

Décrets, arrêtés, circulaires

TEXTES GÉNÉRAUX

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE

INDUSTRIE, ÉNERGIE ET ÉCONOMIE NUMÉRIQUE

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

NOR : INDR1111324P

Monsieur le Président de la République,

Le Gouvernement a été habilité à codifier par voie d'ordonnance les textes relatifs à l'énergie. Il a été par ailleurs habilité à transposer par voie d'ordonnance les directives 2009/72 et 2009/73 relatives respectivement aux règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et pour celui du gaz naturel. Un projet d'ordonnance créant la partie législative du code de l'énergie, et y intégrant simultanément les dispositions de transposition des directives « énergie » de 2009 vous est présenté, après examen en Commission supérieure de codification conformément à la circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires (six séances, dont la dernière le 23 mars 2010), après avis du Conseil supérieur de l'énergie le 15 mars 2011, et après avis du Conseil d'Etat (assemblée générale du 14 avril).

Habilitation à codifier les textes relatifs à l'énergie

Une première habilitation à créer par ordonnance la partie législative du code de l'énergie avait été donnée au Gouvernement par la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, dans un délai de trente-six mois suivant la publication de ladite loi.

Le projet n'ayant pas abouti dans les délais, une deuxième habilitation à créer un code de l'énergie par ordonnance a été accordée par l'article 92 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures. Cette habilitation autorise le Gouvernement, non seulement à procéder par ordonnance à la création de la partie législative du code de l'énergie, mais également à « compléter le code de l'environnement pour y codifier les dispositions des lois n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire et n° 2006-739 du 28 juin 2006 de programme relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs non reprises dans le code de l'énergie », et ce afin qu'aucune disposition législative importante ne demeure sans support de codification.

Enfin, l'article 92 de la loi du 12 mai 2009 précitée a été modifié par l'article 28 de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, de manière à ce que le délai d'habilitation soit prorogé de six mois, la date limite de codification par voie d'ordonnance étant donc portée au 12 mai 2011.

La codification doit se faire à droit constant : les dispositions des lois traitant de l'énergie ont vocation à être reprises, sous réserve des modifications nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes, d'un toilettage des lois existantes, voire d'une clarification de l'état du droit existant sur certains points. Des dispositions obsolètes peuvent être abrogées.

Habilitation à transposer les directives 2009/72 et 2009/73 relatives respectivement aux règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et pour celui du gaz naturel

Le Gouvernement a été habilité, par l'article 4 de la loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne, à transposer par voie d'ordonnance les directives 2009/72 et 2009/73 relatives respectivement aux règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et pour celui du gaz naturel, dans un délai de six mois.

L'élaboration d'un projet de transposition a été réalisée en étroite collaboration avec les services de la Commission de régulation de l'énergie, qui sera amenée à jouer un rôle important dans le futur dispositif. Il a fait l'objet de discussions approfondies avec les entreprises concernées (EDF, GDF Suez, Total et leurs filiales de transport et de distribution d'électricité et de gaz).

Il a en outre été présenté devant des groupes de travail composés des parlementaires des commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat. Le Conseil supérieur de l'énergie a enfin été consulté.

Compte tenu des délais impartis à la fois pour procéder à l'élaboration de la partie législative du code de l'énergie et pour transposer les directives de 2009 ainsi que de l'expiration du délai de transposition en mars 2011, il a été décidé d'intégrer immédiatement au nouveau code les dispositions de transposition des directives 2009/72 et 2009/73.

Périmètre et plan du code

La question du périmètre a été longuement étudiée afin de décider du code d'accueil des dispositions nucléaires découlant notamment des lois de 2006 (transparence et déchets). Il a été finalement décidé que les dispositions relatives aux installations nucléaires de base et à la politique d'information et de transparence à l'égard du public formaient un ensemble cohérent, ayant vocation à se retrouver au sein du code de l'environnement.

Un plan en grande partie vertical, traitant chaque énergie et chaque secteur correspondant, a été privilégié pour des raisons de lisibilité et de compréhension immédiate des normes s'appliquant à chaque activité.

Un travail approfondi a été nécessaire dans le plan et dans le code pour traduire la réalité de l'ouverture des marchés à la concurrence et l'importance des missions de service public qui demeurent un axe fondamental de la politique énergétique nationale. Le code parvient ainsi à une balance satisfaisante qui rend compte à la fois de la réalité économique et des exigences régaliennes.

Cadre général de la transposition

1° Les deux directives 2009/72 et 2009/73 font partie du « troisième paquet du marché intérieur de l'énergie », adopté en juillet 2009, qui constitue la troisième étape d'ouverture des marchés énergétiques européens, entamée depuis 1996. Cette nouvelle étape a été jugée nécessaire en raison du constat de l'insuffisance de l'ouverture des marchés à la concurrence et du faible degré d'harmonisation des compétences des autorités de régulation nationales de l'énergie. Ces directives visent en particulier à accroître l'indépendance des gestionnaires de réseaux de transport d'électricité ou de gaz de manière à favoriser l'intégration des marchés énergétiques au sein de l'Union européenne.

Les directives offrent à cet effet aux Etats membres trois options jugées équivalentes pour accroître l'indépendance des gestionnaires des réseaux de transport : soit la séparation patrimoniale des réseaux de transport, option privilégiée par la Commission européenne, soit en confier la gestion à une société tierce tout en conservant leur propriété (modèle dit « ISO » [1], soit le renforcement de l'indépendance des gestionnaires de réseaux de transport sous le contrôle du régulateur, option dite « ITO » (2). Cette dernière option, inspirée du modèle français du réseau de transport d'électricité RTE, a été proposée et défendue par la France lors de la négociation des textes communautaires.

Le projet d'ordonnance effectue une transposition du dispositif « ITO ». Comme les dispositions relatives à l'indépendance des gestionnaires de réseaux de transport des deux directives sont identiques, l'option « ITO » a été retenue pour les deux secteurs et transposée de la même manière. Ce choix va permettre aux trois groupes énergétiques français EDF, GDF Suez et Total de demeurer des « entreprises verticalement intégrées », c'est-à-dire intervenant sur l'intégralité de la chaîne énergétique (production, transport, distribution et fourniture d'énergie). Les filiales de transport RTE, GRTgaz et TIGF devront adapter leur mode de fonctionnement et mettre en place un ensemble de règles de déontologie applicables à leurs salariés et dirigeants ainsi qu'à une partie de leurs administrateurs.

Conformément aux directives, la constitution de nouvelles entreprises intégrées est prohibée pour l'avenir. En revanche, rien n'interdit aux entreprises existantes de gaz ou d'électricité de choisir, dans le futur, la séparation patrimoniale pour leurs gestionnaires de réseau de transport.

Les nouvelles dispositions ont donc pour premier objet de faire évoluer les statuts des gestionnaires des réseaux de transport d'électricité ou de gaz naturel en imposant, d'une part, des conditions nouvelles pour leur fonctionnement, déjà fortement dérogatoire au droit commun des sociétés anonymes et en créant, d'autre part, des procédures inédites en droit français : ainsi la Commission de régulation de l'énergie, au travers de la procédure dite « de certification » devra au plus tard d'ici mars 2012, vérifier que les sociétés de transport d'électricité ou de gaz remplissent bien l'ensemble des exigences posées dans l'option « ITO » de manière à pouvoir être désignées comme gestionnaires de réseau. Par ailleurs, les sociétés de transport d'électricité ou de gaz devront également recruter un cadre, personne physique ou morale, chargé tout au long de l'année de contrôler la conformité des engagements d'indépendance pris et d'en référer de manière régulière à la Commission de régulation de l'énergie.

2° Le renforcement de l'indépendance des gestionnaires de réseaux de transport s'accompagne également d'un accroissement des compétences des autorités nationales de régulation vis-à-vis de ces gestionnaires de réseaux de transport, afin de contrôler *ab initio* et au cours du temps la réalité de cette indépendance vis-à-vis de leurs maisons mères.

La Commission de régulation de l'énergie dispose ainsi de nouvelles compétences en matière de suivi des investissements des gestionnaires des réseaux de transport. Les sociétés organisées selon le modèle « ITO » sont tenues d'élaborer un plan ou schéma décennal de développement du réseau dont l'irrespect peut conduire à des sanctions.

Ces directives confèrent aussi de nouvelles compétences aux autorités nationales de régulation afin de faciliter l'harmonisation des règles des marchés énergétiques, notamment en ce qui concerne les conditions d'accès et de raccordement aux infrastructures, y compris aux stockages souterrains de gaz.

Par ailleurs, les modalités d'adoption des tarifs d'utilisation des infrastructures de gaz et des réseaux d'électricité seront adaptées. L'ensemble de ces dispositions impacte les deux premiers titres du livre I^{er} du code de l'énergie, les titres II et III du livre III, ainsi que les titres II et III du livre IV de ce même code.

La présentation du code

Le **livre I^{er}** est consacré à l'organisation générale du secteur de l'énergie et constitue un livre « horizontal ».

Il s'ouvre sur quelques dispositions préliminaires rappelant les principes essentiels en matière de politique énergétique et renvoyant pour le reste à la loi du 13 juillet 2005 précitée et au chapitre IV du titre I^{er} de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

Le **titre I^{er}** présente les principes régissant les secteurs de l'énergie, à savoir, d'une part, les règles applicables aux entreprises de transport d'électricité et de gaz pour mettre en œuvre le dispositif « ITO », la désignation des gestionnaires de transport et de distribution, la séparation des activités de transport et de distribution des activités de production ou de fourniture, les règles applicables aux autres entreprises du secteur, la confidentialité des informations sensibles, la dissociation et la transparence comptable au sein des entreprises intégrées et le droit d'accès des opérateurs aux réseaux et, d'autre part, pour le marché pétrolier, le principe de liberté d'exercice des activités de traitement, transport, stockage et distribution.

Le **titre II** porte sur les obligations de service public et sur la protection des consommateurs et concerne, de fait, uniquement l'électricité et le gaz.

Le **titre III** est relatif à la Commission de régulation de l'énergie : il précise notamment ses missions, son organisation, ses compétences qui sont renforcées dans le cadre de la transposition des directives 2009/72 et 2009/73 ainsi que ses pouvoirs de sanctions, d'enquêtes et de contrôle.

Le **titre IV** traite du rôle de l'Etat en matière de politique énergétique : programmation pluriannuelle des investissements (électricité, gaz et chaleur), suivi de la mise en œuvre de la politique énergétique (électricité, gaz et pétrole), mesures de sauvegarde en cas de crise (mesures applicables à toutes sources d'énergie, électricité, gaz et pétrole), pilotage de la recherche en matière d'énergie (en particulier, IFP Energies nouvelles).

Le **titre V** précise quelques dispositions particulières à Mayotte et aux départements d'outre-mer.

Le **titre VI** contient quelques dispositions spécifiques au personnel des entreprises électriques et gazières, mais hors dispositions relatives au statut de ce personnel laissées hors code, comme cela est généralement le cas pour ce type de dispositions.

Le **livre II** a été créé afin d'isoler et de mettre en valeur toutes les mesures se rapportant à une meilleure maîtrise de la demande d'énergie et au développement des énergies renouvelables. Il reprend en particulier le mécanisme des certificats d'économie d'énergie et comprend de nombreux renvois sur d'autres codes.

Le **livre III** comporte les dispositions relatives à l'électricité.

Son **titre I^{er}** est consacré à la production d'électricité, y compris les procédures mises en place en vue de favoriser certaines productions comme l'obligation d'achat au bénéfice des producteurs d'énergie renouvelable.

Le **titre II** traite du transport et de la distribution d'électricité : à ce titre les autorités concédantes ou organisatrices, la consistance des réseaux, les missions des gestionnaires de réseaux, la qualité de l'électricité (chapitres I^{er} et II) y sont traités. Le chapitre III du titre II est consacré pour sa part plus particulièrement aux ouvrages de transport et de distribution, à leur déclaration d'utilité publique qui permet l'établissement de servitudes et au contrôle de leur exploitation.

Le **titre III** est relatif à la commercialisation de l'électricité. Il comprend un chapitre relatif au choix du fournisseur, où est rappelé en particulier l'important principe du libre choix par tout client de son fournisseur d'électricité, un chapitre sur les contrats de vente, un chapitre sur l'achat pour revente, un chapitre dénommé « dispositions particulières » qui couvre les cas de la commercialisation par une entreprise locale de distribution et des contrats de concession appliqués à la fourniture, un chapitre dénommé « la contribution des fournisseurs à la sécurité d'approvisionnement d'électricité », un chapitre dénommé « l'accès régulé à l'électricité de base », enfin un chapitre consacré aux tarifs. Les chapitres relatifs à la contribution des fournisseurs à la sécurité d'approvisionnement et à l'accès régulé à l'électricité de base, accueillent les dispositions de la loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité. Le chapitre sur les tarifs a été structuré, à la demande de la Commission supérieure de codification, de façon à faire clairement apparaître les différents types de tarifs existants : tarifs réglementés, tarifs de cession aux entreprises locales de distribution, prix d'accès régulés à la base.

Les trois titres suivants traitent respectivement du raccordement aux réseaux (y compris les tarifs d'utilisation des réseaux), des dispositions relatives à l'utilisation de l'électricité et des dispositions particulières à Mayotte.

Le **livre IV** comprend les dispositions relatives au gaz.

Un article préliminaire définit les types de gaz auxquels s'appliquent les dispositions du livre IV comme « tous les types de gaz qui peuvent être injectés et transportés de manière sûre dans les réseaux de gaz naturel ».

Le **titre I^{er}** « La recherche et l'exploitation des gîtes contenant du gaz naturel » est ici « pour ordre » et ne comprend qu'un seul article de renvoi au code minier.

Le **titre II** est relatif au stockage : l'obligation de stockage imposée aux fournisseurs, l'accès aux stockages souterrains de gaz et les obligations qui s'imposent aux opérateurs des stockages souterrains de gaz.

Le **titre III** est relatif au transport et à la distribution de gaz naturel. Il pose le principe d'un régime d'autorisation pour le transport de gaz, et d'un régime de concession pour la distribution. Ce titre traite également des missions des gestionnaires de réseaux ainsi que des ouvrages de transport et de distribution, de leur déclaration d'utilité publique permettant l'établissement de servitudes et de leur contrôle.

La structure du **titre IV** « La commercialisation » est identique à celle du titre III du livre relatif à l'électricité : on y traite du libre choix du fournisseur, des contrats de vente, du régime de la fourniture, du cas de la commercialisation par une entreprise locale de distribution et des tarifs. Un chapitre spécifique organise la vente du biogaz et accueille des dispositions de la récente loi portant engagement national pour l'environnement.

Le livre se termine par le titre V consacré à l'accès et au raccordement aux réseaux et aux installations (y compris les tarifs d'utilisation des réseaux et des installations de gaz naturel liquéfié).

Le **livre V** est consacré aux dispositions relatives à l'utilisation de l'énergie hydraulique et reprend essentiellement les dispositions de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique. La codification de cette loi a posé le problème suivant : elle régit l'usage de la force hydraulique, ce qui recouvre à la fois la production électrique et l'usage de la force mécanique de l'eau, notamment les moulins à eau ou la soufflerie de Modane. Une codification prévue initialement au livre III (dispositions relatives à l'électricité), **titre I^{er}** (production), ne permettait pas la prise en compte des dispositions de la loi de 1919 en tant qu'elles concernent l'usage de la force mécanique de l'eau. Pour résoudre cette difficulté, la solution retenue a été de créer un livre spécifique (« dispositions relatives à l'utilisation de l'énergie hydraulique »).

Ce livre comprend un premier titre consacré aux dispositions communes aux installations hydrauliques autorisées ou concédées. Le principe d'un régime d'exploitation sous autorisation ou sous concession selon la puissance de l'installation y est affirmé.

Le **titre II** relatif aux installations concédées prévoit le contenu du cahier des charges de concession, les servitudes liées à la concession, et précise l'existence d'une énergie « réservée » due par le concessionnaire au bénéficiaire d'un certain nombre d'organismes et personnes publiques (départements, communes, établissements publics...), ainsi que l'existence de redevances proportionnelles, soit au nombre de kilowattheures produits, soit aux dividendes ou aux bénéfices répartis.

Le **titre III** est relatif aux installations hydrauliques autorisées. Celles-ci sont et demeurent régies par les dispositions du code de l'environnement, sous réserve néanmoins des dispositions particulières du code de l'énergie que l'on retrouve au livre V, notamment au titre III.

Le **livre VI** contient les dispositions relatives au pétrole. Il est constitué d'un **titre I^{er}** « Généralités », d'un **titre II** « La recherche et l'exploitation des gîtes contenant du pétrole », d'un **titre III** « Le transport », d'un **titre IV** « Le raffinage et le stockage » qui contient une section particulière sur les produits pétroliers et les carburants renouvelables, d'un **titre V** « La distribution » et enfin d'un **titre VI** « Les dispositions particulières à l'outre-mer ».

Enfin, le **livre VII** est relatif aux réseaux de chaleur et de froid.

L'intitulé restrictif de ce livre s'explique par le fait que les dispositions générales relatives à la chaleur sont quant à elles aux livres I^{er} (programmation des investissements pour la production de chaleur) et II (normes se rapportant aux installations de chauffage).

Ce livre comprend trois titres. Le **titre I^{er}** est relatif à la production de chaleur ainsi qu'au classement des réseaux de chaleur et de froid qui permet de définir dans la zone desserte des réseaux concernés des périmètres de développement prioritaires au sein desquels le raccordement aux réseaux peut être rendu obligatoire. Le **titre II** est consacré aux canalisations de transport et de distribution de chaleur et de froid, le **titre III** étant pour sa part un renvoi au code minier en tant que ce dernier énonce les dispositions relatives au stockage de chaleur.

*
* *

Présentation de l'ordonnance

L'**article 1^{er}** prévoit que les dispositions annexées à la présente ordonnance constituent désormais la partie législative du code de l'énergie.

L'**article 2** prescrit le remplacement simultané des références des textes abrogés par l'article 4 par les références correspondantes dans le code de l'énergie.

L'**article 3** prévoit que les dispositions de la partie législative du code qui citent en les reproduisant des articles d'autres codes ou d'autres textes législatifs sont de plein droit modifiés par l'effet des modifications ultérieures de ces articles.

L'**article 4** vise les textes à abroger, à l'exception de certaines dispositions à conserver en l'état soit en raison de leur caractère provisoire, soit parce que hors champ du code de l'énergie.

L'**article 5** liste un certain nombre de textes relatifs à l'énergie qui sont apparus implicitement abrogés. Il convient maintenant de les abroger explicitement, sans pour autant les faire revivre, d'où l'expression particulière utilisée « sont et demeurent abrogés ».

L'**article 6** liste de la manière la plus précise possible les dispositions de nature réglementaire, dont l'abrogation ne prendra donc effet qu'à compter de la publication des dispositions réglementaires correspondantes du code de l'énergie.

L'**article 7** précise les délais de mise en œuvre de la procédure de première certification par la Commission de régulation de l'énergie des gestionnaires de réseaux de transport d'électricité et de gaz.

Les **articles 8** et **9** précisent certaines dates d'entrée en vigueur spécifiques s'appliquant à quelques dispositions codifiées.

L'**article 10** réécrit trois articles du code de la construction et de l'habitation qui sont des articles en mode « code suiveur » reprenant le contenu de dispositions codifiées au code de l'énergie.

L'**article 11** réécrit un article du code de l'environnement relatif aux règlements d'eau des entreprises hydroélectriques concédées.

L'**article 12** précise les dispositions dont l'abrogation doit être différée.

L'**article 13** organise un dispositif transitoire pour la mise en œuvre de la nouvelle interdiction faite aux salariés et aux dirigeants des sociétés gestionnaires des réseaux de transport d'électricité et de gaz de posséder un intérêt quelconque dans les autres sociétés composant l'entreprise verticalement intégrée.

L'**article 14** prévoit une entrée en vigueur différée de la présente ordonnance, au premier jour du mois suivant sa publication.

L'**article 15** est l'article d'exécution.

Tel est l'objet de la présente ordonnance que nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation. Veuillez agréer, monsieur le Président de la République, l'assurance de notre profond respect.

(1) « Gestionnaire de réseau indépendant » (Independent System Operator).

(2) « Gestionnaire de réseau de transport indépendant » (Independent Transmission Operator).