commission des affaires économiques, Rapport n° 3690 sur les enjeux et impacts de l'effacement électrique diffus, Marie-Noëlle BATTISTEL, 26 avr. 2016.

Assemblée nationale, Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Rapport n° 3952 sur la situation du groupe Électricité de France et de la filière nucléaire, Marc GOUA, Hervé MARITON, 13 juil. 2016.

Assemblée nationale, Mission d'information commune sur l'application de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, Rapport n° 4157, Jean-Paul CHANTEGUET *et al.*, 26 oct. 2016

Assemblée nationale, Commission des affaires économiques, Rapport n° 4192 sur le projet de loi ratifiant les ordonnances n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 relative à l'autoconsommation d'électricité et n° 2016-1059 du 3 août 2016 relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables et visant à adapter certaines dispositions relatives aux réseaux d'électricité et de gaz et aux énergies renouvelables, Béatrice SANTAIS, 9 nov. 2016, Annexe, Schémas expliquant le mécanisme des garanties d'origine.

Assemblée nationale, Mission d'information relative à la faisabilité technique et financière du démantèlement des installations nucléaires de base, Rapport n° 4428, Julien AUBERT, Barbara ROMAGNAN, 1^{er} fév. 2017.

2.5 Sénat

Sénat, Mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales, Rapport n° 447, Michel MERCIER, 28 juin 2000.

Sénat, Mission commune d'information, Rapport n° 195, Valérie LÉTARD, Hilaire FLANDRE, Serge LEPELTIER, 3 fév. 2004.

Sénat, Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois, Rapport n° 290 sur l'application des lois n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (Grenelle I) et n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (Grenelle II), Laurence ROSSIGNOL, Louis NEGRE.

Sénat, Commission d'enquête sur le coût réel de l'électricité afin d'en déterminer l'imputation aux différents agents économiques, Rapport n° 667, Ladislav PONIATOWSKI, Jean DESESSARD, 11 juil. 2012.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Sénat, Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, Rapport n° 616 sur les autorités administratives indépendantes, Patrice GELARD, 11 juin 2014, annexe 1, pp. 47 – 52.

Sénat, Commission des finances, Avis n° 236 sur le projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Jean-François HUSSON, 21 jan. 2015, p. 58.

Sénat, Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation, Rapport n° 265 sur les dispositions applicables aux collectivités territoriales du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Rémy POINTEREAU, Philippe MOUILLER, 28 jan. 2015.

Sénat, Commission des affaires économiques, Rapport n° 263 sur le projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Ladislav PONIATOWSKI, 28 jan. 2015.

Sénat, Commission d'enquête sur le coût économique et financier de la pollution de l'air, Rapport n° 610, Jean-François HUSSON, Leila AÏCHI, 8 juil. 2015.

Sénat, Délégation aux collectivités territoriales, Rapport n° 108 « Les collectivités territoriales s'engagent pour le climat », Jean-Marie BOCKEL *et al.*, 22 oct. 2015.

Sénat, Commission des affaires économiques, Avis n° 165 sur le projet de loi de finances pour 2016, Tome II, Bruno SIDO, 19 nov. 2015, p. 36.

Sénat, Délégation aux collectivités territoriales, Rapport n° 720 sur la simplification législative du droit de l'urbanisme, de la construction et des sols, François CALVET, Marc DAUNIS, 23 juin 2016.

Sénat, Commission des affaires économiques, Rapport n° 285 sur le projet de loi ratifiant les ordonnances n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 relative à l'autoconsommation d'électricité et n° 2016-1059 du 3 août 2016 relative à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables et visant à adapter certaines dispositions relatives aux réseaux d'électricité et de gaz et aux énergies renouvelables, Ladislav PONIATOWSKI, 11 jan. 2017, p. 38.

2.6 Commission mixte paritaire

Commission mixte paritaire, Rapport n° 550 (Assemblée nationale) et 245 (Sénat) sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre, par François BROTTES, Daniel RAOUL, 19 déc. 2012.

Commission mixte paritaire, Rapport n° 2624 (Assemblée nationale) et 331 (Sénat) sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, Marie-Noëlle BATTISTEL *et al.*, 10 mars 2015, « travaux de la commission », François BROTTES.

2.7 Autorités, Commissions, Conseils & Instituts

2.7.1 Agence nationale des fréquences (ANFR)

Rapport technique sur les niveaux de champs électromagnétiques créés par les compteurs Linky - VOLET 3 : mesures sur le terrain, sept. 2016.

2.7.2 Autorité de la concurrence

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Décision n° 13-D-04 du 14 février 2013.

2.7.3 Autorité de sûreté du nucléaire

Avis n° 2011-AV-0120 du 4 juillet 2011.

Décision n° 2013-DC-0342 du 23 avril 2013.

2.7.4 Autorité environnementale du CGEDD

Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de programmation pluriannuelle de l'énergie pour la Corse 2016-2018 / 2019-2023, avis 2015-59, 9 sept. 2015.

Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur la programmation pluriannuelle de l'énergie pour la France métropolitaine », avis 2016-57, 24 août 2016.

2.7.5 Comité d'experts pour la transition énergétique (CETE)

Avis du comité d'experts pour la transition énergétique sur la stratégie nationale bas-carbone (SNBC), 16 oct. 2015.

Avis du comité d'experts pour la transition énergétique sur la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE), 30 juil. 2016.

2.7.6 Commission de régulation de l'énergie (CRE)

Délibérations :

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 11 février 2010 portant orientations sur les modalités de réalisation et d'évaluation de l'expérimentation d'Electricité Réseau Distribution France (ERDF) en vue de l'évolution du comptage électrique basse tension de faible puissance.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 7 juillet 2011 portant communication sur les résultats de l'expérimentation d'Electricité Réseau Distribution France (ERDF) relative au dispositif de comptage évolué Linky.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 30 janvier 2014 portant avis sur le projet de décret modifiant le décret n° 2012-533 du 20 avril 2012 relatif aux schémas régionaux de raccordement au réseau des énergies renouvelables, prévus par l'article L. 321-7 du code de l'énergie.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 3 septembre 2015 portant avis sur le projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 19 mai 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations qui valorisent le biogaz.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 15 octobre 2015 portant proposition relative aux charges de service public de l'électricité et à la contribution unitaire pour 2016.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 9 décembre 2015 portant avis sur le projet de décret relatif au complément de rémunération mentionné à l'article L. 314-18 du code de l'énergie, p. 14.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 27 janvier 2016 portant avis sur le projet de décret relatif à la compensation des charges de service public de l'énergie.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 3 février 2016 portant avis sur le projet de décret modifiant le décret n°2002-1434 du 4 décembre 2002 relatif à la procédure d'appel d'offres pour des installations de production d'électricité.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 3 mars 2016 portant décision sur la tarification des prestations annexes réalisées à titre exclusif par les gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 9 mars 2016 portant avis sur le choix des lauréats que la ministre chargée de l'énergie envisage au terme de la première période de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations photovoltaïques sur bâtiments et ombrières de parking de puissance crête comprise entre 100 et 250 Kw.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 17 mars 2016 portant avis sur le projet de décret relatif au service de flexibilité locale.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 26 mai 2016 portant avis sur le projet de décret relatif à la procédure de dialogue concurrentiel pour les installations de production d'électricité.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 5 juillet 2016 portant avis sur le projet de cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'énergie solaire « centrales au sol de puissance comprise entre 500 kWc et 17 MWc ».

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 13 juillet 2016 relative à l'évaluation des charges de service public de l'énergie pour 2017.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 13 juillet 2016 portant avis sur le projet d'ordonnance relative à l'autoconsommation d'électricité, pp. 2 – 3.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 27 juillet 2016 portant avis sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat pour l'électricité produite par les installations utilisant à titre principal le biogaz produit par méthanisation de déchets non dangereux et de matière végétale brute.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 3 novembre 2016 portant avis sur le projet d'arrêté fixant les conditions du complément de rémunération de l'électricité produite par les installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent, pt. 2.4.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 17 novembre 2016 portant décision sur les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité dans les domaines de tension HTA et BT.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 19 janvier 2017 portant décision sur la demande de la ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, en charge des relations internationales sur le climat, d'une nouvelle délibération sur les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité dans les domaines de tension HTA et BT.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 23 mars 2017 portant avis sur le projet de cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

d'installations de production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent, implantées à terre, pt. 3.1.

Délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 20 avril 2017 portant avis sur le projet de cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir d'énergie solaire photovoltaïque ou éolienne situées en métropole continentale, p. 3.

Communications :

Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 21 février 2008 sur le raccordement aux réseaux publics d'électricité des installations de production utilisant l'énergie mécanique du vent implantées dans le périmètre d'une zone de développement de l'éolien.

Communication de la Commission de régulation de l'énergie du 6 juin 2007 sur l'évolution du comptage électrique basse tension de faible puissance (≤ 36 kVA).

Rapports :

Rapport d'activité 2013.

Rapport d'activité 2015 : Document de référence, 7 juil. 2016.

« Coûts et rentabilité des énergies renouvelables en France métropolitaine : Éolien terrestre, biomasse, solaire photovoltaïque », avr. 2014.

Orientations de la CRE concernant les tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité, Rapport au Parlement, juin 2016, pp. 12 – 13.

CRE, Fiche position n° 5 - Paquet énergie propre / observations du régulateur français - Utilisation du stockage par les gestionnaires de réseaux d'électricité, 21 juin 2017, pt. 3 [<http://www.cre.fr/actualites/cre/13-fiches-de-la-cre>].

Fiche position n° 8 - Paquet énergie propre / observations du régulateur français - Communautés énergétiques locales, 21 juin 2017, pt. 3 [<http://www.cre.fr/actualites/cre/13-fiches-de-la-cre>].

Fiche position n° 12 - Paquet énergie propre / observations du régulateur français - Appels d'offres technologiquement neutres, 21 juin 2017, pt. 2 [<http://www.cre.fr/actualites/cre/13-fiches-de-la-cre>].

« Réponse de la Commission de régulation de l'énergie à la consultation de la DGEC sur l'évolution des mécanismes de soutien aux installations sous obligation d'achat », 2014, p. 4 [<http://www.cre.fr/documents/presse/communiques-de-presse/couts-et-rentabilite-des-energies-renouvelables-en-france-metropolitaine-le-rapport-de-la-cre>].

« Tarifs d'accès au réseau et prestations annexes », « L'essentiel », consulté le 31 mars 2016 [<http://www.cre.fr/reseaux/reseaux-publics-d-electricite/tarifs-d-acces-et-prestations-annexes>].

« La contribution au service public de l'électricité (CSPE) : mécanisme, historique et prospective », oct. 2014 [<http://www.cre.fr/documents/publications/rapports-thematiques/rapport-sur-la-cspe-mecanisme-historique-et-prospective>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2.7.7 Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)

Délibération n° 2012-404 du 15 novembre 2012 portant recommandation relative aux traitements des données de consommation détaillées collectées par les compteurs communicants.

2.7.8 Commission supérieure de codification

19^e rapport annuel, 2008, pp. 16 – 17.

27^e rapport annuel, 2016, p. 6.

2.7.9 Conseil économique, social et environnemental (CESE)

Laurence HEZARD, Jean JOUZEL, « Projet d'avis sur le projet de loi de programmation pour un nouveau modèle énergétique français », 3 juil. 2014.

Alain OBADIA, « Le stockage de l'énergie électrique : une dimension incontournable de la transition énergétique », juin 2015, pp. 35 – 36.

Pierrette CROSEMARIE, « Bilan du Grenelle de l'environnement, pour un nouvel élan », 22 février 2012, consulté le 11 nov. 2015.

Jean JOUZEL, Agnès MICHELOT, « La justice climatique : enjeux et perspectives pour la France », CESE, sept. 2016, p. 13.

2.7.10 Conseil national d'évaluation des normes (CNEN)

Délibération n° 14-07-10-00016, séance du 10 juillet 2014.

Délibération n° 15-09-10-00448, séance du 10 septembre 2015.

2.7.11 Conseil national de l'industrie (CNI)

CNI, « Avis du Conseil national de l'industrie sur le projet de loi de programmation pour un nouveau modèle énergétique français », 8 juil. 2014.

2.7.12 Conseil national de la transition écologique (CNTE)

Délibération n° 2013-01 en date du 15 oct. 2013 : avis sur le projet de loi de ratification de l'ordonnance n°2013-714 du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la charte de l'environnement.

Délibération n° 2014-04, en date du 3 juil. 2014 : avis sur le projet de loi de programmation pour un nouveau modèle énergétique français.

Délibération n° 2014-04 : avis sur le projet de loi de programmation pour un nouveau modèle énergétique français, adoptée le 3 juillet 2014.

Délibération n° 2015-02 : avis sur le projet de stratégie nationale bas-carbone (SNBC) et les projets de budgets carbone », 23 sept. 2015.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Délibération n° 2015-03 : avis sur le projet de programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) de la Corse, 23 sept. 2015.

Délibération n° 2015-04 en date du 17 déc. 2015 : avis sur le projet d'ordonnance relative à l'articulation des procédures d'urbanisme avec diverses procédures relevant du code de l'environnement.

Délibération n° 2016-01 en date du 16 fév. 2016 : avis sur le projet d'ordonnance relative à la démocratisation du dialogue environnemental.

Délibération n° 2016-02 en date du 16 fév. 2016 : avis sur le projet d'ordonnance relative à l'évaluation environnementale des projets, des plans et programmes.

Délibération n° 2016-03 en date du 16 fév. 2016 : avis sur le projet d'ordonnance relative à la réforme des unités touristiques nouvelles.

Délibération n° 2016-04 en date du 24 mars 2016 : avis sur le projet d'ordonnance relative à la consultation locale sur un projet relevant de la compétence de l'État, ayant une incidence sur l'environnement.

Délibération n° 2016-05 en date du 27 juin 2016 : avis sur le projet d'ordonnance relative à l'autorisation environnementale.

Délibération n° 2016-06 en date du 27 juin 2016 : avis sur le projet d'ordonnance prise en application de l'article 30 de la loi n° 2015-917 du 28 juillet 2015 actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense.

Délibération n° 2016-07 : avis sur le projet de programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) », 9 sept. 2016.

Délibération n° 2016-12 en date du 7 déc. 2016 : avis sur le projet d'ordonnance modifiant les articles L.171-7 et L.171-8 du code de l'environnement.

2.7.13 Conseil supérieur de l'énergie (CSE)

Avis sur le projet de programmation pluriannuelle de l'énergie, 21 juil. 2016, p. 2.

2.7.14 Institut national de la statistique et des études économiques (Insee)

BRUTEL Chantal, LEVY David, « Le nouveau zonage en aires urbaines de 2010 », consulté le 3 mai 2016 [http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1374].

2.8 Agences

ADEME, « L'énergie en France, état des lieux et perspective », juillet 2012, consulté le 11 février 2016, pp. 6 – 7.

ADEME, « Le solaire thermodynamique », 16 mai 2014, consulté le 19 nov. 2015 [<http://www.ademe.fr/expertises/energies-renouvelables-reseaux-stockage/passer-a-l'action/produire-lelectricite/solaire-thermodynamique>].

ADEME), « Base Carbone - Documentation des facteurs d'émissions de la Base Carbone », 18 nov. 2014.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

ADEME, « Impacts environnementaux de l'éolien français », 2015.

ADEME, « "Le compteur linky" Analyse des bénéfices pour l'environnement, les consommateurs et les collectivités », Les avis de l'ADEME, juil. 2015

ADEME, « Un mix électrique 100% renouvelable ? Analyses et optimisations - Un travail d'exploration des limites du développement des énergies renouvelables dans le mix électrique métropolitain à un horizon 2050 », oct. 2015.

ADEME, « Etude du cadre législatif et réglementaire applicable au financement participatif des énergies renouvelables », déc. 2015, p. 12.

ADEME, « Investissements d'Avenir – Démonstrateurs pour la Transition Ecologique et Energétique – Appel à projets – Fermes pilotes éoliennes flottantes », jan. 2016.

ADEME, « Les Avis de l'ADEME - Le solaire photovoltaïque », avr. 2016

ADEME, « Les Avis de l'ADEME – L'énergie éolienne », avr. 2016

ADEME, « Systèmes Electriques Intelligents - Premiers résultats des démonstrateurs », oct. 2016.

ADEME, « Les Avis de l'ADEME – Méthanisation », nov. 2016

2.9 Rapports commandés par le Gouvernement

Rapport de la commission sur l'organisation du marché de l'électricité, présidé par Paul CHAMPSAUR et rendu en avr. 2009

Rapport de la Commission spécialisée du Conseil national de la transition écologique sur la démocratisation du dialogue environnemental présidée par Alain Richard, « Démocratie environnementale : débattre et décider », 3 juin 2015 [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000364.pdf>].

2.10 Etudes annuelles du Conseil d'Etat

Etude annuelle 1991, *De la sécurité juridique*, La Documentation française.

Rapport public annuel 2001 du Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes*, La Documentation française.

Etude annuelle 2011, *Consulter autrement, participer effectivement*, La Documentation française.

Etude annuelle 2013, *Le droit souple*, La Documentation française.

Etude annuelle 2015, *L'action économique des personnes publiques*, La Documentation française.

Etude annuelle 2016, *Simplification et qualité du droit*, La Documentation française.

2.11 Rapports de la Cour des comptes

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- « Les coûts de la filière électronucléaire », Synthèse du Rapport public thématique, jan. 2012.
- « La contribution au service public de l'électricité (CSPE) : Suites données aux observations de la Cour dans le rapport public 2011 », juin 2012.
- « La politique de développement des énergies renouvelables », juil. 2013.
- « La mise en œuvre par la France du paquet énergie-climat », déc. 2013.
- « Le coût de production de l'électricité nucléaire : Actualisation 2014 », mai 2014.
- « La stratégie internationale d'EDF », nov. 2015.
- « Rapport public annuel 2016 – La maintenance des centrales nucléaires : une politique remise à niveau, des incertitudes à lever », 10 fév. 2016.

3. Documents d'organisations non gouvernementales

CLER, « Pour un système de soutien à l'électricité renouvelable juste et efficace - Propositions et réponses à la consultation », 26 fév. 2014, p. 2.

_____ « Rapport d'enquête au sein du réseau TEPos sur l'appel à projets TEPCV », fév. 2016.

Earthlife Africa Jhb, « GDF Suez set to increase climate change in South Africa, Earthlife to Protest », 15 avr. 2015, consulté le 25 avr. 2016 [<http://earthlife.org.za/2015/04/15/%ef%bb%bfpress-release-gdf-suez-set-to-increase-climate-change-in-south-africa-earthlife-to-protest/>].

France Nature Environnement (FNE), « Débat national sur la transition énergétique, Point de vue et demandes de FNE à l'issue du débat et en vue du projet de loi sur la transition énergétique », nov. 2013, consulté le 10 nov. 2015.

Global Chance, « Des questions qui fâchent : contribution au débat national sur la transition énergétique », Les Cahiers de Global Chance, n°33, mars 2013, consulté le 21 nov. 2015 [<http://www.global-chance.org/Des-questions-qui-fachent-contribution-au-debat-national-sur-la-transition-energetique>].

Réseau Sortir du nucléaire, « Débat sur l'énergie : un écran de fumée pour occulter la politique du fait accompli », 29 nov. 2012, consulté le 30 nov. 2015 [<http://www.sortirdunucleaire.org/debat-energie-ecran-de-fumee>].

4. Presse papier

VESSERON Philippe, « Transition énergétique : n'oublions pas les perdants ! », Le Monde, édition papier du 29 juin 2017.

IV) Autres sources : ressources électroniques

1. Pages internet

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Énergie (ADEME) www.ademe.fr
Agence internationale de l'énergie www.iea.org
Assemblée nationale de la République Française : www.assemblee-nationale.fr
Banque mondiale <http://data.worldbank.org>
Commission de régulation de l'énergie www.cre.fr/ www.smartgrids-cre.fr
Commission européenne https://ec.europa.eu/commission/index_fr
Conseil constitutionnel www.conseil-constitutionnel.fr
Conseil d'État www.conseil-etat.fr
Conseil économique, social et environnemental www.lecese.fr
Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques - CCNUCC
<http://unfccc.int>
Direction de l'information légale et administrative www.vie-publique.fr/
Gouvernement www.gouvernement.fr
Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) www.ipcc.ch
Légifrance www.legifrance.gouv.fr/
Ministère de la Transition écologique et solidaire www.ecologique-solidaire.gouv.fr/
Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie www.developpement-durable.gouv.fr
Nations Unies - Objectifs de développement durable www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable
Nations Unies <http://www.un.org/fr>
Page internet DNTE www.transition-energetique.gouv.fr
Régie communale de Montdidier www.regiecommunaledemontdidier.fr
RTE www.rte-france.com
Sénat de la République Française www.senat.fr
Secrétariat Général pour la Modernisation de l'Action Publique
www.modernisation.gouv.fr/le-sgmap/le-cimap
Territoire à Energie Positive (TEPOS) www.territoires-energie-positive.fr

2. Articles de blogs juridiques

ANGEVIN Fanny, « Urbanisme : première condamnation à des dommages et intérêts pour recours abusif au titre de l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme (TA de Lyon) », *Gossement Avocats*, 17 mars 2016, consulté le 8 fév. 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2016/03/17/droit-de-l-urbanisme-une-premiere-application-de-l-article-l-5775689.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- BALAY Paul-Guillaume, « Eoliennes : la lourde et légitime sanction des recours abusifs », *Fidal Avocats*, 23 nov. 2015, consulté le 7 fév. 2017 [<http://www.fidal-avocats-leblog.com/2015/11/eoliennes-lourde-legitime-sanction-recours-abusifs/>].
- CASSIN Fabrice, GELAS Hélène, « [Smart News] Mai 2017: un régime éolien (enfin) stabilisé », *LPA-CGR Avocats*, 10 mai 2017, consulté le 4 juil. 2017 [<http://www.lpalaw.com/smart-news-mai-2017-regime-eolien-enfin-stabilise/>].
- DEHARBE David, « La revanche de l'éolien sur le droit : l'effet boomerang », *Green-law-avocat*, 9 jan. 2016, consulté le 3 fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/la-revanche-de-leolien-sur-le-droit-leffet-boomerang/>].
- _____ « Les éoliennes et la L.P.O. : le contentieux sans le discernement ? », *Green-law-avocat*, 24 jan. 2015, consulté le 1^{er} fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/les-eoliennes-l-p-o-jusquou-au-contentieux/>].
- DELDIQUE Lou, « Contentieux ICPE des éoliennes : à l'ouest et à l'est, rien de très nouveau », *Green-law-avocat*, 27 avr. 2015, consulté le 2 fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/contentieux-icpe-des-eoliennes-a-louest-et-a-lest-rien-de-tres-nouveau/>]
- _____ « Projet éolien et sites UNESCO : la Cour administrative d'appel de Nantes maintient sa position ! (CAA Nantes, 9 janvier 2017, n°15NT03122) », *Green-law-avocat*, 25 avr. 2017, consulté le 2 juil. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/projet-eolien-et-sites-unesco-la-cour-administrative-dappel-de-nantes-maintient-sa-position-caa-nantes-9-janvier-2017-n15nt03122/>].
- FERJOUX Florian, « Energie : les appels d'offres en matière de production d'électricité ne sont pas soumis au droit des marchés publics (CAA Bordeaux) », *Gossement Avocats*, 27 oct. 2016, consulté le 7 jan. 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2016/10/27/appels-d-offres-en-matiere-de-production-d-electricite-inapp-5866377.html>].
- GANDET Stéphanie, « Contentieux du raccordement : plusieurs décisions intéressantes du CoRDIS (décisions 20 nov. 2013 et 11 déc. 2013) », *Green-law-avocat*, 18 avr. 2014, consulté le 8 avr. 2016 [<http://www.green-law-avocat.fr/contentieux-du-raccordement-plusieurs-decisions-interessantes-du-cordis-decisions-20-nov-2013-11-dec-2013/>].
- GANDET Stéphanie, « Loi sur la transition énergétique: des changements en matière de raccordement des EnR », *Green-law-avocat*, 24 juil. 2015, consulté le 2 fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/loi-sur-la-transition-energetique-des-changements-en-matiere-de-raccordement-des-enr/>].
- _____ « Schéma régional éolien : annulation du SRE de Basse Normandie pour défaut d'évaluation environnementale (TA Caen, 9 juillet 2015) », *Green-law-avocat*, 10 déc. 2015, consulté le 17 sept. 2016 [<http://www.green-law-avocat.fr/schema-regional-eolien-annulation-du-sre-de-basse-normandie-pour-defaut-devaluation-environnementale-ta-caen-9-juillet-2015/>].
- GANDET Stéphanie, BECUE Sébastien, « EOLIEN: Pourquoi l'amendement sur l'avis conforme de l'ABF à 10km est infondé et dangereux (amendement au projet de Loi liberté de création, architecture et patrimoine) », *Green-law-avocat*, 19 fév. 2016, consulté le 1^{er} fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/3874-2/>].
- GANDET Stéphanie, GUNER Valentin, « Biogaz, éoliennes, ICPE: l'autorisation unique destinée à pallier les couches réglementaires multiples », *Green-law-avocat*, 17 oct.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2013, consulté le 24 fév. 2016 [<http://www.green-law-avocat.fr/biogaz-eoliennes-icpe-lautorisation-unique-destinee-a-pallier-les-couches-reglementaires-multiples/>].

GANDET Stéphanie, POULIGUEN Etienne, « Recours abusif contre un permis de construire: la voie est ouverte à l'indemnisation devant la juridiction judiciaire », *Green-law-avocat*, 25 oct. 2012, consulté le 7 fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/recours-abusif-contre-un-permis-de-construire-la-voie-est-ouverte-a-lindemnisation-devant-la-juridiction-judiciaire/>].

GIORNO Marie-Coline, « Contentieux I.C.P.E. éolien : premier jugement, premières tendances », *Green-law-avocat*, 23 fév. 2015, consulté le 1^{er} fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/contentieux-icpe-eolien-premier-jugement-premieres-impressions/>].

_____ « Nouvelle annulation d'un S.R.E. ou le brassage d'air en vide juridique... (TA Bordeaux, 12 fév.2015) », *Green-law-avocat*, 26 fév. 2015, consulté le 17 sept. 2016 [<http://www.green-law-avocat.fr/nouvelle-annulation-dun-s-r-e-ou-le-brassage-dair-en-vide-juridique/>].

_____ « Conclusions indemnitaires pour recours abusif : deux ans de pratique ... », *Green-law-avocat*, 24 août 2015, consulté le 7 fév. 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/conclusions-indemnitaires-pour-recours-abusif-deux-ans-de-pratique/>].

_____ « Nucléaire : une installation nucléaire de base (INB) peut fonctionner jusqu'à l'intervention d'un décret de mise à l'arrêt définitif et de démantèlement (Conseil d'État, 6ème / 1ère SSR, 22 février 2016, n° 373516, mentionné aux tables du recueil Lebon) », *Green-law-avocat*, 31 mars 2016, consulté le 7 mars 2017 [<http://www.green-law-avocat.fr/3955-2/>].

GOSSEMENT Arnaud, « Eolien : un classement ICPE grenello incompatible », *Gossement Avocats*, 4 avr. 2010, consulté le 2 fév. 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2010/04/03/eoliennes-le-classement-installations-classees-icpe-est-ille.html>].

_____ « Géothermie : proposition de loi tendant à la simplification du droit », *Gossement Avocats*, 5 sept. 2011, consulté le 10 fév. 2016 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2011/09/02/geothermie-hydroelectricite-proposition-de-loi-tendant-a-la.html>].

_____ « Géothermie de minime importance : adoption de la loi Warsmann », *Gossement Avocats*, 3 mars 2012, consulté le 10 fév. 2016 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2012/03/03/geothermie-de-minime-importance-adoption-de-la-loi-warsmann.html>].

_____ « Débat national sur la transition énergétique : "le point d'arrivée n'est pas écrit d'avance" », *Gossement Avocats*, 29 nov. 2012, consulté le 10 nov. 2015 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2012/11/28/debat-national-sur-la-transition-energetique-une-conclusion.html>].

_____ « Fessenheim : il faudra bien une loi », *Gossement Avocats*, 21 oct. 2012, consulté le 10 mars 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2012/10/21/fessenheim-il-faudra-bien-une-loi.html>].

_____ « Le Président de la République a-t-il le droit de fermer la centrale de Fessenheim ? », *Gossement Avocats*, 10 oct. 2012, consulté le 2 mars 2017

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

[<http://www.arnaudgossement.com/archive/2012/10/08/francois-hollande-a-t-il-le-droit-de-fermer-la-centrale-de-f.html>].

_____ « Eolien et loi Brottes : une réforme bienvenue mais au souffle un peu court », *Gossement Avocats*, 19 jan. 2013, consulté le 17 sep. 2016 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2013/01/19/eolien-et-loi-brottes-une-reforme-bienvenue-mais-au-souffle.html>].

_____ « Du Grenelle de l'environnement au Conseil national de la transition écologique », *Gossement Avocats*, 18 août 2013, consulté le 22 juin 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2013/08/18/publication-du-decret-n-2013-753-du-16-aout-2013-relatif-au.html>].

_____ « Les paradoxes de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte », *Gossement Avocats*, 18 août 2015, consulté le 31 oct. 2015 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2015/08/18/la-loi-n-2015-992-du-17-aout-2015-relative-a-la-transition-e-5671851.html>].

_____ « Eolien : l'autorisation pourrait être délivrée après avis de la commission régionale du patrimoine et de l'architecture », *Gossement Avocats*, 17 mars 2016, consulté le 1er fév. 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2016/03/17/eolien-l-autorisation-pourrait-etre-delivree-apres-5775646.html>].

_____ « Energies renouvelables : dix projets de textes devant le Conseil supérieur de l'énergie », *Gossement Avocats*, 28 oct. 2015, consulté le 30 oct. 2015 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2015/10/28/eneri-5707417.html>].

_____ « Eolien : les députés modifient la règle relative à la distance d'éloignement aux habitations », *Gossement Avocats*, 18 avr. 2015, consulté le 2 fév. 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2015/04/16/eolien-les-amendements-adoptes-en-commission-sur-le-projet-d-5604786.html>].

_____ « Appel d'offres pour centrales solaires sur bâtiments, serres et hangars agricoles et ombrières de parking de puissance comprise entre 100kWc et 8 MWc : l'avis de la Commission de régulation de l'énergie », *Gossement Avocats*, 6 sept. 2016, consulté le 12 fév. 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2016/09/06/appel-d-offres-pour-centrales-solaires-sur-batiments-serres-5844590.html>].

_____ « Loi Brottes : les éoliennes entre simplification et complication », *Gossement Avocats*, 17 mars 2013, consulté le 29 nov. 2015 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2013/03/17/loi-brottes.html>].

_____ « Loi pour la transition énergétique : le risque de l'accélération », *Gossement Avocats*, 25 août 2014, consulté le 29 fév. 2016 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2014/08/23/loi-pour-la-transition-energetique-le-risque-de-la-procedure-5432929.html>].

_____ « Loi pour la transition énergétique : présentation en Conseil des ministres et prochaines étapes », *Gossement Avocats*, 30 juil. 2014, consulté le 23 mars 2016 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2014/07/29/loi-pour-la-transition-energetique-presentation-en-conseil-d-5419519.html>].

_____ « Projet de loi de transition énergétique : les enjeux du débat sur ses conditions d'examen au Parlement », *Gossement Avocats*, 13 fév. 2014, consulté le 24 fév. 2016 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2014/02/12/projet-de-loi-de-transiton-energetique-5297217.html#more>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- _____ « Ségolène Royal, Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie », *Gossement Avocats*, 2 avr. 2014, consulté le 3 déc. 2015 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2014/04/02/segolene-royal-ministre-de-l-ecologie-du-developpement-durab-5338123.html>].
- _____ « Transition énergétique : le Sénat complique la convocation des conseils municipaux des petites communes par un amendement anti-éolien », *Gossement Avocats*, 19 fév. 2015, consulté le 2 fév. 2017 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2015/02/19/transition-energetique-le-senat-5562374.html>].
- _____ « Transition énergétique : un projet d'arrêté pour modifier les objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements de 2009 », *Gossement Avocats*, 10 avr. 2016, consulté le 8 oct. 2016 [<http://www.arnaudgossement.com/archive/2016/04/10/transition-energetique-un-projet-d-arrete-pour-revenir-a-la-5786576.html>].
- La Documentation Française, « Questions à Daniel Labetoulle, Vice-président de la Commission supérieure de codification », mai 2009, consulté le 26 juin 2017 [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/codification/daniel-labetoulle.shtml>].
- Le Club des Juristes, « Sécurité juridique et initiative économique », mai 2015 [<http://www.leclubdesjuristes.com/rapport-securite-juridique-et-initiative-economique/>].
- MARTIN Didier, « Simplification du droit : mythe de Sisyphe ? », *Le Club des Juristes*, 6 juil. 2015, consulté le 28 juin 2017 [<http://www.leclubdesjuristes.com/les-publications/simplification-du-droit-mythe-de-sisyphe/>].
- MATHIEU Bertrand, « Sécurité juridique. Le respect de la légitime confiance des citoyens s'impose au législateur. », *Le Club des Juristes*, 27 jan. 2014, consulté le 10 mars 2017 [<http://www.leclubdesjuristes.com/les-publications/securite-juridique-le-respect-de-la-legitime-confiance-des-citoyens-simpose-au-legislateur/>].
- TULPAIN Anne-Laure, « "Fissions" autour de la fermeture de la centrale nucléaire de Fessenheim ! », *Editions Législatives*, 13 avr. 2017, consulté le 3 juil. 2017 [<http://www.editions-legislatives.fr/content/%C2%AB-fissions-%C2%BB-autour-de-la-fermeture-de-la-centrale-nucl%C3%A9aire-de-fessenheim>]

3. Autres ressources en ligne

- Actu-environnement.com*, « Transition énergétique : la guerre Brottes-Chanteguet continue », 12 fév. 2014, consulté le 9 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/transition-energetique-20746.php4>].
- ADEME, « Les projets de production d'énergies renouvelables participatifs : une dynamique émergente à soutenir », *ADEME & VOUS*, La lettre stratégie, n° 50, déc. 2016, p. 5 [<http://www.ademe.fr/ademe-lettre-strategie-ndeg-50>].
- AIGNEL Jacky *et al.*, au nom du réseau TEPos « Autonomiser les territoires pour engager la transition énergétique dans la durée », *Le Monde*, 4 fév. 2016, consulté le 9 mai 2016 [<http://www.lemonde.fr/energies/article/2016/02/04/autonomiser-les-territoires-pour->

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

engager-la-transition-energetique-dans-la-
duree_4859768_1653054.html#QIlgBfXfgr1h1uhS.99].

AMORCE association, « Les compétences énergies des collectivités et leurs groupements (EPCI et syndicats) », juil. 2014, pp. 9, 20. [http://www.amorce.asso.fr/media/filer_public/85/98/85982807-b63f-47b5-a91e-2c64f0bf739c/enj_03_etude_compences_energies_nouveau.pdf].

Assemblée des Communautés de France (AdCF), « Transition énergétique : le Comité de liaison du débat décentralisé est installé », 18 janv. 2013, consulté le 20 nov. 2015 [http://www.adcf.org/environnement/Transition-energetique-le-Comite-de-liaison-du-debat-decentralise-est-installe-1397.html].

Association des maires de France (AMF), « Les élus de l'AMF rappellent que le CNEN n'est pas une chambre d'enregistrement », 10 oct. 2014, consulté le 18 mars 2016 [http://www.amf.asso.fr/document/index.asp?DOC_N_ID=12761&refer=].

ASTIER Marie, BINCTIN Barnabé, « La loi de transition énergétique consacre la souveraineté du nucléaire en France », *Reporterre*, 1^{er} oct. 2014, consulté le 10 nov. 2015 [http://www.reporterre.net/La-loi-de-transition-energetique].

AUZANNEAU Matthieu, « Alliés de fait, Medef et syndicats font voler en éclats le débat national sur la transition énergétique », *Le Monde*, 21 juin 2013, consulté le 10 nov. 2015 [http://petrole.blog.lemonde.fr/2013/06/21/allies-medef-et-syndicats-ont-fait-voler-en-eclat-le-debat-sur-la-transition-energetique/].

Batiweb, « EDF encouragé à modifier son plan stratégique », 5 mai 2017, consulté le 2 juil. 2017 [http://www.batiweb.com/actualites/vie-des-societes/edf-encourage-a-modifier-son-plan-strategique-05-05-2017-30431.html].

BAUDET Marie-Béatrice, « Le Medef refuse les conclusions du débat sur la transition énergétique », *Le Monde*, 18 juil. 2013, consulté le 9 déc. 2015 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2013/07/18/le-medef-refuse-les-conclusions-du-debat-sur-la-transition-energetique_3449282_3244.html#tXYuDpxAImLq5mHB.99].

BAUDET Marie-Béatrice, GARRIC Audrey, « Pourquoi la centrale nucléaire de Fessenheim est-elle ciblée ? », *Le Monde*, 18 mars 2014, consulté le 29 nov. 2015 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2014/03/18/pourquoi-la-centrale-nucleaire-de-fessenheim-est-elle-ciblee_4384936_3244.html#AYl4VuZ43BxiRL6E.99].

BERNARD Catherine, « La transition énergétique oui, mais laquelle? », *Slate*, 3 mars 2015, consulté le 29 juil. 2015 [http://www.slate.fr/story/98607/transition-energetique].

BERTRAND Morgane, « Les 5 raisons de fermer Fessenheim », *L'Obs*, 16 déc. 2012, consulté le 10 mars 2017 [http://tempsreel.nouvelobs.com/planete/20121214.OBS2523/les-5-raisons-de-fermer-fessenheim.html].

BEZAT Jean-Michel, « Oubliez ERDF, la filiale d'EDF se renomme Enedis », *Le Monde*, 30 mai 2016, consulté le 11 déc. 2016 [http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/05/30/le-distributeur-d-electricite-erdf-devient-enedis_4929081_3234.html#SMRgt6C9y8pWhz1F.99].

BLOSSEVILLE Thomas, « Le syndicat des énergies renouvelables « très satisfait » par la programmation pluriannuelle du gouvernement », *Environnement-magazine*, 14 avr. 2016, consulté le 8 oct. 2016 [http://www.environnement-magazine.fr/article/47260-].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

syndicat-des-energies-renouvelables-tres-satisfait-par-programmation-pluriannuelle-du-gouvernement/].

BNEF, « Giant fall in generating costs from offshore wind », 1 nov. 2016, consulté le 6 jan. 2017 [<https://about.bnef.com/blog/h2-2016-lcoe-giant-fall-generating-costs-offshore-wind/>].

BOLTON Doug, « People in Germany are now being paid to consume electricity », *The Independent*, 11 mai 2016, consulté le 21 déc. 2016 [<http://www.independent.co.uk/environment/renewable-energy-germany-negative-prices-electricity-wind-solar-a7024716.html>].

BOMSTEIN Dominique, « Quel bilan pour la conférence environnementale ? », *Environnement-magazine*, 27 avr. 2016, consulté le 28 avr. 2016 [<http://www.environnement-magazine.fr/article/47331-quel-bilan-pour-conference-environnementale/>].

BOUGHRIET Rachida, « Décret de fermeture de Fessenheim : le maire et les syndicats veulent saisir le Conseil d'Etat », *Actu-environnement.com*, 10 avr. 2017, consulté le 3 juil. 2017 [<https://www.actu-environnement.com/ae/news/parution-decret-fermeture-fessenheim-maire-syndicats-recours-conseil-etat-28798.php4#xtor=EPR-1>].

_____ « Engie ne construira plus de centrales à charbon », *Actu-environnement.com*, 16 oct. 2015, consulté le 19 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/engie-centrales-charbon-25482.php4>].

_____ « Hydroliennes : les industriels français sur les rangs », *Actu-environnement.com*, 10 avr. 2014, consulté le 7 jan. 2017 [<https://www.actu-environnement.com/ae/news/hydroliennes-appel-offres-fermes-pilotes-21359.php4>].

BRETTON Laure, « Loi de transition énergétique : un échec remis à plus tard ? », *Libération*, 11 fév. 2014, consulté le 24 fév. 2016 [http://www.liberation.fr/france/2014/02/11/loi-de-transition-energetique-un-echec-remis-a-plus-tard_979543].

BRINGAULT Anne, « Transition énergétique : les bonnes intentions iront-elles jusqu'à la concrétisation ? », 23 juil. 2015, consulté le 29 juil. 2015 [<http://www.transition-energetique.org/2015/07/transition-energetique-les-bonnes-intentions-iront-elles-jusqu-a-la-concretisation.html>].

Bundesnetzagentur, « Results of first auction for onshore wind installations », 19 mai 2017, consulté le 23 mai 2017 [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/19052017_onshore.html].

CAILLAT Sophie, « Nicole Bricq virée de l'Ecologie : un coup du lobby pétrolier ? », *Rue89 Nouvel Obs*, 22 juin 2012, consulté le 3 déc. 2015 [<http://rue89.nouvelobs.com/rue89-politique/2012/06/22/nicole-bricq-viree-de-lecologie-un-coup-du-lobby-petrolier-233262>].

CALMET Marine, « Eolien : annulation des schémas régionaux des Pays-de-la-Loire et de l'Auvergne », *Actu-environnement.com*, 13 mai 2016, consulté le 17 sept. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/schemas-regional-pays-loire-auvergne-eolien-annulation-26798.php4>].

Carbone 4, « Etude des 4 trajectoires du DNTE », 2013, consulté le 23 nov. 2015, p. 7 [webissimo.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/tude_Trajectoires_DNTE_cle74f7d5.pdf].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- _____ « Etude des 4 trajectoires du DNTE », fév. 2014 consulté le 30 nov. 2015 [http://www.carbone4.com/download/Etude_Trajectoires_DNTE_C4.pdf].
- CARDWELL Diane, « Tesla Gives the California Power Grid a Battery Boost », *The New York Times*, 30 jan. 2017, consulté le 27 mars 2017 [https://www.nytimes.com/2017/01/30/business/energy-environment/battery-storage-tesla-california.html?_r=2].
- CAREME Damien, REICH Jean-Paul, « Le "power to gas" à l'heure de la démonstration », *Ademe & Vous*, n° 101, déc. 2016 – jan. 2017, p. 9 [<http://presse.ademe.fr/wp-content/uploads/2016/12/ademe-et-vous-101-mag.pdf>].
- CHARPENTIER Mickaël, « L'Inde annule la construction de 16 GW de centrales à charbon », *Actu-environnement.com*, 13 juin 2016, consulté le 22 juin 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/inde-annule-construction-16gw-centrales-charbon-26983.php4#xtor=EPR-1>].
- CHICHEPORTICHE Romain, « Energie : la mode des appels d'offres "technologiquement neutres" », *Techniques de l'ingénieur*, 19 déc. 2016, consulté le 23 déc. 2016 [<http://www.techniques-ingenieur.fr/actualite/articles/energie-la-mode-des-appels-doffres-technologiquement-neutres-38901/>].
- _____ « L'éolien offshore n'a plus besoin de subvention en Allemagne », *Techniques de l'ingénieur*, 24 avr. 2017, consulté le 22 oct. 2017 [<https://www.techniques-ingenieur.fr/actualite/articles/leolien-offshore-na-plus-besoin-de-subvention-en-allemande-42830/>].
- CLARKE Baptiste, « Distribution d'énergie : les services publics en conflit d'intérêt pour la transition énergétique ? », *Actu-environnement.com*, 10 juil. 2013, consulté le 12 mai 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/distribution-electricite-transition-energetique-19008.php4>].
- CLER, Energie partagée l'association, la Fondation Nicolas Hulot, FNE, Greenpeace, HESPUL, HELIO International, Les amis d'Enercoop, Les Amis de la terre, Rassemblement pour la planète, RAC France et le WWF, « Les ONG ne veulent pas d'un débat faussé », 12 nov. 2012, consulté le 7 déc. 2015 [http://www.fne.asso.fr/sites/default/files/com/cp_en_pdf_2/cp-121112-02.pdf].
- COLLET Philippe, « Débat national sur l'énergie : Delphine Batho complète le comité de pilotage et confirme le lancement du débat », *Actu-environnement.com*, 26 nov. 2012, consulté le 6 déc. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-transition-energetique-comite-pilotage-17142.php4>].
- _____ « DNTE : Le groupe de travail "mix énergétique" propose quatre trajectoires pour 2050 », *Actu-environnement.com*, 23 mai 2013, consulté le 9 déc. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-transition-energetique-mix-2050-18587.php4>].
- _____ « Transition énergétique : un débat pour rien ? », *Actu-environnement.com*, 19 juillet 2013, consulté le 13 avr. 2014 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/synthese-debat-national-transition-energetique-oppositions-patronat-syndicats-ong-19109.php4>].
- _____ « Transition énergétique : les ONG présentent leur "vrai projet de loi" », *Actu-environnement.com*, 26 fév. 2014, consulté le 8 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/synthese-debat-national-transition-energetique-oppositions-patronat-syndicats-ong-19109.php4>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

environnement.com/ae/news/projet-loi-transition-energetique-associations-20897.php4].

- _____ « Transition énergétique : le CNTE espère influencer la version 2 du projet de loi », *Actu-environnement.com*, 3 juil. 2014, consulté le 17 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/loi-transition-energetique-avis-cnte-ong-22134.php4>].
- _____ « Eolien : trois associations déposent un recours contre le nouvel arrêté tarifaire », *Actu-environnement.com*, 2 sept. 2014, consulté le 23 fév. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/recours-conseil-etat-arrete-tarifaire-eolien-2014-22562.php4>].
- _____ « Transition énergétique : l'opposition attaque le fond du projet de loi et la forme du débat », *Actu-environnement.com*, 2 oct. 2014, consulté le 10 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/transition-energetique-opposition-projet-loi-fond-forme-debat-22845.php4>].
- _____ « Transition énergétique : les sénateurs se partagent l'examen du projet de loi », *Actu-environnement.com*, 23 oct. 2014, consulté le 11 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/transition-energetique-senat-commission-resolution-nucleaire-23074.php4>].
- _____ « Energie : le CNTE ne sera plus consulté en plénière sur la programmation pluriannuelle », *Actu-environnement.com*, 24 août 2015, consulté le 28 août 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/consultation-electronique-cnte-ppe-27373.php4>].
- _____ « EPR de Flamanville : EDF obtiendra-t-il un délai supplémentaire ? », *Actu-environnement.com*, 16 oct. 2015, consulté le 11 mars 2017 [<https://www.actu-environnement.com/ae/news/epr-flamanville-edf-delai-supplementaire-asn-autorisation-25481.php4>].
- _____ « Solaire : Enerplan présente ses doléances à deux parlementaires influents », *Actu-environnement.com*, 9 oct. 2015, consulté le 11 fév. 2017 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/solaire-enerplan-doleances-sabine-buis-bertrand-pancher-transition-remuneration-appels-offres-25437.php4#>].
- _____ « Eolien offshore : Ségolène Royal lance une consultation pour la zone de Dunkerque », *Actu-environnement.com*, 4 avr. 2016, consulté le 5 avr. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/appel-offres-eolien-offshore-lancement-concertation-dunkerque-26538.php4>].
- _____ « Défauts de la cuve EPR : les experts s'inquiètent depuis 2006 », *Actu-environnement.com*, 7 juil. 2016, consulté le 14 juil. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/hctisn-historique-cuve-epr-asn-areva-edf-27168.php4#xtor=EPR-1>].
- _____ « Fessenheim : le gouvernement engage 446 millions d'euros pour l'indemnisation d'EDF », *Actu-environnement.com*, 21 nov. 2016, consulté le 13 déc. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/Fessenheim-gouvernement-engage-446-millions-euros-pour-indemnisation-EDF-27915.php4>].
- _____ « Les gestionnaires de réseau électrique vont-ils prendre en main le stockage ? », *Actu-environnement.com*, 18 nov. 2016, consulté le 13 déc. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/gestionnaires-reseau-electrique-vont-ils-prendre-main-stockage-27902.php4>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- _____ « Stockage électrique : RTE dévoile son projet de "lignes virtuelles" », *Actu-environnement.com*, 7 mars 2017, consulté le 8 mars 2017 [<https://www.actu-environnement.com/ae/news/stockage-electrique-lignes-virtuelles-rte-28586.php4>].
- COSSARDEAUX Joël, « Transition énergétique : sénateurs et députés divisés sur le nucléaire », *Les Echos*, 22 fév. 2015, consulté le 3 mars 2016 [http://www.lesechos.fr/22/02/2015/lesechos.fr/0204176743690_transition-energetique---senateurs-et-deputes-divises-sur-le-nucleaire.htm#CzobjmrA3vVLHJIt.99]
- COSSARDEAUX Joël, GRASLAND Emmanuel, LE BILLON Véronique, « Delphine Batho: « L'énergie est un levier de relance majeur », *Les Echos*, 28 nov. 2012, consulté le 7 déc. 2015 [http://www.lesechos.fr/28/11/2012/lesechos.fr/0202417910049_delphine-batho-----l-energie-est-un-levier-de-relance-majeur--.htm].
- DARMANIN Jules, « La loi Numérique fait le plein de contributions », *Le Figaro*, 19 oct. 2015, consulté le 22 nov. 2015 [<http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2015/10/19/32001-20151019ARTFIG00261-21000-francais-ont-participe-a-la-consultation-sur-la-loi-numerique.php>].
- DE LADOUCETTE Philippe, « La *soft law*, un instrument de régulation nécessaire », *Décryptages*, n° 18, mars/avr. 2010, p. 1.
- DE MALLEVOUE Delphine, « Éoliennes : des maires attaqués pour conflit d'intérêts », *Le Figaro*, 24 nov. 2013, consulté le 22 fév. 2016 [<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2013/11/24/01016-20131124ARTFIG00221-eoliennes-des-maires-attaques-pour-conflit-d-interets.php>].
- DEHARBE David, GANDET Stéphanie, « Remboursement des intérêts de l'aide d'Etat illégalement octroyée aux opérateurs éoliens », *Actu-environnement.com*, 27 avr. 2016, consulté le 24 avr. 2017 [<https://www.actu-environnement.com/ae/news/deharbe-gandet-vent-colere-eolien-arrete-tarifaire-remboursement-interet-aides-etat-26688.php4>].
- DEMADE PELLORCE Justine, « 2016 : an 1 du “grand carénage” », *La Semaine*, 8 mars 2016, consulté le 2 mars 2017 [<http://www.lasemaine.fr/2016/03/03/2016--an-1-du-grand-carenage>].
- DEZEM Vanessa, QUIROGA Javiera, « Chile Has So Much Solar Energy It's Giving It Away for Free », *Bloomberg*, 2 juin 2016, consulté le 21 déc. 2016 [<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-06-01/chile-has-so-much-solar-energy-it-s-giving-it-away-for-free>].
- DUPIN Ludovic, « GDF Suez : les maux du gaz touchent aussi la France », *L'Usine Nouvelle*, 11 avr. 2013, consulté le 21 mars 2017 [<http://www.usinenouvelle.com/article/gdf-suez-les-maux-du-gaz-touchent-aussi-la-france.N195014>].
- EDF, « Trackers solaires : améliorer le rendement photovoltaïque », *L'énergie en questions*, 18 mars 2013, consulté le 29 nov. 2015 [<https://www.lenergieenquestions.fr/trackers-solaires-ameliorer-le-rendement-photovoltaique/>].
- _____ « Le grand carénage lancé à la centrale de Paluel », *L'énergie en questions*, 2 juin 2015, consulté le 2 mars 2017 [<https://www.lenergieenquestions.fr/le-grand-carenage-lance-a-la-centrale-de-paluel/>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- _____ « Comptes consolidés au 31 décembre 2016 », p. 49, consulté 25 mars 2017 [<https://www.edf.fr/sites/default/files/contrib/groupe-edf/espaces-dedies/espace-finance-fr/informations-financieres/informations-reglementees/resultats-annuels/2016/pdf/2016-comptes-consolides-20170214.pdf>].
- _____ « Conseil d'administration d'EDF du 6 avril 2017: Fessenheim », 6 avr. 2017, consulté le 3 juil. 2017 [<https://www.edf.fr/groupe-edf/espaces-dedies/journalistes/tous-les-communiques-de-presse/conseil-d-administration-d-edf-du-6-avril-2017-fessenheim>].
- _____ « Examen par le Conseil d'administration d'EDF du plan stratégique déclinant la première période de la Programmation Pluriannuelle de l'Energie (PPE) », 6 avr. 2017, consulté le 2 juil. 2017 [<https://www.edf.fr/groupe-edf/espaces-dedies/journalistes/tous-les-communiques-de-presse/examen-par-le-conseil-d-administration-d-edf-du-plan-strategique-declinant-la-premiere-periode-de-la-programmation-pluriannuelle-de-l-energie-ppe>].
- El periódico de la energía*, « La eólica fue la tecnología que produjo la electricidad más barata de España en 2015 », 4 jan. 2016 [<http://elperiodicodelaenergia.com/la-eolica-fue-la-tecnologia-que-produjo-la-electricidad-mas-barata-de-espana-en-2015/>].
- Enerdata*, « Denmark and Vattenfall sign agreement on 950 MW offshore wind projects », 27 déc. 2016, consulté le 6 jan. 2017 [http://www.enerdata.net/enerdatauk/press-and-publication/energy-news-001/denmark-and-vattenfall-sign-agreement-950-mw-offshore-wind-projects_39416.html].
- Epex Spot*, « Prix négatifs - Questions réponses », consulté le 9 mai 2017 [https://www.epexspot.com/fr/epex_spot_se/fondamentaux_du_marche_de_l_electricite/Prix_n%C3%A9gatifs].
- FABREGAT Sophie, « Adoption définitive du Grenelle 2 : le « monument législatif » ne parvient pas à faire consensus », *Actu-environnement.com*, 30 juin 2010, consulté le 23 nov. 2015 [www.actu-environnement.com/ae/news/grenelle-2-10586.php4].
- _____ « Comment les intercommunalités se répartissent les recettes fiscales liées aux parcs éoliens », *Actu-environnement.com*, 17 av. 2012, consulté le 2 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/fiscalite-eoliennes-recettes-collectivites-territoriales-communes-15462.php4>].
- _____ « Débat national sur l'énergie : les personnalités nommées pour encadrer les discussions ne font pas l'unanimité », *Actu-environnement.com*, 13 nov. 2012, consulté le 6 déc. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-energie-comite-pilotage-nucleaire-17008.php4>].
- _____ « Eolien : des schémas régionaux ambitieux mais irréalisables selon les industriels », *Actu-environnement.com*, 10 jan. 2013, consulté le 14 sept. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/schema-regional-eolien-sre-srcae-17489.php4>].
- _____ « Le débat national sur l'énergie, c'est maintenant ? », *Actu-environnement.com*, 24 jan. 2013, consulté le 21 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-transition-energie-enjeux-citoyens-17616.php4>].
- _____ « Loi Brottes : le secteur éolien soulagé », *Actu-environnement.com*, 12 mars 2013, consulté le 29 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/eolien-raccordements-offshore-loi-systeme-energetique-sobre-18028.php4>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- _____ « Transition énergétique : les territoires au cœur de la planification ? », *Actu-environnement.com*, 11 juil. 2013, consulté le 21 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-energie-decentralisation-regions-srcae-19006.php4>].
- _____ « Grand ouest : un projet éolien sur deux sauvé par la suppression du seuil des cinq mâts », *Actu-environnement.com*, 16 déc. 2013, consulté le 25 fév. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/eolien-simplification-administrative-seuil-5-mats-20242.php4>].
- _____ « Comprendre le débat national sur la transition énergétique », *Actu-environnement.com*, 26 avr. 2013, consulté le 30 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/infographie-debat-national-transition-energetique-18406.php4>].
- _____ « Le photovoltaïque en voie de gagner la bataille de la compétitivité, même en Europe », *Actu-environnement.com*, 15 oct. 2015, consulté le 8 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/photovoltaique-competitif-europe-parite-reseau-25472.php4>].
- _____ « Conférences environnementales : l'heure du bilan », *Actu-environnement.com*, 16 fév. 2016, consulté le 17 fév. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/bilan-feuille-route-environnementales-biodiversite-energie-transports-26243.php4>].
- _____ « Prolongation de la vie des parcs éoliens : un véritable flou juridique », *Actu-environnement.com*, 22 mars 2016, consulté le 24 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/prolongation-vie-parcs-eoliens-juridique-permis-construire-26454.php4>].
- _____ « Conférence environnementale : les acteurs sont partagés entre colère et attentes », *Actu-environnement.com*, 22 avr. 2016, consulté le 22 avr. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/conference-environnementale-acteurs-gouvernement-colere-attente-26659.php4>].
- _____ « Centrales photovoltaïques au sol : comment limiter les conflits d'usage », *Actu-environnement.com*, 13 avr. 2016, consulté le 21 avr. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/centrales-photovoltaiques-sol-conflits-usage-defrichage-agriculture-acceptabilite-26602.php4>].
- _____ « Photovoltaïque : quelle autoconsommation pour les particuliers ? », *Actu-environnement.com*, 17 mai 2016, consulté le 18 mai 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/photovoltaique-autoconsommation-particuliers-parite-reseau-produire-electricite-26796.php4>].
- _____ « Jupiter 1000 : stocker la production d'électricité renouvelable dans le réseau de gaz », *Actu-environnement.com*, 17 nov. 2016, consulté le 13 déc. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/stockage-electricite-hydrogene-methane-reseau-gaz-27885.php4>].
- _____ « Ventea : multiplier les solutions intelligentes pour faciliter l'insertion des énergies renouvelables », *Actu-environnement.com*, 18 nov. 2016, consulté le 13 déc. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/stockage-pilotage-electricite-eoliennes-smart-grid-27882.php4>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- _____ « Eolien offshore : ouverture des consultations pour un parc au large d'Oléron », *Actu-environnement.com*, 23 nov. 2016, consulté le 24 nov. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/eolien-offshore-pose-appel-offres-oleron-27933.php4#xtor=EPR-1>].
- Fédération Belge des Entreprises Electriques et Gazières, « Statistiques électricité - Production, consommation et capacités de production d'électricité en Belgique - Production d'électricité nette en Belgique pour l'année 2015 », *FEPEG*, consulté le 1^{er} mars 2017 [<https://www.febeg.be/fr/statistiques-electricite>].
- FEITZ Anne, « Les Etats-Unis sont devenus le premier producteur mondial de pétrole », *Les Echos*, 10 juin 2015, consulté le 28 déc. 2016 [http://www.lesechos.fr/10/06/2015/lesechos.fr/021126302298_les-etats-unis-sont-devenus-le-premier-producteur-mondial-de-petrole.htm#dvVrQEemlOVMQRfQ.99].
- _____ « Electricité : le gendarme de l'énergie juge trop faibles les tarifs des entreprises », *Les Echos*, 28 juil. 2015, consulté le 9 avr. 2016 [http://www.lesechos.fr/28/07/2015/lesechos.fr/021233039893_electricite---le-gendarme-de-l-energie-juge-trop-faibles-les-tarifs-des-entreprises.htm#puqfdCBeIJuVrLO.99].
- FIALKA John, « World's Largest Storage Battery Will Power Los Angeles », *Scientific American*, 7 juil. 2016, consulté le 27 mars 2017 [<https://www.scientificamerican.com/article/world-s-largest-storage-battery-will-power-los-angeles/>].
- FOUQUET Claude, « Energie : Royal confirme la suppression des aides à l'export pour les centrales à charbon », *Les Echos*, 10 sept. 2015, consulté le 29 nov. 2016 [http://www.lesechos.fr/10/09/2015/lesechos.fr/021317345747_energie---royal-confirme-la-suppression-des-aides-a-l-export-pour-les-centrales-a-charbon.htm].
- France énergie éolienne (FEE), Club Biogaz, ATEE, AFPG, Enerplan, FNB, Amorce, « Débat national sur la transition énergétique : Six acteurs du groupe de contact des entreprises réagissent à la synthèse », 24 avr. 2013, consulté le 21 nov. 2015 [http://atee.fr/sites/default/files/cp_groupe_contact_entreprise_grand_debat_24042013.pdf].
- France énergie éolienne (FEE), « Des objectifs ambitieux pour la France mais des mesures qui ne permettront pas de les atteindre », 4 mars 2015, consulté le 5 mars 2016 [<http://fee.asso.fr/actu/loi-de-transition-energetique-des-objectifs-ambitieux-pour-la-france-mais-des-mesures-qui-ne-permettront-pas-de-les-atteindre/>].
- _____ « Dossier de presse : performances de l'éolien 2015 et perspectives d'avenir », 21 jan. 2016 [<http://fee.asso.fr/actu/performances-de-leolien-en-2015-et-perspectives-davenir/>].
- Fraunhofer ISE, Energy Charts, « Net installed electricity generation capacity in Germany », 3 fév. 2017, consulté le 10 fév. 2017 [https://www.energy-charts.de/power_inst.htm].
- GABILLET Pauline, « Les entreprises locales de distribution : bras armés des collectivités pour leurs politiques énergétiques? », *Cler-infos*, n° 110 [http://www.cler.org/old/spip.php?page=article&id_article=13894].
- GARRIC Audrey, « Revue de presse : Grenelle 2 voté, adieu unanimité », *Le Monde*, 12 mai 2010, consulté le 9 mars 2016 [<http://ecologie.blog.lemonde.fr/2010/05/12/revue-de-presse-grenelle-2-vote-adieu-unaninite/>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- GARRIC Audrey, PARIENTE Jonathan, « Eolien terrestre : dix ans de batailles juridiques », *Le Monde*, 5 oct. 2012, consulté le 22 fév. 2016 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2012/10/05/eolien-terrestre-dix-ans-de-batailles-juridiques_1770716_3244.html#9qCIbFIeQWdyivDj.99].
- GAURON Roland *et al.*, “En direct: Manuel Valls nommé premier ministre par François Hollande”, *Le Figaro*, 1^{er} avr. 2014, consulté le 3 déc. 2015 [<http://elections.lefigaro.fr/municipales-2014/2014/03/30/01052-20140330LIVWWW00005-en-direct-suivez-les-resultats-du-second-tour-des-elections-municipales-2014.php>].
- GOSLING Melanie, « South Africa's First Climate Change Lawsuit: Government Ordered To Rethink Power Station Plan », *Huffingtonpost*, 9 mars 2017, consulté le 16 juin 2017 [http://www.huffingtonpost.co.za/2017/03/09/south-africas-first-climate-change-lawsuit-government-ordered_a_21877530/].
- GOSSEMENT Arnaud, « La transition énergétique entre révolution des objectifs et adaptation des moyens », *Actu-environnement.com*, 14 oct. 2014, consulté le 10 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/arnaud-gossement-chronique-projet-loi-transition-energetique-22977.php4>].
- GOSSEMENT Arnaud, NATAF Sarah, « Eoliennes : un nouveau droit », *Actu-environnement.com*, 25 août 2011, consulté le 2 juil. 2017 [<https://www.actu-environnement.com/ae/news/eoliennes-ICPE-13329.php4>].
- Greenpeace, « Greenpeace ne participera pas au débat sur l'énergie », *Reporterre*, 13 nov. 2012, consulté le 10 nov. 2015 [<http://www.reporterre.net/Greenpeace-ne-participera-pas-au-debat-sur-l-energie>].
- Groupe GEMIX, « Quel mix énergétique idéal pour la Belgique aux horizons 2020 et 2030 ? », 30 sept. 2009 [http://economie.fgov.be/fr/modules/publications/general/quel_mix_energetique_ideal_pour_la_belgique.jsp].
- GRUFFAZ Romain, « Éoliennes : ces mâts qui sèment la discorde dans l'Aveyron », *La Dépêche*, 6 mai 2016, consulté le 16 juin 2017, carte [<http://www.ladepeche.fr/article/2016/05/06/2339051-eoliennes-ces-mats-qui-sement-la-discorde-dans-l-aveyron.html>].
- GUEYE Laura, « Transition énergétique : première réunion du groupe de contact des entreprises », *Energystream*, 5 fév. 2013, consulté le 20 nov. 2015 [<http://www.energystream-solucom.fr/2013/02/transition-energetique-premiere-reunion-du-groupe-de-contact-des-entreprises-de-lenergie/>].
- HALIOUA Noémie, « Journées du patrimoine: 12 millions de visiteurs et une surprise », *Le Figaro*, 21 sept. 2015, consulté le 22 nov. 2015 [<http://www.lefigaro.fr/culture/2015/09/21/03004-20150921ARTFIG00059-journees-du-patrimoine-12-millions-de-visiteurs-et-une-surprise.php>].
- HERAUD Béatrice, « Un comité de pilotage contesté pour le débat national sur l'énergie », *Novethic*, 12 nov. 2012, consulté le 6 déc. 2015 [<http://www.novethic.fr/lapres-petrole/transition-energetique/isr-rse/un-comite-de-pilotage-conteste-pour-le-debat-national-sur-l-energie-138696.html>].
- _____ « Quelle implication citoyenne dans le débat sur la transition énergétique ? », *Novethic*, 4 fév. 2013, consulté le 3 déc. 2015 [<http://www.novethic.fr/lapres-petrole/transition-energetique/isr-rse/un-comite-de-pilotage-conteste-pour-le-debat-national-sur-l-energie-138696.html>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

petrole/transition-energetique/isr-rse/quelle-implication-citoyenne-dans-le-debat-sur-la-transition-energetique-139180.html].

HERAUD Béatrice, AMADO Antonin, « Arnaud Gossement : "La loi sur la transition énergétique va permettre un basculement culturel." », *Novethic*, 17 oct. 2014, consulté le 7 déc. 2015 [http://www.novethic.fr/lapres-petrole/transition-energetique/isr-rse/arnaud-gossement-la-loi-sur-la-transition-energetique-va-permettre-un-basculement-culturel-142839.html].

HEUILLARD Yves, « 100% d'électricité renouvelable en France, le rapport de l'ADEME fait le tour du monde », *Transition-energetique.org*, 30 avr. 2015, consulté le 29 août 2015 [http://www.transition-energetique.org/2015/04/100-d-electricite-renouvelable-en-france-le-rapport-de-l-ademe-fait-le-tour-du-monde.html]

HIAULT Richard, « Tribunaux d'arbitrage : l'Espagne condamnée à payer 128 millions d'euros d'indemnités », *Les Echos*, 5 mai 2017, consulté le 3 juil. 2017 [https://www.lesechos.fr/monde/europe/0212042798914-energie-lespagne-condamnee-a-payer-128-millions-deuros-dindemnites-2084867.php].

HIRTENSTEIN Anna, « Batteries Storing Power Seen as Big as Rooftop Solar in 12 Years », *Bloomberg*, 13 juin 2016, consulté le 27 mars 2017 [https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-06-13/batteries-storing-power-seen-as-big-as-rooftop-solar-in-12-years].

HUET Sylvestre « Fessenheim : fermer la centrale ou pas ? », *{Sciences²}*, 23 jan. 2017, consulté le 10 mars 2017 [http://huet.blog.lemonde.fr/2017/01/23/fessenheim-fermer-la-centrale-ou-pas/].

HUNT Tam, « Is an Energy Storage Tsunami About to Hit California? », *gtm*, 5 mai 2014, consulté le 27 mars 2017 [https://www.greentechmedia.com/articles/read/is-an-energy-storage-tsunami-about-to-wash-over-california].

IZARD Charlotte, « Climat et transition : de grandes Régions aux missions renouvelées », *CLER*, 16 déc. 2015, consulté le 17 fév. 2016 [https://cler.org/wp-content/uploads/2017/01/cler-infos-109.pdf].

JACOB Antoine, « Le nucléaire a encore un avenir en Suède », *Les Echos*, 13 juin 2016, consulté le 8 mars 2017 [https://www.lesechos.fr/13/06/2016/LesEchos/22211-080-ECH_le-nucleaire-a-encore-un-avenir-en-suede.htm].

JAGLIN Maxime, « Le mot transition est un terme imprécis et insuffisant », *Libération*, 26 août 2014, consulté le 22 juin 2017 [http://www.liberation.fr/france/2014/08/26/le-mot-transition-est-un-terme-imprecis-et-insuffisant_1087459].

KREMPP Guillaume, « La filière du chauffage au bois pourrait profiter des tensions sur le réseau électrique », *Actu-environnement.com*, 15 nov. 2016, consulté le 13 déc. 2016 [http://www.actu-environnement.com/ae/news/rte-tension-reseau-electrique-chauffage-bois-27867.php4].

L'Obs, « Hollande renvoie Batho après ses propos sur le budget », 2 juil. 2013, consulté le 3 déc. 2015 [http://tempsreel.nouvelobs.com/politique/20130702.OBS6119/video-budget-2014-la-fronde-de-delphine-batho.html].

La Dépêche, « Carton quasi plein pour le Grenelle 1 adopté définitivement au Parlement », 23 juil. 2009, consulté le 9 mars 2016 [http://www.ladepeche.fr/article/2009/07/23/643681-carton-quasi-plein-grenelle-1-adopte-definitivement-parlement.html].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

La Gazette des Communes, « Fin du Débat national sur la transition énergétique : tout ça pour ça ? », 19 juil. 2013, consulté le 23 mars 2014 [<http://www.lagazettedescommunes.com/180307/fin-du-debat-national-sur-la-transition-energetique-tout-ca-pour-ca/>].

LAPERCHE Dorothee, « Transition énergétique : la composition du comité de suivi de la loi validée », *Actu-environnement.com*, 14 jan. 2016, consulté le 18 jan. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/loi-transition-energetique-composition-comite-suivi-26041.php4>].

_____ « Greenlys : une boîte à outils pour un réseau intelligent », *Actu-environnement.com*, 2 mai 2016, consulté le 3 mai 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/greenlys-boite-outils-pour-reseau-intelligent-26727.php4>].

LAURENT Patricia, « EMR : analyse du décret sur la cour administrative d'appel unique (A. Gossement) », *GreenUnivers*, 11 jan. 2016, consulté le 7 jan. 2017 [<http://www.greenunivers.com/2016/01/eolien-en-mer-analyse-du-decret-sur-la-cour-administrative-unique-a-gossement-137918/>].

_____ « Autoconsommation d'électricité : la loi du 24 février 2017 complète le cadre juridique [Avis d'expert] », *GreenUnivers*, 27 fév. 2017, consulté le 23 mars 2017 [<https://www.greenunivers.com/2017/02/autoconsommation-delectricite-la-loi-du-24-fevrier-2017-complete-le-cadre-juridique-avis-dexpert-158308/>].

LE BILLON Véronique, « Transition énergétique : le coup de force du Medef », *Les Echos*, 20 juin 2013, consulté le 19 nov. 2015 [http://www.lesechos.fr/20/06/2013/lesechos.fr/0202843430081_transition-energetique---le-coup-de-force-du-medef.htm#].

_____ « Electricité : la baisse des prix de marché fait souffrir EDF », *Les Echos*, 6 déc. 2015, consulté le 1^{er} jan. 2017 [http://www.lesechos.fr/06/12/2015/lesechos.fr/021536863795_electricite---la-baisse-des-prix-de-marche-fait-souffrir-edf.htm#K0SE5bsc9HfX7VTV.99].

_____ « Fessenheim : les conditions de la fermeture sont réunies », *Les Echos*, 24 mars 2017, consulté le 3 juil. 2017 [https://www.lesechos.fr/24/03/2017/lesechos.fr/0211910295937_fessenheim---les-conditions-de-la-fermeture-sont-reunies.htm].

Le Figaro, « Hollande annonce "un choc de simplification" administrative », 28 mars 2013, consulté le 18 fév. 2016, [<http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2013/03/28/97001-20130328FILWWW00740-hollande-annonce-un-choc-de-simplification-administrative.php>]

LE GOFF Samuel, « Projet de loi transition énergétique : le récit de la CMP et la suite des événements », *Contexte*, 10 mars 2015, consulté le 10 mars 2016 [https://www.contexte.com/article/energie/projet-de-loi-transition-energetique-le-recit-de-la-cmp-et-la-suite-des-evenements_27768.html].

LE HIR Pierre, « La loi sur la transition énergétique définitivement adoptée au Parlement », *Le Monde*, 22 juil. 2015, consulté le 11 nov. 2015 [http://www.lemonde.fr/energies/article/2015/07/22/vote-final-pour-la-loi-de-transition-energetique_4693996_1653054.html#ZoycAozoa5A1guTl.99].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- Le Monde*, « Ecologie : François Hollande s'engage à ouvrir une "conférence environnementale" », 28 janv. 2012, consulté le 17 nov. 2015 [http://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2012/article/2012/01/28/ecologie-francois-hollande-s-engage-a-ouvrir-une-conference-environnementale_1636011_1471069.html#GEgdpQWwzR6xxdKZ.99].
- _____ « Débat sur l'énergie : six sages, un "parlement", des comités... », 29 nov. 2012, consulté le 02 déc. 2015 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2012/11/29/debat-sur-l-energie-six-sages-un-parlement-des-comites_1797953_3244.html#db3XCgGrcxXiZLuh.99].
- _____ « Transition énergétique : Hollande détaille sa vision et veut accélérer », 20 sept. 2013, consulté le 4 mars 2016 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2013/09/20/hollande-detaille-sa-vision-de-la-transition-energetique_3481711_3244.html#SISSwBha5wkzSH0T.99].
- _____ « Le Sénat adopte une loi de transition énergétique renucléarisée », 3 mars 2015, consulté le 3 mars 2016 [<https://www.zotero.org/rmgwind/items/itemKey/F8VWSUB6>].
- _____ « La fuite de gaz en Californie est sous contrôle », 12 fév. 2016, consulté le 27 mars 2017 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2016/02/12/la-fuite-de-gaz-en-californie-est-sous-contrôle_4863982_3244.html].
- Les Amis de la terre, « Les Amis de la terre se retirent du « débat sur la transition énergétique » », *Reporterre*, 20 nov. 2012, consulté le 10 nov. 2015 [<http://www.reporterre.net/Les-Amis-de-la-terre-se-retirent>].
- Les Echos*, « Les grandes lignes de la loi de transition énergétique », 22 juil. 2015, consulté le 11 nov. 2015 [<http://www.lesechos.fr/industrie-services/energie-environnement/0203835212884-une-loi-pour-la-transition-energetique-1050492.php#>].
- Lui Président, « Les 60 engagements présidentiels de François Hollande », 2012, p. 28, consulté le 9 nov. 2015 [<http://fr.scribd.com/doc/93200567/Les-60-engagements-presidentiels-de-Francois-Hollande>].
- MAGNIN Blaise, MALER Henri, « Flambée de faits divers dans les JT depuis dix ans », *Acrimed*, 14 oct. 2013, consulté le 3 déc. 2015 [<http://www.acrimed.org/Flambee-de-faits-divers-dans-les-JT-depuis-dix-ans>].
- MARCANGELO-LEOS Philie, « Expérimentations de l'autorisation unique et du certificat de projet : premier bilan avant généralisation », *Journal des Communes*, 8 fév. 2016, consulté le 9 fév. 2016 [<http://www.journal-des-communes.fr/actualites/6579/>].
- _____ « Fermeture de Fessenheim : entre effet d'annonce et ovni juridique », *Journal des Communes*, 12 avr. 2017, consulté le 13 avr. 2017 [<http://www.journal-des-communes.fr/actualites/7633/Nucleaire>].
- MARIN Louis, « Eoliennes : la grande dépression des promoteurs », *Economie-matin*, 16 oct. 2013, consulté le 16 nov. 2015 [<http://www.economiamatin.fr/news-eoliennes-nuisances-enquete-parlementaire>].
- MARX Eric, « Offshore wind: a revolution is on the horizon », *Energypost*, 15 août 2016, consulté le 6 jan. 2017 [<http://energypost.eu/offshore-wind-revolution-horizon/>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- MAZUIR Valérie, « Après la création de métropoles et l'adoption d'une nouvelle carte de France à 13 régions, le Parlement a adopté le dernier volet de la réforme territoriale : la refonte des compétences des régions et des départements », *Les Echos*, 17 juil. 2015, consulté le 16 fév. 2016 [<http://www.lesechos.fr/politique-societe/dossiers/0203494013949-la-reforme-territoriale-670584.php?5W4RmC4dkQms5ay8.99>].
- MERCIER Anne-Sophie, « Les dessous de l'éviction de Nicole Bricq du ministère de l'écologie », *Le Monde*, 26 juin 2012, consulté le 3 déc. 2015 [http://www.lemonde.fr/politique/article/2012/06/26/les-dessous-de-l-eviction-de-nicole-bricq-du-ministere-de-l-ecologie_1724497_823448.html#cxJq57jsLvJFzHsT.99].
- MERIC Solène, « Territoires à Energie Positive en Aquitaine : la démarche est lancée », 18 sept. 2012, consulté le 7 mai 2016 [<http://www.territoires-energie-positive.fr/actualites/territoires-a-energie-positive-en-aquitaine-la-demarche-est-lancee>].
- MEYNARD Jean-Marc, « Pourquoi certains progrès subissent un verrouillage technologique », *Agrapresse.fr*, 20 mai 2013, consulté le 1^{er} mars 2017 [<http://www.agrapresse.fr/pourquoi-certains-progr-s-subissent-un-verrouillage-technologique-art357099-30.html>].
- MICHEL Anne, « Les profits juteux des banques françaises dans les paradis fiscaux », *Le Monde*, 16 mars 2016, consulté le 24 mars 2016 [http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/03/16/les-profits-juteux-des-banques-francaises-dans-les-paradis-fiscaux_4883928_3234.html#heIrpHPuuKLBjYQT.99].
- MOLGA Paul, « Comment la centrale à bois de Gardanne a éteint l'incendie allumé par les opposants », *Les Echos*, 27 mai 2016, consulté le 5 jan. 2017 [<http://www.lesechos.fr/thema/021973108373-comment-la-centrale-a-bois-de-gardanne-a-eteint-lincendie-allume-par-les-opposants-2001881.php#fZ4UTUGR14Vp8gfb.99>].
- MONNAT Lucie, « Les exploitants d'usines nucléaires n'en veulent de nouvelles », *Tribune de Genève*, 13 oct. 2016, consulté le 1^{er} mars 2017 [<http://www.tdg.ch/suisse/exploitants-usines-nucleaires-nen-veulent-nouvelles/story/30203150>].
- MORAGUES Manuel, « La bataille de l'effacement fait rage », *Usine Nouvelle*, 3 avr. 2014, consulté le 21 mars 2017 [<http://www.usinenouvelle.com/article/la-bataille-de-l-effacement-fait-rage.N252229>].
- MORRIS Craig, JUNGJOHANN Arne, « France's new energy transition law », *Renewables International*, 23 juil. 2015, consulté le 3 mars 2016 [<http://www.renewablesinternational.net/frances-new-energy-transition-law/150/537/89022/>].
- NégaWatt, « Scénario négaWatt 2017 - 2050 », Dossier de synthèse, p. 4 [https://negawatt.org/IMG/pdf/synthese_scenario-negawatt_2017-2050.pdf].
- NELSEN Arthur, « Denmark broke world record for wind power in 2015 », *The Guardian*, 18 jan. 2016, consulté le 8 mars 2016 [<http://www.theguardian.com/environment/2016/jan/18/denmark-broke-world-record-for-wind-power-in-2015>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- NODE-LANGLOIS Fabrice, « Le débat sur la transition énergétique est lancé », *Le Figaro*, 28 nov. 2012, consulté le 02 déc. 2015 [<http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2012/11/28/20002-20121128ARTFIG00367-le-debat-sur-la-transition-energetique-est-lance.php>].
- NOISETTE Thierry, « Delphine Batho: « La conférence environnementale doit être un point de départ », *Smart Planet*, 16 juil. 2012, consulté le 11 nov. 2015 [<http://www.smartplanet.fr/smart-people/delphine-batho-la-conference-environnementale-doit-etre-un-point-de-depart-15642/>].
- Office franco-allemand pour la transition énergétique (OFATE), « Synthèse de la conférence "Financement des parcs éoliens dans le contexte des nouveaux mécanismes de soutien" », conférence du 20 sept. 2016, synthèse de déc. 2016, p. 14 [http://enr-ee.com/files/ofaenr/02-conferences/2016/160920_conference_financement_des_parcs_eoliens/Presentations/Synthese_Conference_OFATE_financement_des_parcs_eolien_160920.pdf].
- ORTEGA Olivier, « L'énergie et les nouvelles compétences locales », *Les Echos*, 24 juin 2014, consulté le 15 avr. 2016 [<http://www.lesechos.fr/pme-regions/actualite-des-marches-publics/021143514494-lenergie-et-les-nouvelles-competences-locales-1131166.php?H2BosrU31v32Ryfj.99>].
- PIALOT Dominique, « Le charbon, un investissement de plus en plus... risqué », *La Tribune*, 25 avr. 2015, consulté le 29 nov. 2016 [<http://www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/energie-environnement/le-charbon-un-investissement-de-plus-en-plus-risque-471500.html>].
- POIRIER Anne-Claire, « [Avis d'expert] Que dit l'ordonnance autoconsommation ? », *GreenUnivers*, 28 juil. 2016, consulté le 23 mars 2017 [<https://www.greenunivers.com/2016/07/avis-dexpert-que-dit-lordonnance-autoconsommation-149157/>].
- _____ « Solaire : Ségolène Royal annonce des résultats et lance un nouvel AO autoconsommation », *GreenUnivers*, 9 mars 2017, consulté le 25 mars 2017 [<https://www.greenunivers.com/2017/03/solaire-segolene-royal-annonce-des-resultats-et-lance-un-nouvel-ao-autoconsommation-158992/>].
- POUCHARD Alexandre, « Bonus-malus sur les tarifs de l'énergie : que prévoit la loi ? », *Le Monde*, 12 mars 2013, consulté le 29 fév. 2016 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2013/03/12/bonus-malus-sur-les-tarifs-de-l-energie-que-prevoit-la-loi_1846621_3244.html#LyBf12UVe2q1WdGl.99].
- POUPEAU François-Mathieu, « Péréquation tarifaire de l'électricité : un mythe français à mettre en débat », *Cler-infos*, n° 110, 2016
- PV Magazine, « Breaking: World record low price entered for solar plant in Abu Dhabi », 19 sept. 2016, consulté le 21 déc. 2016 [https://www.pv-magazine.com/2016/09/19/breaking-world-record-low-price-entered-for-solar-plant-in-abu-dhabi_100026145/#ixzz4KhtPrL8x].
- RADISSON Laurent, « Energie : la proposition de loi Brottes est mal partie », *Actu-environnement.com*, 26 oct. 2012, consulté le 25 fév. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/energie-proposition-loi-Brottes-tarification-progressive-eolien-irrecevabilite-motion-16907.php4>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- _____ « Débat national sur la transition énergétique : comment ça marche ? », *Actu-environnement.com*, 8 fév. 2013, consulté le 30 nov. 2015 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-national-transition-energetique-organisation-circulaire-17751.php4>].
- _____ « Autorisation unique ICPE : les textes attaqués devant le Conseil d'Etat », *Actu-environnement.com*, 23 mai 2014, consulté le 23 fév. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/autorisation-unique-ICPE-eolien-methanisation-recours-Conseil-Etat-21732.php4>].
- _____ « Loi de transition énergétique : la commission spéciale de l'Assemblée est constituée », *Actu-environnement.com*, 3 sept. 2014, consulté le 9 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/loi-transition-energetique-commission-speciale-assemblee-nationale-22577.php4>].
- _____ « Cogénération : les nouvelles conditions d'attribution de la prime de disponibilité », *Actu-environnement.com*, 15 juil. 2015, consulté le 19 fév. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/cogeneration-attribution-prime-disponibilite-12mw-24967.php4>].
- _____ « Loi de finances pour 2016 : ce qui a été voté en matière d'environnement », *Actu-environnement.com*, 18 déc. 2015, consulté le 12 jan. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/loi-finances-2016-PLF2016-CITE-eco-PTZ-methanisation-TGAP-eoliennes-amiante-nucleaire-25911.php4>].
- _____ « La loi de finances rectificative pour 2015 amorce une réforme de la fiscalité énergétique », *Actu-environnement.com*, 22 déc. 2015, consulté le 12 jan. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/loi-finance-rectificative-2015-reforme-fiscalite-energetique-tgap-indemnite-velo-25923.php4>].
- _____ « Quatre cents territoires à énergie positive bénéficient d'un soutien de l'Etat », *Actu-environnement.com*, 6 avr. 2016, consulté le 7 avr. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/TEPCV-Tepos-territoires-energie-positive-soutien-Etat-26553.php4#xtor=EPR-52>].
- _____ « Ségolène Royal déleste la programmation pluriannuelle de l'énergie de sa partie nucléaire », *Actu-environnement.com*, 6 avr. 2016, consulté le 7 avr. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/PPE-programmation-pluriannuelle-energie-nucleaire-EnR-projet-decret-concertation-CSE-26552.php4#>].
- _____ « Un premier bilan mitigé des expérimentations d'autorisation unique et de certificat de projet », *Actu-environnement.com*, 1^{er} fév. 2016, consulté le 5 fév. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/premier-bilan-mitige-experimentations-autorisation-unique-certificat-projet-26153.php4>].
- REGNIER Yannick, « Qu'est-ce qu'un territoire à énergie positive? », paragraphe « Objectif », 20 mai 2013, consulté le 7 mai 2016 [<http://www.territoires-energie-positive.fr/presentation/qu-est-ce-qu-un-territoire-a-energie-positive>].
- ROUSSEL Florence, « Grenelle 1 : le texte est adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale », *Actu-environnement.com*, 19 juin 2009, consulté le 9 mars 2016 [http://www.actu-environnement.com/ae/news/adoption_grenelle1_assemblee_nationale_7647.php4].
- _____ « Transition énergétique : la méthodologie incertaine du débat réactive les dissensions », *Actu-environnement.com*, 21 juin 2013, consulté le 19 nov. 2015

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

[<http://www.actu-environnement.com/ae/news/debat-transition-energetique-methode-dissensions-18834.php4>].

- _____ « Gouvernance environnementale : ce qui change avec la loi Notre », *Actu-environnement.com*, 23 juil. 2015, consulté le 16 fév. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/adoption-loi-notre-dechet-eau-collectivite-25028.php4>].
- _____ « La filière éolienne "reprend espoir" », *Actu-environnement.com*, 5 oct. 2012, consulté le 25 fév. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/vote-assemblee-modification-eolien-mets-zde-16737.php4>].
- _____ « ENR : le complément de rémunération permettra de gagner plus que le tarif d'achat actuel », *Actu-environnement.com*, 18 mars 2016, consulté le 20 mars 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/laurent-froissart-centrales-next-energies-renouvelables-complement-remuneration-26435.php4>].
- _____ « Mise à disposition des données énergétiques : les textes sont en consultation », *Actu-environnement.com*, 22 avr. 2016, consulté le 25 avr. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/consultation-decret-donnees-energie-collectivite-26663.php4>].
- _____ « Eolien en mer : les recours contre les parcs s'enchaînent », *Actu-environnement.com*, 20 oct. 2016, consulté le 7 jan. 2017 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/recours-pars-eoliens-courseulles-normandie-27725.php4>].
- _____ « Vers une facilitation du repowering éolien », *Actu-environnement.com*, 24 oct. 2016, consulté le 25 oct. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/mesures-simplification-eolien-balisage-repowering-27741.php4>].
- _____ « Fermeture de Fessenheim : toutes les conditions sont remplies », *Actu-environnement.com*, 27 mars 2017, consulté le 28 mars 2017 [<https://www.actu-environnement.com/ae/news/fermeture-fessenheim-conditions-remplies-28712.php4#xtor=EPR-1>].
- ROUX Fanny, « Transition énergétique : Ségolène Royal s'en remet aux territoires », *Contexte*, 20 jan. 2016, consulté le 12 mars 2016 [https://www.contexte.com/article/transports-publics/transition-energetique-segolene-royal-sen-remet-aux-territoires_47877.html].
- ROUX-GOEKEN Victor, « Énergies renouvelables : face au marché, les collectivités devront s'organiser », *Contexte*, 21 sept. 2015, consulté le 12 mars 2016 [https://www.contexte.com/article/energie-renouvelable/energies-renouvelables-face-au-marche-les-collectivites-devront-sorganiser_30316.html].
- SAVIN Patricia, « Loi de transition énergétique : quel impact sur les industries ? », 28 oct. 2015, consulté le 30 oct. 2015 [<http://environnement.efe.fr/2015/10/28/loi-de-transition-energetique-quel-impact-sur-les-industries/>].
- SCHORPP Julian, « Transition énergétique : boucler la PPE en quelques mois s'annonce difficile », *Contexte*, 11 mars 2015, consulté le 12 mars 2016 [https://www.contexte.com/article/energie/transition-energetique-le-baclage-de-la-ppe-en-quelques-mois-face-a-des-difficultes_27779.html].
- _____ « Sécurité d'approvisionnement électrique : la coopération franco-allemande dans les limbes », *Contexte*, 27 mai 2015, consulté le 12 mars 2016

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

[https://www.contexte.com/article/marche-de-capacite/securite-d-approvisionnement-electrique-la-cooperation-franco-allemande-dans-les-limbes_28750.html].

- _____ « PPE : les parties prenantes toujours en attente des arbitrages du gouvernement », *Contexte*, 24 juin 2015, consulté le 12 mars 2016 [https://www.contexte.com/article/energie/ppe-les-parties-prenantes-toujours-en-attente-des-arbitrages-du-gouvernement_29320.html].
- _____ « Le nucléaire reste compétitif, selon l'AIE », *Contexte*, 31 août 2015, consulté le 12 mars 2016 [https://www.contexte.com/article/energie/le-nucleaire-reste-competitif-selon-laie_29982.html].
- _____ « La PPE, heure de vérité pour la transition énergétique ? », *Contexte*, 4 juin 2015, consulté le 12 mars 2016 [https://www.contexte.com/article/programmation-pluriannuelle-de-lenergie-ppe/la-ppe-heure-de-verite-pour-la-transition-energetique_28920.html].
- _____ « Renouvelables : la France se bat pour éviter une amende en 2021 », *Contexte*, 13 avr. 2017, consulté le 2 mai 2017 [https://www.contexte.com/article/energie/renouvelables-la-france-veut-eviter-une-amende-en-2021_68755.html].
- SHUMKOV Ivan, « Shell-led group wins Dutch offshore wind tender with EUR 54.50/MWh bid », *Renewables.seenews*, 13 déc. 2016, consulté le 6 jan. 2017 [<http://renewables.seenews.com/news/shell-led-group-wins-dutch-offshore-wind-tender-with-eur-54-50-mwh-bid-550358>].
- SIMON Brett, « The Growing Opportunity for Residential Energy Storage in the US », *gtm*, 9 juin 2016, consulté le 27 mars 2017 [<https://www.greentechmedia.com/articles/read/The-Growing-Opportunity-for-Residential-Energy-Storage-in-the-US>].
- SIMON Marie, « Le Sénat (re)bascule à droite... et après? », *L'Express*, 29 sept. 2014, consulté le 10 mars 2016 [http://www.lexpress.fr/actualite/politique/le-senat-re-basculer-a-droite-et-apres_1579620.html].
- SINAIÏ Agnès, « EDF obtient le report des contrôles du réacteur 2 de Tricastin en raison de la vague de froid », *Actu-environnement.com*, 16 jan. 2017, consulté le 17 jan. 2017 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/asn-report-controles-tricastin-28273.php4#xtor=EPR-1>].
- SOLEYMIEUX Loïc, « EPR de Flamanville : de plus en plus en retard, de plus en plus coûteux », *Le Monde*, 21 avril 2015, consulté le 29 nov. 2015 [http://www.lemonde.fr/planete/article/2015/04/21/epr-de-flamanville-de-plus-en-plus-en-retard-de-plus-en-plus-couteux_4618984_3244.html].
- Swissinfo.ch*, « La Suisse pourrait sortir du nucléaire d'ici 2034 », 25 mai 2011, consulté le 1^{er} mars 2017 [<http://www.swissinfo.ch/fre/la-suisse-pourrait-sortir-du-nucl%C3%A9aire-d-ici-2034/30316296>].
- TARBE Catherine, « Projet de loi de programmation sur la transition énergétique », *Mediapart*, 7 mai 2014, consulté le 19 nov. 2015 [<http://blogs.mediapart.fr/edition/transition-energetique/article/070514/projet-de-loi-de-programmation-sur-la-transition-energetique>].
- The Local*, « Denmark to suck all oil out of the North Sea », 13 fév. 2015, consulté le 8 mars 2016 [<http://www.thelocal.dk/20150213/denmark-suck-oil-out-of-the-north-sea>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- TRONCHE Sébastien, « Le gouvernement mis en garde contre une utilisation excessive de la procédure accélérée », *Lelab.Europe1*, 31 oct. 2012, consulté le 29 fév. 2016 [<http://lelab.europe1.fr/le-gouvernement-mis-en-garde-contre-une-utilisation-excessive-de-la-procedure-acceleree-5518>].
- TRUC Olivier, « La Suède lève son moratoire sur la construction de centrales nucléaires », *Le Monde*, 6 juin 2009, consulté le 1^{er} mars 2017 [http://www.lemonde.fr/europe/article/2009/02/06/la-suede-leve-son-moratoire-sur-la-construction-de-centrales-nucleaires_1151702_3214.html].
- UFE, « Loi Transition Énergétique et Croissance Verte : L'UFE salue un texte ambitieux mais reste dubitative sur les capacités de sa mise en œuvre », 23 juil. 2015, consulté le 11 nov. 2015 [<http://ufe-electricite.fr/presse/communiques-de-presse/article/loi-transition-energetique-et>]
- URVOAS Jean-Jacques, « Une "législation de chef de bureau" », 2 sept. 2014, consulté le 10 mars 2016 [<http://www.urvoas.bzh/2014/09/02/une-legislation-de-chef-de-bureau/>].
- US Department of Energy, « Potential Wind Capacity », 29 juil. 2016, consulté le 23 déc. 2016 [http://apps2.eere.energy.gov/wind/windexchange/windmaps/resource_potential.asp].
- VAN RENSSSEN Sonja, « Jean-Paul Chabard, Scientific Director at EDF's R&D: "Electrical storage is the grail for an electricity producer" », *Energypost*, 8 sept. 2016, consulté le 28 fév. 2017 [<http://energypost.eu/jean-paul-chabard-scientific-director-edfs-rd-electrical-storage-grail-electricity-producer-like-edf/>].
- VENNIN Ariane, « EDF EN et ERDF ont antidaté des documents pour échapper au moratoire », *Actu-environnement.com*, 2 fév. 2011, consulté le 8 avr. 2016 [<http://www.actu-environnement.com/ae/news/ariane-vennin-fraude-edfen-erdf-antidate-11881.php4>].
- VORMUS Joël, « ERDF : le service public au secours de capitaux privés », *Cler-infos*, n° 110 [<https://cler.org/decentralisation-vers-un-nouveau-paysage-energetique/>].
- WEHRMANN Benjamin, « Germany's constitutional court backs speedy nuclear exit », *Cleanenergywire.com*, 6 déc. 2016, consulté le 11 mars 2017 [<https://www.cleanenergywire.org/news/germanys-constitutional-court-backs-speedy-nuclear-exit>].
- WESOFF Eric « Slideshow: 'The State of Solar' From GTM's Solar Summit », *Ggtm*, 19 mai 2016, consulté le 10 fév. 2017 [<https://www.greentechmedia.com/articles/read/Slide-Show-The-State-of-Solar-From-GTMs-Research-Summit>].
- WIELS Jason, « Transition énergétique: l'impossible synthèse? », *Le Point*, 18 juil. 2013, consulté le 10 nov. 2015 [http://www.lepoint.fr/economie/transition-energetique-l-impossible-synthese-18-07-2013-1705914_28.php].
- WITZ Gaïa, « Acheteur de dernier recours : le mécanisme assurantiel toujours attendu [Avis d'expert] », *GreenUnivers*, 5 avr. 2017 [<https://www.greenunivers.com/2017/04/acheteur-de-dernier-recours-le-mecanisme-assurantiel-toujours-attendu-avis-dexpert-160660/>].
- World Nuclear Association, « Nuclear Power in South Africa », World Nuclear Association, juin 2017, consulté le 27 juin 2017 [<http://www.world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-o-s/south-africa.aspx>].

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

ZHA Weixin, PARKIN Brian, ANDRESEN Tino, « Germany's Next Nuclear Headache Is Over Cash or Reactor Life », *Bloomberg*, 13 déc. 2016, consulté le 9 mars 2017 [<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-12-13/germany-s-next-nuclear-headache-is-over-cash-or-extending-lives>].

ZHU Ling, "Quand la nourriture et l'énergie sont en concurrence", *Chronique ONU*, vol. XLV n° 2 & 3, avr. 2008 [<https://unchronicle.un.org/fr/article/quand-la-nourriture-et-l-nergie-sont-en-concurrence>].

3.1 Vidéos

Général de Gaulle, Orange, 25 sept. 1963, *Ina*, [<http://www.ina.fr/video/I00012370>]

Général de Gaulle, « Allocution du 8 mai 1961 », *Ina*, consulté le 27 sept. 2016 [<http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaulle00072/allocution-du-8-mai-1961.html>]

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

**TABLE CHRONOLOGIQUE
DES DECISIONS, ARRETS, JUGEMENTS ET AVIS CITES**

I) Juridictions communautaires et européennes

1. CJCE & CJUE

- CJCE, 2 juil. 1974, *Italie c/ Commission*, aff. C 173/73
CJCE, 22 mars 1977, *Steinike et Weinlig*, aff. 78/76
CJCE, 24 janv. 1978, *Van Tiggele*, aff. 82/77
CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77
CJCE, 15 mars 1994, *Banco Exterior de España*, aff. C 387/92
CJCE, 2 mars 1997, *Steinike c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C 78/79
CJCE, 19 mai 1999, *Italie/Commission*, aff. C 6/97
CJCE, 9 mars 2000, *Evangelischer Krankenhausverein Wien et Wein et Co. HandelsgesmbH*, aff. C 437/97
CJCE 16 mai 2000, *France/Ladbroke Racing et Commission*, aff. C 83/98
CJCE, 13 mars 2001, aff. C-379/98, *PreussenElektra c/ Schleswig*
CJCE, 16 mai 2002, *France/Commission*, aff. C 482/1999
CJCE, 14 nov. 2002, *Commission des Communautés européennes c/ Irlande*, aff. C-316/00
CJCE, 30 mai 2003, *Doux Élevage et Coopérative agricole UKL-ARREE*, aff. C 677/11
CJCE, 21 oct. 2003, *Van Calster*, aff. C 261/01
CJCE, 13 janv. 2005, *Streekgewest Westelijk*, aff. C 174/02
CJCE, 12 févr. 2008, *CELF*, aff. C 199/06
CJCE, 22 mai 2008, *Citiworks AG*, aff. C-439/06
CJUE, 17 juill. 2008, *Essent Network Noord e.a*, aff. C 206/06
CJCE, 18 déc. 2008, *Wienstrom*, aff. C 384/07
CJCE, gr. ch., 22 déc. 2008, aff. C 333/07
CJUE, 5 juin 2012, *Commission européenne c/ EDF*, aff. C 124/10 P
CJUE, 19 déc. 2013, *Association Vent de Colère ! Fédération nationale c/ Min. de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement*, aff. C 262/12, § 16
CJUE 27 février 2014, *Transportes Jordi Besora SL*, aff. C 82/12 ; CJUE
CJUE, gr. ch., 1er juill. 2014, aff. C-573/12, *Ålands Vindkraft AB c/ Annergimyndigheten*
CJUE, 5 mars 2015, *Tallinna Ettevõtlusamet*, aff. C 553/13

2. CEDH

- CEDH, 9 avril 2015, *Tchokontio Happi c. France*, n° 65829/12

II) Juridictions nationales

1. Conseil Constitutionnel

- CC, 25 jan. 1985, déc. n° 85-187 DC, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*
- CC, 16 décembre 1999, déc. n° 99-421 DC
- CC, 7 juillet 2005, déc. n° 2005-516 DC
- CC, 29 déc. 2005, déc. n° 2005-530 DC, *Loi de finances pour 2006*
- CC, 19 jan. 2006, déc. n° 2005-532 DC, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*
- CC, 19 juin 2008, déc. n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*
- CC, 28 décembre 2010, déc. n° 2010-622 DC
- CC, 11 avr. 2013, déc. n° 2013-666 DC, *Loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes*
- CC, 7 mai 2014, déc. n° 2014-394 QPC, *Société Casuca*
- CC, 7 mai 2014, déc. n° 2014-395 QPC, *Fédération environnement durable et autres*
- CC, 18 juil. 2014, déc. n° 2014-410 QPC
- CC, 8 oct. 2014, déc. n° 2014-419 QPC, *Sté Praxair SAS*
- CC, 29 mai 2015, déc. n° 2015-470 QPC, *Société SAUR SA*
- CC, 13 août 2015, déc. n° 2015-718 DC, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*

2. Tribunal des conflits

- TC, 10 juillet 1956, *Sté Bourgogne-Bois*
- TC 17 oct. 2011, *SCEA du Chéneau c/ Inaporc, M. Cherel e.a.*, n° C382863829

3. Conseil d'Etat

- CE, 29 mars 1901, *Casanova*, n° 94580
- CE, 10 jan. 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, n° 94624
- CE, 7 août 1909, *Winkell*, n° 373317
- CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, n° 06781
- CE, Ass., 14 jan. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, n° 51704
- CE, 25 juin 1948, *Société du journal "L'Aurore"*, n° 94511
- CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, n° 01645
- CE, 26 fév. 1958, *Bouchereau*, n° 39444

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

CE, Sect., 13 juin 1958, *Confédération française des travailleurs chrétiens*
CE, Sect., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, n° 57435
CE, Ass., 28 fév. 1975, n° 86464
CE, 20 décembre 1985, *S.A. Etablissements Outters*, n° 31927
CE, Ass., 3 fév. 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74052
CE, 1^{er} mars 2000, *Cne de Morestel*, n° 192790
CE, Sect., 18 déc. 2002, *Mme Duvignères*, n° 233618
CE, 21 mai 2003, *UNIDEN*, n° 237466
CE, 18 juin 2003, *Société Tiscali Télécom*, n° 250608
CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886
CE, 13 mars 2006, *Eurodif*, n° 263433
CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats du barreau de Paris*, n° 275531
CE, 6 août 2008, *Association Vent de colère*, n° 297723
CE, Ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931
CE, 5 juill. 2010, *Syndicat national des agences de voyages*, n° 308564
CE, 27 av. 2011, n° 309709
CE, 27 avr. 2011, *Association FORMINDEP*, n° 334396
CE, 3 mai 2011, *Société Voltalis*, n° 331858
CE, 16 nov. 2011, *Société Ciel et terre*, n° 344972
CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033
CE, 15 mai 2012, *Association Vent de Colère! Fédération Nationale et autres*, n° 324852
CE, 13 juil. 2012, *Association Engoulevent*, n° 345970
CE, 11 oct. 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193
CE, 11 oct. 2012, *Société ITM Entreprises*, n° 346378
CE, 14 nov. 2012, *société Néo Plouvien*, n° 347778
CE, 30 jan. 2013, n° 355370
CE, 20 mars 2013, *Robin des toits*, n° 354321
CE, 28 juin 2013, *Association trinationale de protection nucléaire et autres*, n°s 351986, 358080, 358094, 358095
CE, 17 juil. 2013, *Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres*, n° 358109
CE, 30 déc. 2013, n° 352693
CE, 11 avr. 2014, *Association France énergie éolienne*, n° 363513
CE, 28 mai 2014, *Association Vent de colère ! Fédération nationale et autres*, n° 324852
CE, 16 avril 2015, n° 375784
CE, 10 juin 2015, *Brodelle*, n° 386121

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

CE, Sect., 22 juill. 2015, *Sté Praxair*, n° 388853
CE, 9 oct. 2015, *Société Eco Delta*, n° 374008
CE, 9 oct. 2015, n° 369417
CE, 30 déc. 2015, n° 380503
CE, 22 fév. 2016, n° 373516
CE, 9 mars 2016, *Association Vent de colère et autres*, n° 384092
CE, 16 mars 2016, n° 369417
CE, 16 mars 2016, *UFC Que Choisir ?*, n° 388762
CE, Sect., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, n°^{os} 368082, 368083, 368084
CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023
CE, 13 avr. 2016, *Bartolomei*, n° 389798
CE, 15 avr. 2016, *Assoc. Vent de colère ! Fédération nationale*, n° 393721
CE, 11 mai 2016, *Sté Météo France*, n° 387484
CE, Sect., 13 juil. 2016, *Société GDF Suez*, n° 388150
CE, 3 oct. 2016, n° 390716
CE, 6 oct. 2016, avis n° 392061
CE, 30 déc. 2016, n° 397049
CE, 8 fév. 2017, n° 393714
CE, 22 fév. 2017, *SAS Messer France*, n° 399115

4. Cours administratives d'appel

CAA Bordeaux, 2 novembre 2011, n° 10BX02174
CAA Nantes, 18 janvier 2013, n°11NT02107
CAA Nantes, 25 oct. 2013, n° 12NT00936
CAA Bordeaux, 14 nov. 2013, n° 12BX00465
CAA Lyon, 25 mars 2014, n° 11LY23465
CAA Marseille, 28 nov. 2014, n° 13MA00344
CAA Paris, 17 mars 2015, n° 12PA03983
CAA Douai, 24 sept. 2015, n° 14DA00808
CAA Bordeaux, 13 oct. 2015, n° 14BX01130
CAA Nantes, 23 oct. 2015, n° 14NT00587
CAA Bordeaux, 8 mars 2016, n° 14BX00234
CAA Marseille, 18 mars 2016, n° 14MA03823
CAA Douai, 2 juin 2016, n° 14DA00881
CAA Nantes, 9 janvier 2017, n° 15NT03122

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

CAA Marseille, 11 janvier 2016, n° 15MA02488

CAA Paris, 10e ch., 23 févr. 2016, *SAS Messer France*, n° 12PA03983

CAA Marseille, 21 avril 2016, n° 15MA00872

CAA Lyon, 13 décembre 2016, n° 15LY00920

CAA Nantes, 18 avr. 2017, n° 15NT03810

5. Tribunaux administratifs

TA Strasbourg, 8 déc. 1994, *Entreprise Freymuth c/ Ministre de l'Environnement*, n° 931085

TA Paris, 6 juillet 2012, n° 1105485

TA Amiens, 12 nov. 2014, n°^{os} 1203348 et 1203349

TA Paris, 13 nov. 2014, n° 1304309

TA Caen, 4 déc. 2014, n° 1301339

TA Rennes, 23 oct. 2015, n°^{os} 1301056-1301060-1301062

TA Lyon, 17 novembre 2015, n° 1303301

TA Lille, 19 avril 2016, n° 1300436.

TA Besançon, 23 sept. 2016, n° 1601413

6. Cour de Cassation

Cass., 3^e civ., 9 mai 2012, n° 11-13597

Cass. com., 9 juin 2015, *Stés ERDF et AXA Energie*, n°^{os} 14-15.074, 14-15.123 et 14-15.592

7. Cours d'appel et Tribunaux judiciaires

CA Versailles, 8 décembre 2015, n° 14/02549

CA Rennes, 7 juin 2016, n° 15/08835

III) Autres Cours et Tribunaux

Allemagne, *Bundesverwaltungsgericht* (BVerfG), Arrêt 49, 89, 31 janvier 1978, affaire « Kalkar ».

CoRDIS, 26 sep. 2007, *Société Poweo*.

Pays-Bas, Tribunal du district de la Haye, chambre commerciale, 24 juin 2015, *Fondation Urgenda et a. c/ État des Pays-Bas (min. Infrastr. et Environnement)*, n° C/09/456689 / HA ZA 13-1396.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

INDEX THEMATIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

A

Accessibilité et intelligibilité de la loi : 20, 89, 93 – 103, 109, 113, 252 – 253, 340, 391 – 392, 407, 437 – 439.

Accord de Paris : 9 – 10, 184, 568.

Agrégation (d'électricité) : 228, 298, 417 – 418, 497, 506, 510 – 512.

Aide d'Etat : 119, 418, 421, 423, 486, 491, 494, 500, 507.

- Critères : 468 – 476.

- Remboursement : 476 – 485.

Allemagne : 29, 97, 104, 139 – 143, 312, 326, 332, 335, 359, 360, 382 – 384, 398 – 403, 420, 428, 436 – 437, 511, 521, 525, 535 – 536.

Appel d'offres : 196 – 198, 269 – 270, 281, 298, 315, 320, 331 – 332, 335, 337 – 340, 363 – 368, 418 – 419, 439, 452, 457, 459 – 461, 507 – 510, 535 – 537, 547 – 548.

ARENH : 180, 327.

Autoconsommation (d'électricité) : 59, 154, 423 – 425, 428 – 433, 437, 557, 578.

Autorisation environnementale : 342, 347 – 354, 358, 508.

Autorisation unique : 100, 103 – 112, 343, 350.

Autorité de la concurrence : 195, 226 – 227, 292.

Avis :

- CESE : 41, 43, 169 – 170, 176, 177, 181, 204, 275, 440, 442, 567.
- CETE : 182 – 189, 261 – 263.
- CNTE : 42, 45, 49 – 50, 130, 134, 137, 150, 156, 171, 173 – 175, 181 – 192, 260 – 263, 266 – 268.
- Conseil d'Etat : 168 – 170.
- CRE : 178 – 180, 192, 194 – 198.
- CSE : 177 – 179, 187 – 192, 267 – 268.

B

Biomasse (énergie) : 29, 140, 143, 249 – 250, 265, 270, 306, 329 – 332, 498, 521, 575.

Budget carbone : 181 – 182, 185 – 186, 249, 254 – 257, 259 – 264.

C

Charte de l'environnement : 52, 127 – 128, 217, 427, 554, 557 – 560, 573.

Citoyen : 17, 28, 31, 35, 53 – 61, 67 – 73, 81, 153, 166, 182, 184, 216, 219, 228, 232, 277 – 279, 287, 299, 302, 358, 432 – 433, 448, 490, 493, 510, 517 – 519, 525 – 528, 533, 535, 537, 545 – 546, 552 – 557, 565 – 566, 570 – 573, 579, 581 – 583.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Collectivité territoriale :

- Commune : 119, 127 – 128, 202 – 214, 343 – 346, 371 – 372, 520 – 521, 530, 538, 541, 576, 579.
- Métropole : 94 – 95, 212 – 214, 228, 283, 550.
- EPCI : 94, 127 – 127, 204, 207 – 212, 218, 228, 250, 252, 283, 519, 522 – 523, 579.
- Département : 94, 105 – 106, 115, 119, 134, 183, 199, 201 – 214, 245, 353, 368, 531 – 532, 536, 547 – 548.
- Région : 54, 94, 115, 201 – 206, 214, 218, 228, 236 – 251, 284 – 285, 368, 522.

Complément de rémunération : 178, 198, 330 – 331, 363, 366, 501 – 510, 512 – 513, 535.

Complexité : 15, 17, 20, 26 – 27, 33, 45, 63, 68 – 70, 99 – 100, 119, 121, 139, 143, 153, 164, 182, 200, 220 – 221, 242, 282 – 283, 306, 341 – 347, 366, 379, 435, 452, 463, 499, 505 – 507, 563 – 564, 582.

Compteur communicant : 423 – 428, 433.

Conférence environnementale : 37 – 52, 60, 66, 82, 266, 276, 280 – 281, 285 – 286, 579.

Confiance légitime (principe de) : 362, 401, 404 – 406.

Conseil constitutionnel : 14, 20, 92, 101, 103, 113, 121, 125 – 128, 154 – 158, 169, 238 – 240, 275, 358, 387, 405 – 406, 409, 461 – 463, 482, 554, 560 – 561.

Constitution : 109, 126, 154, 167 – 168, 251, 276 – 277, 397, 455, 461 – 463, 552, 554, 557 – 562.

Contrat de rachat d'électricité :

- Prime : 450, 491, 495 – 496, 501 – 505.
- Tarif : 48, 120, 140, 225, 315, 332 – 336, 340, 360 – 362, 467 – 483, 495, 502 – 503, 512.
- Quota : 257, 383, 400 – 402, 450, 505.

Cour de justice de l'Union Européenne : 119, 422, 460, 468 – 475, 480 – 485, 492, 560 – 561.

Cour européenne des droits de l'homme : 358, 560, 563.

Courbe d'apprentissage : 308 – 316, 322, 327, 334, 337, 340.

Coûts (économiques) : 63, 138, 172, 180, 189, 191, 224 – 225, 234 – 235, 242 – 244, 306 – 340, 380, 385, 398, 409 – 410, 424 – 425, 428, 433, 435, 450, 452, 455 – 457, 466, 482 – 483, 494 – 510, 556, 580.

D

Danemark : 143 – 144, 310, 316, 335 – 336, 397, 436, 525, 534.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : 123 – 124, 395, 405, 455, 461, 552 – 553, 558, 562 – 563, 574.

Délais de recours : 106, 296 – 297, 350, 358.

Dialogue environnemental : 39 – 41, 358, 577 – 578.

Directive communautaire/européenne : 19, 105, 113, 153 – 154, 166, 179, 240, 392, 416, 419, 425, 430 – 432, 437 – 440, 444 – 445, 460, 484, 487 – 490, 493 – 498, 502, 507, 512, 514.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

DNTE : 37 – 38, 42 – 46, 49 – 89, 130,
145, 161 – 162, 173, 175, 181 – 182, 199,
225, 230, 261, 271 – 272, 276 – 281, 341,
573, 579, 582.

Droit :

- à l'eau : 561 – 565.
- à l'énergie : 561 – 565.
- à la propriété privée : 27, 377,
387, 394 – 413.
- à la transition énergétique : 551,
553, 555 – 557, 565.
- à la vie privée : 293, 376, 425 –
428, 446, 560.
- à un environnement sain : 554 –
561, 565, 573.
- droit(s)-créance(s) : 448, 552 –
559.
- souple : 91, 232, 274 – 300, 311,
346, 353, 386, 413, 524.
- subjectif : 551 – 563.

E

Effacement (d'électricité) : 124, 293, 415
– 419, 421 – 424, 437 – 440, 459 – 460.

Energie renouvelable
participative/communautaire : 118, 144,
300, 448, 508, 510, 518 – 519, 525 – 538,
547 – 548, 561, 577, 580.

Entreprise locale de distribution : 223 –
225, 241, 360, 431, 456, 510, 520.

Eolien (énergie) :

- Eolien terrestre : 20, 29, 30, 47,
59, 81, 92, 100, 104 – 106, 113 –
127, 141, 143, 190 – 191, 233 –
245, 304 – 325, 330, 340, 341 –
359, 370, 372, 373, 376, 423, 437,
441, 451, 456, 467 – 483, 496 –
511, 521 – 527, 531 – 537, 541 –

542, 545 – 549, 577 – 581.

- Eolien en mer : 29, 48, 270, 309 –
310, 319, 324, 335 – 340.

Equipeement public/collectif : 119, 354 –
355, 369 – 370.

Etat-stratège : 47, 215, 222, 226, 281, 389
– 390, 393, 404, 453, 528 – 531.

F

Feuille de route : 39, 43 – 52, 82, 97, 276,
280 – 281, 286.

G

Géothermie (énergie) : 29, 99 – 100, 329 –
330, 343.

Grenelle de l'environnement : 33, 37 – 41,
92, 148 – 149, 169 – 173, 178, 233 – 234,
246, 354.

H - I

Installations classées pour la protection de
l'environnement : 81, 100, 105 – 111, 114,
119, 336, 342 – 354, 358.

Intérêt général : 148, 158, 218, 355, 371 –
372, 406 – 409, 486, 521 – 523, 529 – 532,
537, 542.

J

Justice : 262, 399, 338, 359, 397, 400, 428,
431, 433, 448, 479, 526 – 527, 559, 562,
582 – 583.

- Climatique : 517, 551, 561, 565, 566
– 574, 580.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

- Energétique : 517, 551, 561, 565, 574
– 580.

N

Nucléaire (énergie) : *De par son importance dans le mix électrique français, le nucléaire est mentionné près de 500 dans cette thèse, en revanche, les parties qui y sont spécifiquement consacrées s'étendent sur les pages suivantes* 155 – 161, 325 – 329, 376 – 413.

K - L

Loi dite Brottes : 48, 81, 109, 113 – 128, 150, 154 – 155, 160, 168, 239, 339, 342, 417, 421, 562.

Loi dite Grenelle I : 10, 59, 148 – 149, 173, 246, 426, 443.

Loi dite Grenelle II : 59, 116, 119, 177, 209, 234 – 235, 241 – 242, 341 – 342, 346.

Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte : *Ce texte est mentionné plus de 200 fois dans le texte. Son étude se concentre néanmoins aux pages suivantes* 130 – 161.

Lois de finances : 80, 91, 94 – 98, 174, 284, 411, 452 – 454, 457 – 459, 463 – 465.

M

Marché de l'énergie : 24, 166, 179 – 181, 192, 194, 223, 225, 291 – 292, 298, 302, 312, 320 – 322, 327, 330, 379, 398, 411, 415 – 425, 437 – 438, 455 – 456, 471, 474 – 477, 486 – 499, 501 – 507, 510 – 511, 564.

Mécanisme de capacité : 101, 124, 323, 415, 418 – 423, 438.

Méthanisation : 97, 100, 105, 112, 136, 270, 329 – 334, 343, 347, 505, 523.

Modernisation (du droit) : 45, 104.

O

Ordonnance : 18 – 19, 95, 100, 104 – 105, 109 – 112, 147, 154, 168, 175, 247, 347 – 351, 357 -358, 429 – 432, 441, 480, 510, 533 – 534.

P

Parlementarisme rationalisé : 149 – 151.

PCET/PCAET : 209 – 211, 224, 233, 247, 250, 443.

Plan local d'urbanisme/Plan d'occupation des sols : 209, 211, 238, 366, 369.

Planification : 26, 29 – 31, 95, 115, 120, 138, 164, 182, 185 – 193, 208 – 211, 232 – 272, 282 – 283, 300, 364, 383, 389, 394, 396, 403, 440 – 441, 517, 543, 582.

Programmation pluriannuelle de l'énergie : 138, 185 – 191, 233, 241, 254, 260, 263 – 272, 320, 323 – 324, 328 – 339, 363, 385 – 390, 414 – 242, 440 – 442, 510, 573.

Programmations pluriannuelles des investissements : 254, 264, 269 – 270, 369, 391.

Principe :

- de non-régression : 489, 515.
- pollueur-payeur : 491, 571, 573.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Prix négatifs : 312, 501 – 505, 546.

Protocole de Kyoto : 9 – 10, 493.

Q

Question préjudicielle : 119, 422, 480 – 483, 492.

Question prioritaire de constitutionnalité : 101, 238 – 239, 462, 482, 560, 562 – 563.

R

Recours pour excès de pouvoir : 293 – 296, 349, 357, 538.

Recours de pleine juridiction : 296, 343, 349 – 351.

Référé : 357, 427, 572.

Réforme territoriale : 91, 94 – 95, 98, 174, 200 – 201, 2016 – 208, 212, 238, 251.

Règlement national d'urbanisme : 349, 369 – 371.

Régulation : 24, 33, 287 – 297.

Repowering : 346, 506.

Réseau fermé de distribution : 415, 423, 428, 431 – 433.

Réseau intelligent : 186, 189, 224, 258, 300, 415, 416, 426, 431, 523.

Responsabilité : 74, 170, 181, 183, 200, 217, 250 – 254, 348, 403, 408, 501, 565, 567, 569 – 574, 582.

S

Schéma :

- SRADDET : 95, 234, 246 – 254, 259, 266, 282, 300.

- SRCAE/SRE : 94, 114, 118, 193, 233 – 241, 245, 247 – 251, 266.

- S3RENR : 233 – 235, 240 – 245.

Simplification (du droit) : 91, 98 – 108, 114, 118, 120, 130, 147, 153, 174, 183, 201, 204, 234, 274, 341 – 350, 363 – 367.

Sociétés (privées de portage de projet) : 520 – 531.

Sociétés (publiques de portage de projet) : 225, 520 – 530, 539 – 541.

Solaire photovoltaïque (énergie) : 13, 29 – 31, 38, 47 – 49, 59, 81, 92, 136, 140 – 141, 235, 242, 269, 302, 306 – 325, 330, 340, 341, 359 – 372, 376, 377, 403, 415, 423, 437, 496 – 498, 502, 509, 523, 536, 547, 577.

Stockage (d'électricité) : 59, 96, 186, 189 – 191, 232, 258, 264, 298, 319, 422, 428, 433 – 445, 499, 550, 556.

Stratégie nationale bas-carbone : 181, 233, 254 – 266, 271, 282, 300, 416, 423, 440 – 441.

Suède : 382, 395 – 398, 571.

T

TEPCV : 42, 216, 219 – 224, 284 – 285.

TEPos : 218 – 222, 284.

Territoire (notion de) : 542 – 550.

Transition énergétique :

- Processus : 12 – 17.

- Théorie : 14 – 17.

TURPE : 180, 224 – 227, 417, 430 – 433, 443.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

U - V

Verrouillage technologique: 378 – 380.

W - Z

Zone de développement éolien : 47 – 48,
114 – 118, 121, 124, 127 – 128, 235, 237,
239, 242.

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

INDEX DES TABLES ET FIGURES

Tables

Table 1: Objectifs climatiques et énergétiques pour 2050 de l'Allemagne	142
Table 2 : Table des instances de suivi et de synthèse de la transition énergétique	193
Table 3 : Déclinaison par grands secteurs d'activité des trois premiers budgets carbone	256
Table 4 : Table des autorités administratives indépendantes dans la transition énergétique	292

Figures

Figure 1 : Lieux et instances du débat, Annexe III, Eléments de synthèse de l'organisation et du déroulement des débats	53
Figure 2 : Schéma de la procédure d'instruction d'une installation classée soumise à autorisation unique.....	107
Figure 3 : Puissance installée totale et nouvelle puissance annuelle ajoutée du parc éolien Français. 2012.....	114
Figure 4 : Puissance installée totale et nouvelle puissance annuelle ajoutée du parc éolien Français. 2015.....	120
Figure 5 : Extrait du compte-rendu intégral de la 3e séance du jeudi 4 octobre 2012. Assemblée nationale.....	122
Figure 6 : Objectifs de production et de consommation d'énergie. LTECV	133
Figure 7 : Production d'électricité d'origine renouvelable, 1990-2014. Allemagne	140
Figure 8 : Production électrique Danoise en 2010 et objectifs pour 2030	144
Figure 9 : Carte indicative des zones favorables au développement éolien. SRE Centre.....	236
Figure 10 : Carte indicative des zones favorables au développement éolien. SRE Bretagne	237
Figure 11 : Carte des capacités réservées par poste source. S3RENR Midi-Pyrénées	243
Figure 12 : Effets juridiques du SRADDET.	253
Figure 13 : Articulation de la PPE avec d'autres documents de planification.	265
Figure 14 : Production trimestrielle d'électricité éolienne. Troisième trimestre 2016	317
Figure 15 : Production trimestrielle d'électricité solaire photovoltaïque. Troisième trimestre 2016.....	318
Figure 16 : Composition du parc bioénergies.2015	330
Figure 17 : Historique des tarifs d'achat.....	361
Figure 18 : Evolution de la contribution unitaire (CSPE).....	457
Figure 19 : Présentation des quatre principaux modèles de financement du soutien aux énergies renouvelables, ici avec l'exemple de l'éolien	495
Figure 20 : Conditions de reconnaissance des projets citoyens, loi EEG 2017, Allemagne.....	536
Figure 21 : Carte du réseau électrique haute et très haute tension.....	549
Figure 22 : Répartition par source des émissions de gaz à effet de serre en France en 2013	568

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

TABLE DES MATIERES

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION	1
I. Terminologie et fondements de l'émergence d'un cadre juridique de la transition énergétique	11
A) Définition des termes	11
1) L'énergie	11
2) La transition énergétique.....	12
B) Une brève histoire des transitions énergétiques et du droit de l'énergie	14
1) Une brève histoire des transitions énergétiques.....	14
2) Une brève histoire du droit de l'énergie	17
II. Présentation de l'étude	21
A) Situer cette étude et sa méthodologie dans le contexte de la recherche juridique	22
1) L'état de la recherche.....	22
2) Méthode, intérêt et cadre de l'étude.....	25
B) Problématique et annonce du plan	30
1) Problématique	30
2) Annonce du plan	30
Première partie : L'édification d'un droit dédié à l'organisation de la transition énergétique et de ses institutions	33
Titre 1 ^{er} : La naissance du droit de la transition énergétique : un processus long et éclaté.....	35
Chapitre 1 ^{er} : Un processus de création du droit fondé sur la concertation.....	37
Section 1 : Un processus de concertation volontaire.....	38
I. Les conférences environnementales, le fil rouge de la transition énergétique	38
A) Les conférences environnementales, passerelles entre le Grenelle de l'environnement et le débat national sur la transition énergétique	38
1) L'instauration des conférences environnementales, entre ruptures et continuités	39
a) Les conférences environnementales, volonté de rupture avec le Grenelle de l'environnement	39
b) Les conférences environnementales, nécessité de continuité avec le Grenelle de l'environnement	40

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2) L'organisation des conférences environnementales, dépasser les limites du Grenelle de l'environnement.....	41
a) Les acteurs des conférences environnementales, la doctrine du « cinq plus un ».....	41
b) Le lieu et le suivi des conférences environnementales, construire sur le bilan.....	43
B) Le décollage progressif du concept juridique de transition énergétique.....	44
1) La conférence environnementale 2012, lancement de la transition énergétique.....	44
a) La préparation des mesures d'encadrement de la transition énergétique.....	44
b) La décision de mesures d'action pour la transition énergétique.....	46
2) Le contrôle annuel de l'avancement de la transition énergétique	47
a) 2012-2013, des actions rapides mais un cadrage retardé	47
b) 2014-2016, la transition énergétique s'émancipe des conférences environnementales	50
II. Le débat national sur la transition énergétique, Grenelle 2.0	52
A) La sensibilisation du grand public et la réception de ses opinions	53
1) Réunions publiques et débats en ligne, l'effort d'ouverture	53
a) Les outils centralisés du débat citoyen.....	54
b) Les mobilisations décentralisées des différentes plateformes	55
2) Le large consensus citoyen sur les enjeux de la transition énergétique....	57
a) Le large consensus sur la transition énergétique et ses objectifs	58
b) Des clivages persistants sur certaines sources d'énergie ainsi qu'entre initiés et profanes	59
B) Des instances collégiales afin de contrer l'opacité du lobbying.....	60
1) Le Conseil national du débat, le parlement avant l'heure	60
2) Le groupe des experts et le groupe de contact des entreprises de l'énergie, conseillers techniques et économiques	62
a) Le groupe des experts, nécessaire appui technique contradictoire	62
b) Le groupe de contact des entreprises de l'énergie, un doublon inutile ?.....	65
Section 2 : Un processus discret et critiqué.....	67
I. Les obstacles à la bonne mise en œuvre du débat national sur la transition énergétique	67
A) L'illisibilité des instances du débat.....	68

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

1)	L'empilement des instances du débat, source de complexité	68
a)	Les instances administratives du débat	68
b)	La complexité établie de l'architecture du débat	70
2)	L'imprécise portée du débat jusqu'au dernier instant.....	71
B)	Le manque de portage médiatique d'une initiative malmenée	73
1)	Le manque de portage médiatique	73
2)	Une initiative soumise aux contingences politiciennes	74
II.	L'aboutissement conflictuel du débat national sur la transition énergétique.....	76
A)	Des instances du débat qualifiées de partiales.....	77
1)	La composition conflictuelle du Comité de pilotage du débat	77
a)	Un Comité nucléo-centré mettant le feu aux poudres.....	77
b)	La présidence du comité, juge et partie	79
2)	Un débat vraiment ouvert ?.....	79
B)	L'amère conclusion du débat	82
1)	Vers l'inéluctable désaccord.....	82
a)	Le rapport du groupe travail sur les trajectoires de transition, l'annonce d'accords difficiles.....	82
b)	La pré-synthèse du débat tuée dans l'œuf.....	84
2)	L'affaiblissement des conclusions du débat et ses conséquences.....	85
a)	Des recommandations aux simples enjeux	85
b)	A synthèse faible, exécutif et Parlement forts	87
	Conclusion du Chapitre 1 ^{er}	89

Chapitre 2nd : L'adoption conflictuelle des (ambitieuses) lois de transition énergétique 91

	Section 1 : La transition énergétique dans la Loi avant la loi relative à la transition énergétique pour une croissance verte, nécessité d'action, méthodes cavalières.....	92
I.	L'intégration des énergies renouvelables en ordre dispersé dans la législation ..	92
A)	L'éparpillement des dispositions de la transition énergétique, ou le risque de l'illisibilité.....	93
1)	Des lois de réforme territoriale aux lois de finance, l'infiltration diffuse de la transition énergétique dans le droit	94
a)	Les lois de réforme territoriale, occasion pour le législateur d'insérer la transition énergétique dans les territoires	94
b)	Les lois de finances, la transition rendue concrète	96

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2) Le risque de l'illisibilité par l'accumulation des lois de simplification et l'improvisation dans l'élaboration des lois	98
a) L'accumulation des lois de simplification concernant la transition énergétique	99
b) La loi dite Macron du 6 août 2015 ou l'exemple topique de l'improvisation dans l'élaboration des lois	102
B) L'autorisation unique par ordonnance, l'innovation majeure à l'écart du Parlement	103
1) L'autorisation unique, réforme majeure des projets d'énergie renouvelable	104
a) Une réforme jugée nécessaire	104
b) Une réforme au bilan positif nécessitant des ajustements	106
2) L'autorisation unique, ou le summum de l'évolution législative désorganisée à l'écart du Parlement	108
a) Le choix critiquable d'une ordonnance à la ratification hasardeuse ...	109
b) Une expérimentation législative chamboulée	111
II. L'intégration de l'éolien dans la loi dite Brottes par le biais de cavaliers législatifs	113
A) La loi dite Brottes, premier acte d'une réorientation du droit vers un régime davantage favorable à l'énergie éolienne	113
1) Le constat unanime d'un besoin d'assouplissement de la réglementation de l'éolien terrestre	114
a) La dangereuse fragilité juridique des Zones de développement de l'éolien	114
b) La règle des cinq mâts cumulée aux 500m des zones destinées à l'habitation et leurs conséquences désastreuses	116
2) Les mesures prises par la loi dite Brottes et leurs espoirs pour la transition énergétique	117
a) La suppression pure et simple des zones de développement de l'éolien et de la règle des cinq mâts	117
b) Les autres mesures de simplification adoptées et celles qui font encore défaut	118
B) L'adoption très conflictuelle d'une loi menée tambour-battant	120
1) Les virulentes critiques visant l'élaboration de la loi dite Brottes	121
a) Discussion de la proposition de loi dite Brottes à l'Assemblée nationale, introduction tardive et discussion houleuse	121

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

b) « Alliance contre nature » et exception d'irrecevabilité, la réponse du Sénat.....	123
2) La validation par le Conseil constitutionnel d'une intégration au forceps.....	125
a) L'interprétation large du droit d'amendement en première lecture	125
b) La constitutionnalité affirmée des dispositions concernant l'éolien...	127
Section 2 : La loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, loi qualifiée d'ambitieuse, adoption contestée	130
I. Des objectifs qualifiés d'ambitieux	131
A) Des objectifs ambitieux, voire irréalisables ?	131
1) Des objectifs de long terme unanimement qualifiés d'ambitieux.....	132
a) Des objectifs chiffrés de long terme pour orienter la politique énergétique de la France	132
b) La reconnaissance unanime de l'ambition de ces objectifs	134
2) Des objectifs largement qualifiés d'irréalisables, affaiblis par l'absence d'étude d'impact sur les mesures contestées	135
a) Des objectifs largement qualifiés d'irréalisables	136
b) L'absence d'étude d'impact sur les mesures clivantes prêtant le flanc aux critiques.....	137
B) Des objectifs finalement pas si ambitieux	139
1) Des objectifs réellement ambitieux ? Comparaison avec quelques voisins	139
a) L'Energiewende, une transition hors-normes	140
b) La transition du Danemark, un processus de longue haleine portant ses fruits.....	143
2) Les critiques véhémentes des associations sur le manque d'ambition du texte de loi.....	144
a) Le manque d'ambition des objectifs en comparaison de plusieurs scénarios français	145
b) Le manque d'ambition des outils à même de remplir les objectifs fixés.....	147
II. L'espoir déçu de renouer l'union de la loi Grenelle I.....	148
A) De bonnes initiatives mais de mauvaises décisions.....	149
1) La mise en place d'une commission spéciale d'examen du projet de loi : symbole d'une transition au cœur de l'économie et de l'environnement	150

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2) La volonté de « <i>co-construction</i> » ruinée par la méthode d'élaboration de la loi de transition énergétique pour la croissance verte	151
a) Procédure accélérée et temps législatif programmé, conditions d'une loi bâclée ?.....	152
b) Ordonnances nombreuses et commission mixte paritaire avortée, preuves d'un refus du débat ?	153
B) Le nucléaire, ferment de division parlementaire.....	155
1) Le nucléaire, pierre d'achoppement des débats	156
a) Les débats enflammés entre majorité et opposition à l'Assemblée nationale	156
b) Les « <i>désaccords majeurs</i> » entre Assemblée nationale et Sénat	158
2) Les divisions jusqu'au sein de la majorité parlementaire	159
Conclusion du Chapitre 2 nd	162
Titre 2 nd : Les institutions et outils de planification renouvelés ou créés par le droit de la transition énergétique : un ensemble à faire vivre.....	164
Chapitre 1 ^{er} : L'articulation juridique des nombreuses institutions créées ou renouvelées par le droit de la transition énergétique.....	166
Section 1 : La galaxie des institutions de conseil et d'application du droit de la transition énergétique	167
I. Les institutions consultatives des textes encadrant la transition énergétique	167
A) Les institutions se prononçant en matière législative	167
1) Les multiples institutions généralistes	168
a) Les institutions de conseil de rang constitutionnel	168
b) Des institutions à l'image du caractère multisectoriel de la transition énergétique.....	170
2) Le Conseil national de la transition écologique, institution spécialisée de conseil pour les lois de transition énergétique	172
a) Aux origines du Conseil national de la transition écologique.....	173
b) Le Conseil national de la transition écologique, un potentiel qui reste à vérifier.....	174
B) Les institutions se prononçant sur les textes réglementaires	176
1) Les institutions de conseil sur l'énergie au sens large	176
a) Le Conseil supérieur de l'énergie, institution représentative de préoccupations énergétiques évolutives.....	177
b) La Commission de régulation de l'énergie, le conseiller technique ...	179
2) Les institutions spécifiques à la transition énergétique.....	181

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

a) Le comité d'experts pour la transition énergétique, assemblée de sages issue du débat national sur la transition énergétique	181
b) Les conditions de la reconnaissance des travaux du comité d'experts pour la transition énergétique.....	183
II. Les instances de gouvernance de la transition énergétique	185
A) Les instances de contribution aux documents de planification de la transition énergétique.....	185
1) Le rôle des instances saisies pour avis sur les documents de planification de la transition énergétique	185
2) L'exemple de la programmation pluriannuelle de l'énergie de Corse, utilité et prise en compte des avis	188
a) Quelle utilité des avis rendus ?.....	188
b) Quelle prise en compte des avis rendus ?	190
B) Les instances accompagnant la mise en œuvre de la transition énergétique.....	192
1) Les instances de suivi et de synthèse de la transition énergétique.....	192
2) La Commission de régulation de l'énergie, régulateur de la transition énergétique.....	194
a) La Commission de régulation de l'énergie, un pouvoir quasi-régalien.....	194
b) La Commission de régulation de l'énergie, cheville ouvrière du développement des énergies renouvelables	196
Section 2 : Les collectivités territoriales, fers de lance de la transition énergétique...	199
I. La répartition des compétences de la transition énergétique au sein des collectivités territoriales	200
A) La région, chef de file de la transition énergétique dans le nouvel édifice territorial ?.....	201
1) Un maquis législatif censé clarifier le rôle des collectivités territoriales dans l'action locale	201
a) Une réorganisation territoriale motivée par la spécialisation des compétences.....	202
b) L'institutionnalisation d'un enchevêtrement des compétences	203
2) La région, apparente autorité responsable de la transition énergétique dans les territoires.....	204
a) La région, chef de file de la transition énergétique	205
b) La région, chef de file de quelle transition énergétique ?	206

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

B) Les autres collectivités territoriales, des rôles différents et complémentaires	207
1) Les communes et EPCI, la planification territoriale et la transition énergétique.....	208
a) Les communes, premières actrices des réseaux et de l'organisation du territoire.....	208
b) L'intercommunalité, la quatrième couche protéiforme du « <i>millefeuille</i> » territorial	210
2) Le fait urbain ou les grandes villes acteurs primordiaux de la transition énergétique.....	212
a) Les communautés urbaines et métropoles, acteurs naturels de la transition énergétique.....	212
b) Les métropoles de demain, vers une recentralisation multipolaire de la gestion de l'énergie ?	214
II. Le besoin de décentralisation inhérent à la transition énergétique	214
A) Les territoires à énergie positive, catalyseurs des collectivités territoriales mobilisées	215
1) Entre définition officielle et initiative venue des territoires	216
a) La définition officielle des territoires à énergie positive et le changement climatique, une digression apparue nécessaire	216
b) Les TEPos, l'initiative venue des territoires	218
2) Les TEPCV, l'accompagnement de l'Etat ?	220
a) L'accompagnement de l'Etat à la transition énergétique locale	220
b) Les TEPCV, paravent d'une politique de soutien insuffisante de l'Etat ?.....	221
B) La question récurrente de la gestion locale des réseaux d'énergie	222
1) Les entreprises locales de distribution, exceptions locales à succès ?	223
a) Une brève histoire des entreprises locales de distribution	223
b) Les entreprises locales de distribution, acteurs de la transition énergétique en mutation.....	224
2) L'appropriation des réseaux par les collectivités territoriales, dans quel but ?.....	226
a) Les raisons d'une volonté de réappropriation locale des réseaux de distribution	226
b) Aller au bout de la nouvelle logique territoriale	227
Conclusion du Chapitre 1 ^{er}	230

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Chapitre 2 nd : Le droit de la transition énergétique, droit de planification, droit souple par excellence ?	232
Section 1 : La reprise et l'amplification de la planification schématique du Grenelle	233
I. De l'accumulation de schémas sectoriels au super-schéma d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires	234
A) Les schémas issus du Grenelle, entre objectifs ambitieux, coûts prohibitifs et contentieux abondant	234
1) Les schémas régionaux éoliens, objectifs ambitieux et contentieux nombreux	235
a) L'élaboration disparate des schémas régionaux éoliens menant à des objectifs compilés ambitieux	235
b) Les schémas régionaux éoliens, de nombreux contentieux aux conséquences négligeables (pour le développement éolien)	238
2) Le schéma régional de raccordement au réseau des énergies renouvelables, la recherche de la sécurisation de l'accès au réseau à des coûts parfois prohibitifs.....	241
a) Un schéma visant à garantir un développement des réseaux électriques en faveur des énergies renouvelables.....	241
b) Un mécanisme de mutualisation imparfait et contesté	244
B) Le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires, nouveau super-schéma à l'image d'une transition globale à géométrie variable.....	246
1) Un schéma pour les gouverner tous	247
a) Le schéma des schémas, outil intégrateur intrinsèquement efficace ?	247
b) Un schéma à fort potentiel pour la mise en œuvre du droit de la transition énergétique.....	248
2) L'imparfait renforcement des responsabilités régionales de planification par le droit de la transition énergétique.....	250
a) Les multiples limites à la planification régionale	251
b) La prescriptibilité à géométrie variable du SRADDET, écueil de la « <i>schématologie</i> ».	252
II. Les imparfaits nouveaux outils de planification et de pilotage de la réduction des émissions de gaz à effet de serre	254
A) Budgets carbone et stratégie nationale bas-carbone, entre vision de long terme et suivi à court terme.....	255
1) Des instruments cherchant à apporter une vision de long terme pour une transition marathon	255

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

a) Le budget carbone, indicateur de suivi des émissions de gaz à effet de serre.....	255
b) La stratégie nationale bas-carbone, « instrument de cohérence entre la vision de long terme et l'action à mener aujourd'hui »	257
2) Des instruments modérément prescriptifs et nécessitant un contrôle périodique resserré	259
a) Des instruments modérément prescriptifs	259
b) Des instruments nécessitant un contrôle périodique resserré	260
B) La programmation pluriannuelle de l'énergie, bras armé du droit de la transition énergétique, nœud du problème	263
1) La programmation pluriannuelle de l'énergie, outil d'un changement de paradigme de la politique énergétique française ?	264
a) La programmation pluriannuelle de l'énergie, outil de pilotage du mix énergétique au centre d'une galaxie de documents de planification.....	264
b) La programmation pluriannuelle de l'énergie, fruit d'une co-construction imparfaite ?	266
2) La résurrection temporaire des programmations pluriannuelles des investissements en attendant une programmation pluriannuelle de l'énergie aux arbitrages contestables	269
a) Le prolongement des programmations pluriannuelles des investissements en attendant la version finale de la programmation pluriannuelle de l'énergie	269
b) Les arbitrages contestables de la programmation pluriannuelle de l'énergie ou la controverse fondamentale du scénario de demande énergétique retenu	270
Section 2 : Le droit de la transition énergétique, droit souple par excellence ?	274
I. Les outils de la transition énergétique et leur logique de droit souple	275
A) Le débat national sur la transition énergétique, une architecture non contraignante mais (plutôt) respectée	276
1) La charte du débat national sur la transition énergétique, Constitution de droit dit souple	276
2) Quelle est la valeur normative des documents produits par le débat national sur la transition énergétique?	278
B) Feuilles de route, schémas, démarches incitatives et déclarations d'intentions, quelle normativité des outils d'organisation issus du droit de la transition énergétique ?	280
1) La normativité graduée des feuilles de route et schémas	280
a) Les feuilles de route, un outil de droit souple transitoire ?	280

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

b) Des schémas entre droit dur et droit souple pour des collectivités éponymes	282
2) Quelle normativité des démarches incitatives et déclarations d'intentions ?.....	283
a) Les territoires à énergie positive, avatars des démarches incitatives de droit souple.....	284
b) Les déclarations d'intention, des actes administratifs verbaux ?.....	285
II. L'entrée du droit souple dans les prétoires à l'ère de la régulation et ses conséquences pour le droit de la transition énergétique.....	287
A) L'ère du droit post-moderne et la transition énergétique.....	287
1) Le droit dans l'ère post-moderne, la régulation et ses autorités administratives indépendantes	287
2) Les multiples autorités administratives indépendantes sources du droit de la transition énergétique	289
a) La CRE, autorité de régulation naturelle de la transition énergétique	289
b) De multiples autres autorités administratives indépendantes amenées à jouer un rôle dans le droit de la transition énergétique	291
B) L'entrée progressive du droit souple dans le prétoire et ses perspectives pour le droit de la transition énergétique	293
1) L'entrée progressive du droit souple dans le prétoire.....	294
a) La reconnaissance de l'ombre portée de la sanction par le juge.	294
b) La réorientation de l'examen du juge sur les effets des décisions des autorités de régulation.....	295
2) Perspectives de ce revirement jurisprudentiel sur le droit de la transition énergétique.....	297
Conclusion du Chapitre 2 nd	300

Deuxième partie : Le droit de la transition énergétique, de l'accompagnement des évolutions techniques et économiques à la logique citoyenne

Titre 1 ^{er} : Un droit promoteur ou un droit destructeur ?.....	304
Chapitre 1 ^{er} : L'encadrement juridique chaotique de l'éolien et du photovoltaïque, un droit de la transition énergétique contradictoire ?.....	306
Section 1 : Les futurs moyens dominants de production d'électricité dans un mix diversifié.....	307
I. Eolien et photovoltaïque, futures sources d'énergie dominantes du mix électrique	308
A) La courbe d'apprentissage, progrès exponentiels, perspective d'un droit évolutionnaire	308

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

1)	Un cercle vertueux mondial	309
a)	L'éolien, 40 années d'expérience évolutive	309
b)	Le solaire photovoltaïque, une progression vertigineuse au cours de la dernière décennie	311
2)	Des progrès nationaux plus timorés	312
a)	Un rythme de développement de l'éolien insuffisant pour atteindre les objectifs rendus possibles par la baisse des coûts de cette énergie	312
b)	La recherche désordonnée d'un mécanisme d'accompagnement adapté à la courbe d'apprentissage du solaire photovoltaïque	314
B)	La complémentarité de l'éolien et du photovoltaïque, gage d'un développement parallèle sous condition juridique	316
1)	La double complémentarité de l'éolien et du solaire photovoltaïque	317
2)	Le risque de la neutralité technologique	318
II.	Les autres sources d'énergie entre déclin et immaturité	320
A)	Les anciens piliers en déclin du système électrique mondial et national et le rôle du droit de la transition énergétique	321
1)	Energies fossiles en déclin et hydroélectricité en stagnation, une situation comparable aux plans global et local	321
2)	La diminution prévue du nucléaire, une spécificité française dans un contexte global pourtant analogue	325
a)	Une augmentation constante des coûts du parc installé et des nouvelles capacités	325
b)	Un manque de visibilité persistant handicapant le nucléaire	328
B)	Des sources d'énergie renouvelable complémentaires	329
1)	La biomasse énergie, énergie thermique renouvelable à la fois ancienne et immature	329
a)	La biomasse électrique, des profils très différents aux progrès simultanés	330
b)	La méthanisation : l'accroissement du contrôle de l'Etat sur une filière fébrile	332
2)	Les énergies marines renouvelables, un développement rapide porté par des évolutions techniques et un cadre juridique favorable	335
a)	L'éolien marin posé, un cadre juridique rénové pour accompagner le décollage d'une filière prometteuse	335
b)	La cohorte des autres énergies marines renouvelables, encore au stade de la démonstration	338
	Section 2 : Deux énergies bridées par une réglementation très versatile	342

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

I.	L'éolien face à une réglementation complexe et instable.....	342
A)	Un législateur indécis et un cadre juridique erratique et contradictoire	343
1)	L'exemple symbolique de la loi de transition énergétique pour la croissance verte	344
a)	Un bilan des mesures de la loi de transition énergétique concernant l'éolien largement négatif	344
b)	Les propositions que la loi de transition énergétique aurait pu intégrer à profit.....	346
2)	L'autorisation environnementale, un bilan mitigé pour l'éolien	348
a)	L'autorisation environnementale, regroupement d'autorisations et nouvelles interrogations	348
b)	Un double effet boomerang	350
B)	L'éolien, générateur d'un contentieux fourni et varié mais de plus en plus restreint	352
1)	Un contentieux d'interprétation voire de substitution au législateur	353
a)	L'éolien, générateur d'un contentieux fourni sur des questions diverses	353
b)	Le juge, suppléant du législateur	355
2)	Une restriction du contentieux qui atteint ses limites	356
a)	Un contentieux de plus en plus resserré.....	357
b)	De la difficulté de fixer la ligne à ne pas franchir.....	359
II.	Le solaire photovoltaïque, entre cadre réglementaire en pleine tempête et jurisprudence conciliatrice	360
A)	L'instabilité chronique du cadre réglementaire tarifaire photovoltaïque enfin solutionnée ?	361
1)	La mortifère instabilité du cadre réglementaire tarifaire photovoltaïque de la dernière décennie	361
2)	L'instauration d'un cadre prévisible espéré de longue date.....	364
a)	Un cadre fondé sur une procédure d'appel d'offres renouvelée et simplifiée.....	364
b)	Un système réellement simplifié ?	365
B)	Un contentieux urbanistique de conciliation d'intérêts publics majeurs ...	368
1)	Une jurisprudence sur les zones agricoles plus favorable que la doctrine administrative.....	368
a)	L'appréciation sévère d'une législation sélective par l'administration	368

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

b) Une jurisprudence à la recherche d'un équilibre entre les intérêts en présence.....	370
2) La conciliation prétorienne de la protection de l'environnement avec les centrales solaires, les cas particuliers des zones de montagne et du littoral ..	372
Conclusion du Chapitre 1 ^{er}	374
Chapitre 2 nd : Les complexités juridiques parallèles de la réduction du nucléaire et du développement des réseaux électriques intelligents	376
Section 1 : La diminution de la part du nucléaire dans le mix électrique, épreuve pour le droit de la transition énergétique	377
I. Système électrique captif et outils de transition insuffisants	377
A) Un besoin urgent de prévisibilité pour l'avenir du parc nucléaire français	378
1) Un système électrique captif du nucléaire	378
2) Le besoin accru de visibilité pour sortir de l'impasse.....	381
a) Différentes stratégies étrangères pour anticiper une sortie du nucléaire.....	381
b) Un besoin urgent de visibilité afin d'anticiper la fin de vie de 58 réacteurs	384
B) L'incapacité du droit de la transition énergétique à garantir la réduction de la part du nucléaire.....	386
1) Plafonnement, plan stratégique et commissaire du gouvernement, des mesures d'évitement ?.....	386
a) Le plan stratégique, délégation de politique énergétique de l'Etat à EDF	387
b) Le commissaire du Gouvernement, mise sous tutelle ou aveu d'échec de l'Etat stratège ?.....	389
2) L'occasion manquée de la transposition des critères d'autorisations à la décision de fermeture	391
a) Les nouveaux critères d'autorisation des unités de production d'électricité recentrés sur l'énergie.....	391
b) L'occasion manquée de créer un décret de mise à l'arrêt sur des critères de politique énergétique	392
II. Fermer des réacteurs sans violer le droit à la propriété privée, impossible ?	395
A) Quelques exemples étrangers d'outils juridiques pour la mise à l'arrêt définitive de réacteurs nucléaires.....	395
1) Le cas de la Suède, l'application négociée d'une loi équilibrée	395
a) Une loi de sortie du nucléaire équilibrée mais non anticipatrice	396

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

b) L'application négociée de la loi : le pouvoir normatif à l'épreuve de la réalité.....	397
2) Le cas de l'Allemagne, d'une loi négociée et anticipatrice à la gestion de l'imprévu.....	398
a) Une loi d'enregistrement anticipatrice : sécurité juridique renforcée et compensation non nécessaire	399
b) Le coût de l'imprévu	401
B) Propriété privée, confiance légitime et indemnisation de la fermeture de Fessenheim : le casse-tête du droit de la transition énergétique	404
1) La portée limitée du droit à la propriété privée et le respect de la confiance légitime dans la mise à l'arrêt de réacteurs nucléaires.....	404
a) La portée limitée du droit à la propriété privée.....	405
b) L'atteinte justifiée à la situation acquise d'Areva.....	406
2) Fessenheim et le marchandage sur une compensation difficile à calculer.....	408
a) La délicate évaluation de la perte de chance	408
b) Le marchandage <i>ad hoc</i> à propos de Fessenheim	410
Section 2 : L'effervescence juridique autour des différentes briques des réseaux électriques intelligents.....	414
I. Le cadre juridique en construction de plusieurs briques des réseaux électriques intelligents	415
A) Effacement et mécanisme de capacité, les solutions juridiques aux nouvelles réalités du système électrique	415
1) La modernisation d'un mécanisme ancien, l'effacement	415
a) Passé et avenir de l'effacement électrique dans la transition énergétique.....	416
b) Un régime juridique à la poursuite d'un modèle économique stable..	417
2) Le mécanisme de capacité, garantie d'approvisionnement dans un système électrique dénationalisé.....	419
a) Assurer la sécurité d'approvisionnement dans un système électrique dénationalisé	419
b) Les incertitudes juridiques du mécanisme de capacité de sa naissance en 2010 à sa validation en 2016.....	421
B) Compteurs communicants, autoconsommation et réseaux fermés de distribution, les évolutions techniques influençant le droit de la transition énergétique.....	423

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

1) La lente progression des compteurs communicants, fondation d'un réseau électrique intelligent.....	423
a) Le compteur communicant, première pierre des réseaux électriques intelligents.....	424
b) Le déploiement conflictuel des compteurs, ou la confrontation entre transition énergétique, santé et protection de la vie privée.....	425
2) Autoconsommation et réseaux fermés de distribution, les évolutions techniques poussant le législateur vers davantage de décentralisation.....	428
a) Le droit de la transition énergétique et l'autoconsommation, un cadre attendu mais critiqué.....	428
b) La consécration longtemps attendue des réseaux fermés de distribution.....	431
II. L'incertitude juridique internationale, européenne et française sur le stockage d'énergie.....	433
A) La confusion des régimes juridiques étrangers et européen du stockage d'énergie.....	434
1) Le besoin d'un cadre réglementaire adapté pour tirer pleinement parti des avantages du stockage d'électricité, l'exemple des USA.....	434
2) Des régimes juridiques européens éparpillés du fait d'une absence de définition communautaire.....	436
a) L'éparpillement des régimes de stockage des Etats européens.....	436
b) L'absence néfaste de définition juridique du stockage en droit communautaire.....	437
B) L'expérimentation technique en attente d'expérimentation juridique, le cadre du stockage d'électricité en France.....	439
1) Possibilités techniques et planification du stockage d'électricité en France.....	440
a) Les technologies de stockage d'électricité dans la France d'aujourd'hui à celle de 2050.....	440
b) Le rôle programmé du stockage d'électricité dans la transition énergétique.....	441
2) L'appréhension inachevée du stockage d'électricité par le droit de la transition énergétique et la question déjà contentieuse des lignes virtuelles.....	442
a) Le stockage d'électricité, objectif de longue date sans définition ni régime adapté.....	442
b) La controverse juridique naissante autour des lignes virtuelles de RTE.....	444
Conclusion du Chapitre 2 nd	446

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Titre 2 nd : L'expansion d'un droit de la transition énergétique à la recherche de ses racines.....	448
Chapitre 1 ^{er} : Droit et contentieux des modes de soutien au développement des énergies renouvelables, l'aspect économique central du droit de la transition énergétique	450
Section 1 : La contribution au service public de l'électricité, budgétisation d'un outil de financement controversé.....	451
I. D'un impôt innomé hors de contrôle à un mécanisme budgétisé	451
A) Un impôt innomé à la croissance exponentielle	451
1) Une imposition innommée et extrabudgétaire perdurant de 2000 à 2016 malgré les critiques	452
a) Un mécanisme pré-transition de financement extrabudgétaire irréformable ?.....	452
b) Une imposition innommée qualifiée par la jurisprudence	454
2) La croissance hors de contrôle de la contribution au service public de l'électricité et le législateur mis au pied du mur	455
B) La contribution au service public de l'électricité nouvelle, budgétisée et stabilisée ?.....	458
1) La contribution au service public de l'électricité nouvelle, une imposition enfin conforme au droit ?.....	458
a) La contribution au service public de l'électricité nouvelle, enfin soumise au Parlement	458
b) La budgétisation de la contribution au service public de l'électricité, une entreprise de mise en conformité du droit ?	461
2) Un dispositif encore en évolution	463
a) Les nouvelles modifications apportées par la loi de finances pour 2017 afin de parer au risque communautaire	463
b) Des apports de la loi de transition énergétique devant faire leurs preuves	465
II. Le contentieux du tarif d'achat éolien, feuilletton juridique à rebondissements	467
A) La reconnaissance tardive et forcée du tarif d'achat éolien comme aide d'Etat.....	468
1) Une décennie de refus d'application du régime des aides d'Etat au tarif d'achat éolien.....	468
a) Le tarif d'achat éolien, protégé par la jurisprudence <i>UNIDEN</i>	469
b) Les signaux indicateurs d'une aide d'Etat compatible ignorés.....	470
2) Le tarif d'achat éolien à l'épreuve de la réglementation des aides d'Etat : un exemple de l'incurie de l'Etat	472

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

a) Le tarif d'achat éolien, une aide au moyen de ressources d'Etat	472
b) Le tarif d'achat éolien reconnu aide d'Etat illégale, conséquence de l'incurie de l'Etat	474
B) Récupération des aides d'Etat et remboursement de la contribution au service public de l'électricité, les contorsions du juge national à compétence réduite	476
1) Les implications juridictionnelles étendues de la récupération des aides d'Etat.....	476
a) Le juge national, juge-exécutant de droit commun de la récupération des aides d'Etat	477
b) Une remise en cause du dualisme juridictionnel par le contentieux des aides d'Etat ?.....	479
2) L'Etat sauvé <i>in extremis</i> par le juge, une victoire à la Pyrrhus ?.....	481
a) Le refus de reconnaître le lien d'affectation contraignant entre contribution au service public de l'électricité et tarif d'achat.....	481
b) Le Conseil d'Etat pris au piège de son interprétation restreinte du lien d'affectation contraignant	483
Section 2 : Les rapports fluctuants entre droit communautaire et droit français de la transition énergétique dans la refonte des mécanismes de soutien aux énergies renouvelables.....	486
I. L'utilisation extensive du droit de l'UE pour encourager une transition énergétique conforme au primat de concurrence	487
A) Une utilisation extensive du droit communautaire pour encourager la transition énergétique.....	487
1) De la directive énergies renouvelables de 2001 à la proposition de directive pour 2030, de l'usage de différents niveaux de contrainte	487
2) La question controversée de l'usage extensif des lignes directrices.....	490
B) Une utilisation extensive du droit communautaire pour encourager une transition énergétique par le marché	493
1) Une transition énergétique théoriquement fondée sur un développement des énergies renouvelables au meilleur coût pour le consommateur.....	493
a) Une transition énergétique européenne annoncée au meilleur coût pour le consommateur	493
b) Une transition énergétique européenne réellement au meilleur coût pour le consommateur ?	495
2) L'empiètement sur la politique énergétique des Etats-membres pour imposer une doctrine contraire à la nature de la transition énergétique ?.....	497

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

II. La transposition laborieuse du régime de soutien aux énergies renouvelables en France résultant en un droit de la transition énergétique tirailé	500
A) L'instauration laborieuse d'un régime de soutien à l'éolien conforme aux lignes directrices européennes	500
1) L'instauration progressive du complément de rémunération, une mise en abyme de la transition énergétique	501
a) Une exigence de confrontation au marché avec dérogation.....	501
b) Une transition dans la transition	503
2) Le nouveau régime d'aide publique de marché, symbole d'un droit de la transition énergétique qui ne peut pas tout ?.....	504
B) La nouvelle réglementation du soutien éolien tirillée entre centralisation et décentralisation du modèle énergétique.....	507
1) Des appels d'offres mal dimensionnés aux avantages incertains	507
2) Deux pas en avant, un pas en arrière pour la décentralisation énergétique ?	510
a) Transfert de contrats d'achat et développement de l'agrégation, l'érosion des acteurs historiques de l'électricité ?	510
b) L'hypothèse finalement écartée de la prohibition sèche des garanties d'origine.....	512
Conclusion du Chapitre 1 ^{er}	515
Chapitre 2 nd : La construction d'un droit de la transition énergétique par et pour les citoyens	517
Section 1 : Le développement d'outils juridiques pour satisfaire la volonté croissante d'appropriation des projets d'énergie renouvelable par les collectivités territoriales et les citoyens	518
I. La validation de pratiques antérieures artisanales par le droit de la transition énergétique afin de soutenir le développement des projets participatifs d'énergie renouvelable	519
A) Les énergies renouvelables participatives avant la transition énergétique, un système juridique artisanal.....	519
1) La participation des collectivités territoriales aux projets d'énergie renouvelable, l'utilisation imaginative des outils mis à disposition par le législateur.....	520
a) L'usage au pied de la lettre des outils juridiques disponibles	520
b) L'utilisation imaginative des outils existants en attendant la modification du droit.....	523
2) La participation des citoyens aux projets d'énergie renouvelable, usages d'un droit inadapté	525

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

B) L'ouverture et la sécurisation de la participation des collectivités et des citoyens par les lois de transition énergétique	528
1) L'autorisation des prises de participation minoritaires des collectivités dans les sociétés commerciales : déclinaison locale du modèle de l'Etat-stratégie ?	528
a) SEMOP/SEMH, vers des EPL à capital public minoritaire	529
b) La consécration de la société commerciale publique-privée <i>ad hoc</i> en matière d'énergie renouvelable	530
2) La sécurisation renforcée des acteurs du financement citoyen : donner confiance pour gagner les cœurs et les portefeuilles	533
a) Nouveaux acteurs du financement et dérogations à l'OPTF, faciliter l'investissement participatif tout en préservant la sécurité des investisseurs	533
b) Les appels d'offres photovoltaïque et éolien de la CRE, ébauche d'une définition de l'investissement participatif ?	535
II. Le dépassement de la théorie du « <i>socialisme municipal</i> » et la redéfinition de la notion de territoire	537
A) La transition énergétique, théâtre du dépassement de la théorie du « <i>socialisme municipal</i> »	538
1) De l'exigence de circonstances exceptionnelles à un intérêt public local subsidiairement lié à la carence de l'initiative privée	538
2) L'action des collectivités territoriales dans un milieu fortement concurrentiel, de l'intérêt public local direct à l'accroissement des ressources locales	540
B) La contribution des énergies renouvelables à la polysémie territoriale	542
1) Polysémie territoriale : un territoire, des acceptions ?	542
a) Territoires et droit, réalisateurs mutuels	543
b) L'appréhension des territoires propre au développement des énergies renouvelables	545
2) L'émergence du territoire d'approvisionnement énergétique des collectivités territoriales	547
Section 2 : Le droit de la transition énergétique entre droit-créance et théorie de la Justice, à la recherche de ses fondements	551
I. L'émergence peu probable d'un droit subjectif à la transition énergétique en réalité non nécessaire	552
A) La difficulté de reconnaître un droit subjectif à la transition énergétique	553
1) Une introduction au concept de droits-créances	553

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE, UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

2) La possibilité d'un droit subjectif à la transition énergétique ?	555
B) La solution d'un droit subjectif par ricochet.....	557
1) Le droit subjectif à la transition énergétique au travers du droit à un environnement sain	557
a) La constitutionnalisation du droit à un environnement sain par la charte de l'environnement	558
b) Le refus persistant de la pleine reconnaissance d'un droit subjectif à l'environnement sain.....	559
2) Le droit subjectif à la transition énergétique au travers du droit à l'énergie	561
a) L'exemple éclairant du droit à l'eau incorporé dans l'objectif de valeur constitutionnelle du droit au logement décent	562
b) Le développement du droit à l'énergie et ses contradictions concernant la transition énergétique	563
II. Transition énergétique et justice, une transition juste et équitable à portée d'actions citoyennes ?	565
A) L'émergence de la théorie de la justice climatique et de son bras armé, le contentieux climatique	566
1) L'émergence de la théorie de la justice climatique et ses liens inextricables avec la transition énergétique	566
a) La justice climatique, continuité de la justice environnementale	566
b) La justice climatique, un concept directement lié à la transition énergétique.....	567
2) La recherche de la responsabilité climatique, exemples étrangers et potentiel hexagonal	569
a) La croissance rapide du contentieux climatique sur tous les continents	569
b) Quelle application en France ?.....	572
B) La justice énergétique, cadre théorique pour un développement juste et équitable du droit de la transition énergétique	574
1) Une transition énergétique intrinsèquement progressiste ?	575
a) Un système énergétique fossile et fissile dont le droit ne peut empêcher le manque de prise en compte de la justice énergétique	575
b) Un système énergétique renouvelable intrinsèquement respectueux de la notion de justice ?	577
2) La nécessité impérieuse d'un droit de la transition énergétique irrigué par l'idéal de justice énergétique	578

LE DROIT DE LA TRANSITION ENERGETIQUE,
UNE TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Conclusion du Chapitre 2 nd	580
CONCLUSION GENERALE	581
BIBLIOGRAPHIE	585
TABLE CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS, ARRETS, JUGEMENTS ET AVIS CITES.....	662
INDEX THEMATIQUE	668
INDEX DES TABLES ET FIGURES	674

Résumé en français :

Cette thèse se consacre à l'étude du cadre juridique de la transition énergétique depuis 2012, année depuis laquelle l'expression a connu une utilisation croissante dans le domaine des politiques publiques en matière d'énergie et d'environnement. Le champ des évolutions juridiques frappées du sceau de la transition énergétique est si vaste que ces travaux se sont concentrés sur la réglementation des énergies renouvelables électriques prééminentes que sont l'éolien terrestre et le solaire photovoltaïque. Il en ressort que le droit de la transition énergétique se situe au carrefour d'autres droits plus anciens, plus établis. De nature évolutionnaire plus que révolutionnaire, il se coule dans le cadre existant et se soumet aux principes classiques du droit. De nos travaux ressort notamment qu'il fait un usage immodéré d'instruments de planification le soumettant potentiellement à une obligation de résultats mesurables. Il est aussi amené à intégrer des considérations de justice très contemporaines, liées à sa finalité, faisant de lui davantage qu'un droit purement technique. Toutefois, il a été marqué par une confusion certaine lors du processus de rédaction de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, du fait de son volume, de ses conflits et des failles inhérentes aux institutions de la V^e République. Ce contexte n'ayant pas favorisé l'émergence d'un droit stable et de qualité, il manque de sécurité juridique. Enfin, il se révèle être plus souvent un frein qu'un facilitateur pour le développement des énergies renouvelables, alors qu'il est mal écrit et mal armé quand il s'agit d'organiser la diminution de la part du nucléaire dans le mix électrique.

Titre et résumé en anglais :

The Energy Transition Law : An Attempt of Identification

This doctoral thesis aims to study the legal framework of the energy transition in France since 2012. From this year on, the term "energy transition" has been increasingly used in environment and energy-linked public policies. The scope of the legal developments related to the energy transition is so wide that this work has only focused on the rules applicable to renewable sources of electricity, especially onshore wind and solar photovoltaics. As a result, it appears that the energy transition law lies at a crossroads between older and more recognised fields of the Law. Evolutionary more than revolutionary, it fits into the existing frame and submits itself to the classical principles of Law. Among the outcomes of this research, we found that the energy transition law is making a strong use of planning tools, potentially placing it under a measurable performance obligation. It is also forced to integrate very contemporary notions of justice, linked to its finality, denying it the qualification of a solely technical law. However, there was confusion in the writing process of the Energy Transition for Green Growth Act, the flagship energy transition act, because of its size, its conflicts and the inherent flaws of the institutions of the 5th Republic. This context did not promote the emergence of a stable and high-quality law. Actually, it is lacking of legal certainty. Finally, energy transition law is more often than not placing a break on than facilitating the development of renewable energy, while it is badly written and ill-equipped to organise the decrease of nuclear energy into the electrical mix.

Discipline :

Droit public – Droit de l'énergie – Droit de l'environnement

Mots-clés :

Transition énergétique – droit – énergies renouvelables – éolien – solaire

Intitulé et adresse de l'U.F.R. ou du Laboratoire : CREAM EA 2038, Faculté de droit, Université de Montpellier, 39 rue de l'Université, 34060 Montpellier – Cedex 2