



Contrats et entreprises des secteurs régulés

Synthèse de conférence

Université Paris Dauphine-PSL, 9 décembre 2021



Dauphine | PSL 
CHAIRE GOUVERNANCE
ET RÉGULATION

**Conférence organisée par la Chaire
Gouvernance et Régulation et le
Centre de recherche Droit Dauphine**

Le 9 décembre 2021



Synthèse n°77
Université Paris Dauphine-PSL

Contrats et entreprises des secteurs régulés

Président

Philippe Terneyre, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Propos introductifs

Thierry Tuot, Président adjoint de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat, Président du CoRDIS, Professeur associé à l'Université Paris-Dauphine PSL

Intervenants

Christian Ambrun, Directeur juridique, Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR)

Pierre-Jean Benghozi, Directeur de recherche CNRS, Professeur à Polytechnique

Claudie Boiteau, Professeure de droit public, Université Paris-Dauphine PSL

Éric Brousseau, Professeur d'économie et de management, Directeur scientifique de la Chaire Gouvernance et Régulation, Université Paris-Dauphine PSL

Mathieu Cacciali, Directeur juridique adjoint, GRT Gaz

Jean-François Ducoing, SNCF Réseau

Pascale Idoux, Professeure de droit public, Université de Montpellier

Marta Franch y Saguer, Professeur de droit public, Université Autonome de Barcelone

Dominique Jamme, Directeur général, Commission de régulation de l'énergie (CRE)

Alexandra Bonhomme, Directrice juridique, Commission de régulation de l'énergie (CRE)

Philippe de Ladoucette, anc. Président de la CRE

Aurore Laget-Annamayer, Professeure de droit public, Université de Rouen

Stéphane de La Rosa, Professeur de droit public, Université de Créteil

François Lichère, Professeur de droit public, Université Lyon 3

Gabriel Lluch, Directeur juridique concurrence et réglementation, Orange

Marc de Monsebernard, Avocat à la Cour, Klein.Wenner

Jean-Baptiste Morel, Directeur juridique adjoint, Enedis

**Pierre-Édouard Pivois, Direction juridique et des assurances, Responsable du département
compliance, régulation et opérations aéroportuaires, Groupe ADP**

Tony Prosser, Professeur de droit, Université de Bristol

Paul Ravetto, Avocat à la Cour, Ravetto Associés

Arnaud Raynouard, Professeur de droit privé, Université Paris-Dauphine PSL

Sommaire

Propos introductifs.....7

Thierry Tuot | Président adjoint de la section de l'intérieur du Conseil d'État ; Président du CoRDIS ;
Professeur associé à l'Université Paris-Dauphine PSL

Philippe Terneyre, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Discussions entre les intervenants.....11

Propos introductifs

Thierry Tuot | Président adjoint de la section de l'intérieur du Conseil d'État ; Président du CoRDIS ; Professeur associé à l'Université Paris-Dauphine PSL

Je dédie ces propos introductifs à notre jeune collègue Édouard Crépey, emporté à l'âge de 45 ans par une crise cardiaque il y a une dizaine de jours. Il transformait très souvent ce qu'il touchait en matière juridique en métal précieux. Il était ainsi l'un des pères de la question prioritaire de constitutionnalité et avait été, dans le domaine contractuel, le rapporteur de l'arrêt de section Aix-en-Provence. Je tenais à honorer brièvement sa mémoire ici, comme nous l'avons également fait au Conseil d'État.

N'étant pas un expert de la question, je souhaite ouvrir le débat de manière naïve, en disant tout ce que j'en attends.

Le contrat dans la régulation : un impensé ?

De façon pour le moins surprenante, la question centrale du contrat dans la régulation n'a pas encore été beaucoup abordée. Elle devrait pourtant être la porte d'entrée dans la régulation. De fait, le contrat est l'expression du bon fonctionnement du marché. Pourtant, le droit de l'Union européenne comme le droit national font de ce dernier un accessoire quasi-évident.

Dans la régulation la plus récente, celle des autoroutes, la nécessité de repenser les contrats de concession et leur régime n'a jamais été interrogée. De la même façon, dans les régulations plus anciennes comme celles de l'énergie ou du téléphone, la forme et la spécificité des contrats à venir n'ont jamais été pensées. Ce déficit de conceptualisation du rôle du contrat se retrouve aussi dans le droit positif. Pourtant, les contrats sont partout. Dans le code de l'énergie, par exemple, le recensement de l'occurrence « contrat » représente 55 pages !

Le contrat vu de l'entreprise

Face à l'immense hétérogénéité des contrats, est-il possible d'établir une typologie de contrats sur un marché régulé ? Le contrat contraint, par exemple, a-t-il un rapport avec la régulation ? Est-ce vraiment un contrat ? Quel est son degré d'autonomie par rapport aux canons classiques du contrat ? En rendant obligatoire la passation de contrat, n'a-t-on pas déguisé en relation quasi-contractuelle une relation normative, administrée et unilatérale ?

De très nombreux contrats contraints sont soit obligatoires dans leur existence, soit déterminés dans leur modèle. Le régulateur s'est beaucoup investi pour inventer de nouveaux contrats (contrat d'accès au réseau, contrat d'itinérance, etc.), sans que le législateur l'ait prévu. A-t-il fait autre chose que se substituer aux lignes directrices des contrats des ministères ? Existe-t-il une façon de contractualiser pour les contrats contraints ou obligés ?

L'entreprise est confrontée à une myriade d'obligations contractuelles, pas très originales au regard de celles des marchés non régulés. La comparaison avec des secteurs techniques semblables, comme la distribution de l'eau, serait sans doute une piste féconde d'analyse.

Vu de l'entreprise, l'on peut se demander si le « bon vieux contrat administratif » ne continue pas à faire ses ravages coutumiers. Il est assez inquiétant de continuer à observer une asymétrie juridique au profit de la partie publique. Certains auteurs parlent d'abus de position juridique dominante au profit de l'État, du régulateur ou de l'entreprise de service public. Le cas échéant, le contrat serait, dans la sphère de la régulation, le cheval de Troie du retour du vieil État. De la même façon, l'absence de statut propre au contrat dans la régulation incite aussi à se demander si le « bon vieux contrat d'adhésion », qui figurait au revers des factures d'électricité, de gaz et de téléphone, n'est pas encore assez largement en vigueur.

Le contrat vu du consommateur

Dans la régulation, le contrat devrait être le reflet de l'instauration d'un pouvoir au profit du consommateur, auquel on doit des prix vrais et un fonctionnement sincère et harmonieux des marchés. Hélas, l'asymétrie règne toujours – qu'il s'agisse de l'asymétrie de négociation ou de l'asymétrie informationnelle, en dépit des progrès observés.

Au-delà de la myriade de consommateurs individuels, un consumérisme reste à inventer, avec des acteurs intermédiaires que le régulateur pourrait encourager.

L'on peut également se demander si le consommateur – en particulier les gros consommateurs industriels – a suffisamment de liberté contractuelle. N'assiste-t-on pas plutôt, au fil du temps, à une forme d'administration des contrats trop contraignante, rigoureuse et normative ? Alors que l'alternative à la loi devrait être le contrat, tout se passe comme si, pour nombre de régulateurs, l'alternative était leur propre loi et le droit prétendu souple. Il s'agit pourtant de fixer aux parties l'encadrement nécessaire pour qu'une liberté contractuelle responsable soit réellement assumée.

Le contrat vu du juge

L'entrée en régulation aurait dû se traduire par un effort conceptuel de la part du juge, qui aurait notamment porté sur le contrat comme levier de libéralisation du fonctionnement du marché. Or le Conseil d'État n'a pas pris l'entière mesure de la révolution à laquelle on l'appelait.

Les grands arrêts montrent que l'idée selon laquelle il faut défendre l'État contre la prédation des entreprises est toujours vive. En assurant de manière déterminée, obstinée et (excessivement) persistante la sécurité de l'État, n'a-t-on pas créé une insécurité ou une asymétrie juridique aux dépens de l'entreprise, car préjudiciable aux investissements ?

Quelques progrès jurisprudentiels sont à noter dans l'appréciation des droits du cocontractant devant le juge. Mais, sur le fond, le régime administratif est-il adapté au fonctionnement des marchés ? Cette interrogation est aussi, pour moi, une inquiétude.

Et demain ?

Il convient de réfléchir à un avenir qui donnerait au contrat un statut qu'il n'a pas encore.

Dans ce cadre, le premier sujet doit être celui du contrat comme outil de régulation à la main des acteurs du marché. Discerner le bon du mauvais contrat, c'est être capable de dire quels sont les objectifs de l'activité contractuelle. En l'occurrence, on attend du régulateur non pas qu'il administre le marché, mais qu'il dise ce qu'il estime être le fonctionnement du marché conforme aux objectifs du législateur et qu'il incite les parties à exercer toutes leurs libertés contractuelles, avec le *benign neglect* comme trace de la bonne régulation.

Une autre piste à explorer est celle du contrat comme alternative à « l'hystérie » normative. Cela permettrait, à condition que le contrat échappe à la variabilité normative, de restaurer une forme de sécurité juridique, de coopération et d'invention par le marché des règles de son bon fonctionnement.

Philippe Terneyre | Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

10

Le thème des contrats dans le secteur régulé peut s'analyser au regard de l'actualité immédiate, notamment marquée par :

- le décret du 26 octobre 2021 sur la révision des contrats de soutien à la production d'électricité d'origine photovoltaïque faisant suite à une décision du Conseil constitutionnel relative à l'intervention du législateur dans les contrats en cours d'exécution,
- l'arrêt du Conseil d'État du 27 octobre 2021 sur les concessions de distribution d'électricité,
- le contentieux autour des contrats d'itinérance passés entre Orange et Free, dans lequel le Conseil d'État a eu à statuer à deux reprises et le régulateur s'est vu reprocher de ne pas être intervenu,
- la volonté de remise en cause du marché de l'énergie par les autorités françaises et italiennes,
- la crise du transport aérien, qui met au tapis la plupart des aéroports régionaux et, dans une moindre mesure, les aéroports parisiens,
- la mise au ban des autoroutes, éternel bouc émissaire,
- la disparition du service public à la français avec le passage de la notion d'utilisateur à celle de consommateur et de client.

Discussion entre les intervenants

Philippe Terneyre

Je vous propose de commencer nos échanges avec les deux questions suivantes. **Existe-t-il des contrats dans les entreprises régulées et, le cas échéant, quelle est leur typologie ? Le droit de la régulation heurte-t-il le droit commun des contrats ?** Nous pourrions notamment évoquer l'exemple des contrats administratifs par détermination de la loi.

Jean-François Ducoing, SNCF Réseau

Je suis directeur des projets territoriaux, mais je porte encore le sujet de la contractualisation avec l'État dans le cadre de mes anciennes fonctions de directeur de la régulation et de l'économie du réseau.

Les chemins de fer ont une pratique historique de la contractualisation, sous la forme de concessions jusqu'en 1981. À l'époque, le contexte était celui de monopoles locaux (compagnies concessionnaires) ou national (SNCF). Aujourd'hui, le contexte est à la fois celui du monopole pour le réseau et d'ouverture des marchés de transport (fret et voyageurs), et la contractualisation distingue ces deux dimensions.

Dans le transport, la contractualisation est classique : les régions passeront des appels d'offres pour choisir un exploitant ferroviaire. Il n'existe pas de contrat pour l'activité de transport à grande vitesse, censée être concurrentielle mais à laquelle l'État impose des *shadow SP*, ou obligations implicites de service public. En l'absence de contractualisation, cette activité ne perçoit pas de compensation au titre de ses missions de service public (sauf de manière marginale, par exemple prix réduits pour les miliaires).

Dans l'infrastructure, le cadre est posé par la législation européenne et précisé par la législation française : un contrat doit être conclu avec l'État pour la gestion du réseau. La loi est assez peu précise quant aux attendus de ce contrat, et se contente d'en énoncer les grands principes. SNCF Réseau et l'État doivent convenir des voies et moyens de la gestion du réseau ferré sur dix ans, dans un contexte de régulation lié au rôle du régulateur et à l'implication des parties prenantes (opérateurs de transport, régions et autres).

Même s'il n'est pas complètement normé, le contrat doit fixer les grands objectifs et les grandes orientations de la gestion du réseau, avec des indicateurs associés et une trajectoire économique de fond (besoin de financement du réseau, objectifs de réduction des coûts assignés par l'État, contributions publiques, perspectives tarifaires applicables aux opérateurs).

Ce contrat est un peu à rebours des contrats de concession, car il ne prévoit ni sanctions financières ni pénalités en cas de non-atteinte des objectifs. C'est lié au fait que les moyens de fonctionner de SNCF Réseau sont insuffisants.

L'exercice contractuel est en cours. Le contrat a été soumis à la consultation des parties prenantes et de l'autorité de régulation.

Plusieurs points d'achoppement peuvent être soulignés. D'une part, si le besoin de financement du réseau est contractualisé, les parties ont conscience qu'il n'est pas suffisant et qu'il faudra produire d'autres exercices, peut-être contractuels, pour assurer un complément. Le régulateur ne manquera pas de mentionner ce point dans son avis.

D'autre part, le régulateur intervient peu dans cet exercice contractuel. Il émet des recommandations, mais la négociation se fait directement entre SNCF Réseau et l'État. *In fine*, c'est toutefois à lui qu'il revient de valider les trajectoires de péage (redevances) inscrites dans le contrat. L'exercice comporte donc un biais et un piège : l'un des paramètres les plus importants, les recettes tirées de l'usage du réseau, pourrait être « blessé » par une intervention ultérieure du régulateur. Nous sommes peut-être dans une « sous-régulation » !

Enfin, un autre biais concerne la place des clients et des consommateurs. L'État énonce les politiques publiques et exerce son pouvoir contractuel en tenant compte de l'intérêt général et de l'expression des opérateurs – lesquels sont néanmoins formellement assez absents de l'exercice contractuel, ce dont ils se plaignent.

Christian Ambrun, Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR)

La notion d'usager est celle qui prévaut sur le plan juridique et se complète avec celle de client afin d'offrir un service plus complet aux utilisateurs des réseaux autoroutiers.

Les relations contractuelles au sein des concessions autoroutières sont à la fois celles exercées avec l'État et liées à la gestion de l'activité (sous-concessions d'occupation du domaine pour les installations commerciales du réseau autoroutier et marchés avec les entreprises liées). Les contrats de concession sont perçus comme un outil d'investissement et une possibilité d'aménagement des réseaux pour offrir de nouvelles infrastructures et de nouveaux services.

Depuis la loi d'août 2015 dite Macron, nous entretenons une relation à trois avec notre cocontractant qu'est l'État et avec notre autorité de contrôle qu'est l'ART – qu'il s'agisse de l'évolution du contrat de concession ou des nouvelles concessions. L'asymétrie d'information initiale est de plus en plus ténue, grâce à la production de mesures d'instruction par l'ART. Par ailleurs, même si quelques dispositions législatives et réglementaires encadrent ces relations, les normes et les critères qui nous guident pour faire évoluer nos contrats sont principalement issus des avis du Conseil d'État et de l'ART.

Bien qu'ils soient conclus entre personnes privées, les contrats d'occupation du domaine ou d'installation commerciale sont considérés comme administratifs car ils touchent à l'occupation du domaine public, ils font l'objet de procédures de publicité et de mise en concurrence et relèvent de la compétence des juridictions administratives.

S'agissant des marchés de travaux, de fournitures et de services, les procédures de publicité et de mise en concurrence que nous mettons en œuvre sont celles du code de la commande publique, avec une particularité toutefois : depuis l'arrêt Rispal, ces contrats sont de droit privé. Il est du même coup parfois difficile d'expliquer devant le juge judiciaire le choix de certaines procédures comme la négociation ou le dialogue compétitif. La rédaction de ces marchés est donc particulièrement complexe. De notre point de vue, le juge judiciaire lui-même commet parfois des erreurs d'analyse lorsqu'il est amené à se prononcer en matière de référé contractuel.

Philippe Terneyre

Appelez-vous de vos vœux une intervention du législateur pour dire que ces contrats entre personnes privées sont des contrats administratifs ?

Christian Ambrun

Oui !

Philippe Terneyre

Vous avez mis en lumière un premier hiatus entre un contrat avec l'État dans lequel le régulateur intervient peu, et une intervention massive de l'autorité de régulation depuis quelques années.

Qu'en est-il pour Aéroports de Paris ?

Pierre-Édouard Pivois, Groupe ADP

Notre pierre angulaire est le contrat de régulation économique, dont notre groupe est actuellement orphelin du fait de la mise au tapis que vous évoquiez en introduction. Ce contrat est administratif et très peu encadré par les textes, et les références jurisprudentielles sont peu nombreuses.

Le Conseil d'État s'est prononcé sur le contrat de régulation économique de 2016-2020, en considérant qu'à l'instar d'un contrat de concession, les dispositions financières sont réglementaires.

En pratique, les discussions avec les parties prenantes se cristallisent toujours sur des éléments financiers comme le coût moyen pondéré du capital, et laissent peu de place au débat avec les usagers que sont les compagnies aériennes – même si elles sont consultées en amont – au sujet des programmes d'investissement. En somme, la procédure de consultation est jugée décevante car elle se limite à vérifier que les activités atteindront le niveau de rentabilité espéré. Cela étant, le contexte actuel tend à faire renaître une forme de consultation plus pertinente, incluant notamment les investissements.

Le contrat de régulation économique est signé avec l'État, en l'occurrence la DGAC, qui agit en quelque sorte pour les compagnies aériennes. Ce contrat, qui fait l'objet d'un suivi un peu formel, a pour objet de fixer un programme d'investissement et, surtout, le plafond des redevances annuelles de services publics aéroportuaires. Ce deuxième élément cristallise les débats jusqu'à l'excès, car il faut résoudre une équation complexe entre la qualité de service proposé, le niveau d'investissement et les capacités d'investissement.

À la différence du secteur ferroviaire, l'ART intervient largement dans le processus d'élaboration du contrat de régulation économique. Elle donne désormais, en début de procédure, un avis de cadrage sur le coût moyen pondéré du capital. C'est une forme de consultation de l'État. Tel est le fruit des dernières évolutions de la loi de privatisation d'ADP : le contrôle du régulateur a été renforcé dès lors qu'ADP sortait du secteur public. Toutefois, ces dispositions sont entrées en vigueur, alors même que la privatisation n'a pas eu lieu. De notre point de vue, cela place l'ART dans une situation étrange, car l'existence de ce contrat annuel de régulation économique limite l'intervention du régulateur.

D'autres contrats, en partie administratifs, sont également concernés par la régulation économique. Ils régissent la fourniture d'énergie, l'activité des parkings, etc. Mais, dans un périmètre où la rentabilité est limitée, il n'y a pas vraiment d'incitation à investir dans ces secteurs annexes.

Jean-Baptiste Morel, Enedis

Trois types de contrat peuvent être identifiés chez Enedis :

- les contrats à forte densité régulatoire, à savoir ceux permettant l'accès au réseau de distribution. Cette forte densité régulatoire est tout à fait normale car il s'agit ici, dans le respect de la loi, d'assurer un accès non discriminatoire à des réseaux publics dont l'exploitation est confiée, à titre exclusif, aux gestionnaires de réseaux sur leurs périmètres respectifs ;
- les contrats qui « baignent » dans un environnement régulatoire moindre, et qui comprennent, d'un côté le contrat de service public conclu avec l'État et, de l'autre, les contrats de concession (que le gestionnaire de distribution d'électricité concluent avec les autorités concédantes au titre de ses droits exclusifs) ;
- les contrats attachés à tout un panel d'activités émancipées de la régulation, comme les contrats de prestations conclus par Enedis avec des tiers pour répondre aux différentes missions que la loi, les règlements et les contrats de concession lui ont confié.

En tant qu'entité adjudicatrice, Enedis passe quotidiennement des contrats de prestation avec des tiers (à hauteur de 4,5 milliards d'euros par an). Ceux-ci relèvent du droit commun de la commande publique, même s'ils contiennent une dimension de droit privé. Si l'environnement juridique autour de ces marchés de prestation échappe a priori à la régulation, cette dernière ne leur est toutefois pas étrangère, loin s'en faut ! A titre d'exemple, lorsqu'il a fallu procéder au déploiement des compteurs intelligents Linky sur le territoire métropolitain, une délibération de la CRE a fixé notre niveau de rémunération sur la base d'indicateurs de performance. L'exigence qui pèse sur Enedis au titre de cette régulation incitative forte et légitime a nécessairement un impact sur la façon dont nous conduisons nos appels d'offres et dont nous assurons le pilotage des contrats (de fourniture et de pose des compteurs) avec nos prestataires.

Philippe Terneyre

Qu'en est-il du secteur des télécommunications ?

Gabriel Lluch, Orange

Si ce secteur peut paraître moins régulé, il l'a été historiquement, puisqu'il était soumis à des principes d'homologation préalable des catalogues d'offres vis-à-vis des opérateurs tiers mais aussi des offres de détail.

Nous utilisons toute une typologie de contrats, qui va du moins régulé au très régulé, la gradation allant de pair avec la notion de sécurité.

Le type de contrat le moins régulé est celui qui fixe nos tarifs de détail (hors contrats relevant du service universel des communications électroniques). Il relève du droit privé, mais selon des conditions encadrées par la désignation de l'opérateur télécom en charge. Dès lors qu'il n'existe plus d'opérateur en charge du service universel, il faut attendre ce que décidera l'État à ce sujet.

L'ancien monopole régulé pour son accès au réseau est régi par deux autres types de contrat : le contrat d'accès au réseau en monopole et les contrats contraints, spécifiques au secteur des télécommunications. Ces contrats de droit privé sont très régulés, sachant que nous avons une obligation à respecter et que le régulateur définit la nature de cette obligation.

La dernière typologie de contrat est très récente : il s'agit de contrats que les opérateurs concluent volontairement avec l'État sous la forme d'engagements contraignants et sanctionnables, en vue de conserver dans le champ du privé un certain nombre de prérogatives. Les régions, les départements et les collectivités peuvent décider d'intervenir dans le champ des télécoms en cas de carence des opérateurs du secteur privé, à moins que ceux-ci ne se soient engagés à le faire auprès de l'État (cf. article L33-13 du code des postes et télécommunications). Cet engagement contractuel nous expose à des sanctions et comporte un mécanisme de convention que nous devons respecter.

Enfin, certains contrats impliquent plusieurs acteurs. C'est notamment le cas des contrats régissant les réseaux d'initiative publique, qui permettent à un délégataire (opérateur) de commercialiser des offres au nom d'une autorité délégante (collectivité), sous l'égide d'un régulateur qui se prononce sur ces offres.

En conclusion, une bonne partie des activités du monde des télécoms est encore sous le contrôle d'une régulation, ce qui crée une insécurité assez forte alors que ce monde est très concurrentiel et que l'essentiel des relations devraient être d'ordre privé.

Philippe Terneyre

J'invite Monsieur Benghozi à nous faire part de ses réflexions.

Pierre-Jean Benghozi, CNRS

J'interviendra d'une part comme économiste et non comme juriste, et d'autre part comme quelqu'un qui a été plongé dans la régulation au Collège de l'Arcep et qui garde toujours un pied dans ce domaine puisque je suis chargé d'une mission d'évaluation du plan France Très Haut Débit, au titre de la réglementation des aides d'Etat.

Les contrats volontaires qui viennent d'être évoqués dans les interventions précédentes me font penser à des situations que l'on a aussi retrouvé dans le champ des communications électroniques. Ainsi, un « New Deal Mobile » a été signé il y a quelques années en vue d'accélérer la couverture mobile des zones blanches, moyennant un jeu assez compliqué entre des contrats volontaires des opérateurs et une identification des zones faisant l'objet de tels contrats reposant sur des initiatives prises par les collectivités pour faire remonter des demandes locales.

Le domaine des télécommunications connaît aussi d'autres contrats, naturellement, beaucoup plus précis, qui sont sous le strict contrôle de la régulation, comme ceux qui organisent les marchés de gros dans le secteur des télécoms ou les contrats d'itinérance.

Il existe également des contrats privés – voire des contrats restants confidentiels – comme ceux de construction de travaux et de lignes, qui relèvent d'accords entre des acteurs privés même s'ils s'appuient, dans certains cas, sur des obligations notamment en matière de qualité technique.

S'agissant de la définition des contrats et des obligations associées, je considère que la régulation fournit et assure un cadre : mais ce dernier comporte une part interprétative importante et qui demeure ouverte. Si des institutions de règlement des différends ont été mises en place par les régulateurs, c'est bien parce que les contrats n'encadrent pas tout, malgré les contraintes imposées par ces mêmes régulateurs.

Je prendrai, pour illustrer ce point, un exemple très loin des secteurs dont on parle. Alors qu'il était contraint d'embaucher plusieurs années à l'avance les chanteurs lyriques pour ses projets, le directeur du Metropolitan Opera m'avait confié qu'il jugeait préférable de signer avec eux des « contrats de confiance » de quelques pages plutôt que des contrats de plusieurs centaines de pages, suggérés par les lawyers et qui tentaient de couvrir tous les risques de défaillance... sans réussir à empêcher un désistement si un chanteur le souhaitait. Mieux valait donc s'appuyer sur une relation de confiance car en cas de défaillance, le chanteur risquait de voir compromise sa réputation de fiabilité : un risque souvent plus fort que celui d'une clause contractuelle. L'on retrouve dans certains aspects de la régulation cette alternative entre la volonté de tout contrôler et la capacité de construire dans la durée une forme de relation de confiance. C'est d'autant plus le cas dans la régulation du secteur des télécoms, qui ne comprend qu'un nombre très limité d'acteurs, et s'inscrit donc dans ce que l'on peut qualifier des relations de « club ».

Dans cette perspective, la régulation permet de prendre en charge des éléments de la discussion que les acteurs n'ont plus à négocier, la régulation a de ce fait un côté facilitateur. Par contre, elle n'agit pas sur les seules entreprises régulées. Les contrats de travaux dans le secteur de la fibre, par exemple, montrent un « empilement » de sous-traitants, dont certains ne sont pas du tout régulés.

Dans tous cas, se pose naturellement le problème - classique dans la théorie des contrats - des asymétries d'information entre acteurs, notamment pour ce qui concerne le régulateur. La question est un peu plus complexe que ce que pourrait laisser croire les obligations légales qu'ont les opérateurs de fournir régulièrement des informations au régulateur. Sans même évoquer les limites liées au secret des affaires, je ne suis pas convaincu par l'argument selon lequel tout serait tellement cadré par la loi que le régulateur saurait tout ce dont il a besoin pour établir ses avis et prendre ses décisions.

En conclusion, la tendance à la régulation se traduit par des dynamiques assez différentes. Il s'agit d'une part de stimuler des relations de confiance avec les acteurs régulés, en incitant donc, d'une certaine manière, à un renforcement de l'autorégulation. Mais on constate aussi, d'autre part, un mouvement vers une demande de plus en plus conséquente d'informations aux entreprises de la part du régulateur : à la fois pour améliorer sa connaissance des situations et stratégies en œuvre, et pour développer des actions de « régulation par la data » en partageant certaines de ces informations. Dans un cas comme dans l'autre, cela pose le problème de la collecte et du classement de ces informations. Comme le montre en outre le travail d'évaluation que nous menons au titre des aides d'État, la situation est d'autant plus complexe en la matière que certaines données a priori publiques et faciles d'accès sont en réalité très difficiles à construire et à agréger.

Philippe Terneyre

C'est l'éternel problème de la surinformation qui finit par créer de la désinformation !

La parole est à notre collègue de Bristol.

Tony Prosser, Université de Bristol

UK rail transport is in the throes of major reform. Having no separate law governing public contracts, we in theory apply the ordinary rules derived from common law, which are essentially those of private law. In practice, though, the situation is highly regulated by internal government rules, with standard terms, such that we have an extensive regulation of contracts without a separate concept of public law contracts.

The European Union procurement regime, already hugely important in the past, remains in force today. The Government has introduced a consultation document aimed at ultimately introducing a new, more relaxed regime. However, the opportunities for change are very limited, being subject to tight constraints by the World Trade Organisation's Agreement on government procurement as well as the access commitments under the Trade and Cooperation Agreement with the EU signed upon Brexit. Consequently, I do not anticipate major changes.

As to regulation, it is concerned in large part with contractual issues. The recent crisis of energy prices has been due to contracts' proving inadequate for hedging and anticipating price increases in energy supplies. Seen as one of many commercial activities, contracting has not been given any distinctive regulatory approach.

Much more than other European States, the UK has made massive use of contracts to entrust the provision of public services to private players. The coalition government under David Cameron suggested that virtually every public service could be contracted out. This trend is thus not associated with the development of regulatory authorities; instead, the contract is the means of regulation.

Regulation takes place to the terms set out in the contracts, as enforced by the Government as co-contractor. Rail passenger services are a prime example. When the UK rail network was privatised in 1983, the provision of passenger services was placed under the franchise regime. In essence private law contracts, these franchises give a company the right to provide services on a particular group of routes, bundling profitable and non-profitable services to ensure that the latter, those less appealing, are still provided.

Whereas in principle, they were to be awarded by competitive tendering, there has been very limited EU-style open access competition, such that they effectively they provide a monopoly under terms set out in the franchise. Here again, the contract, i.e., the franchise is being used as a means of regulation.

Thus, in practise, this system has been a complete failure, to the Government's own admission, due to three major flaws:

- Firstly, due to a lack of trust that private companies would provide the services needed to meet public service goals, the contracts issued were far too lengthy and detailed, averaging 1,000 tightly-structured pages,
- Secondly and most weightily, serious problems arose when it came to the transfer of risk, in particular that of a fall in revenues should demand decline. As a result, three groups of services are now under public control, provided for by a public sector operator of last resort. This problem has also led to an abandonment of competitive tendering: rather than running complete competitive bids for the franchises, they were simply extended to the existing operators.
- The third problem was lack of coordination between players, which in 2018, led most spectacularly to the collapse of the timetabling system over a large part of the country.

This system could not withstand Covid, which nearly dried up all passenger demand and thus all revenues.

It was replaced by temporary contracts in which the government retained risk: the companies were paid a fixed fee, not dependant on the revenues they could earn.

This system is now to be made permanent, with new passenger service contracts very different from the franchises.

- The risk of falling revenue will be retained by government, while the services will continue to be provided by private operators.
- Tendering for contracts, meanwhile, will be undertaken by a new public body, Great British Railways, which will also include the infrastructure operator.
- These contracts, still under development, will not attempt to transfer revenue risk, and to some extent, make link payment under contract to performance, as measured through monitoring procedures still to be defined.

Unclear is the future of the regulatory body, the Office of Road and Rail, which has predominantly been a regulator of infrastructure, not services. There is further a lack of clarity as to what extent regional bodies will be involved in this process. While the devolved nations of Scotland and Wales have had quite a prominent role in rail, there is a limited role from the regions for the moment.

Two lessons emerge:

- Firstly, contracts with highly detailed requirements proved ineffective in ensuring that private companies would be trusted to provide unprofitable services for public service purposes. Regulation proved much more operative in this respect, being more flexible, more responsive to a wider range of those interested consumers, and more nuanced.
- Secondly, contracts cannot be used by governments to effectively transfer risks that are out of the control of the private provider.

Philippe Terneyre

Je n'avais jamais entendu une critique aussi en règle de l'opération britannique de privatisation des transports ferroviaires ! Est-ce à dire que ce que nous commençons à entreprendre en France est voué à l'échec ? Je constate aussi que, même dans un système de droit commun, vous êtes confrontés aux mêmes problèmes et que vous les réglez de la même façon que nous.

Je vous propose d'entamer un nouveau tour de table sur d'autres sujets. **En quoi le droit de la régulation affecte le droit des contrats et ce qu'il en est lorsque le contrat est administratif, mais conclu entre deux personnes privées. Le cas échéant, la personne privée dispose-t-elle des prérogatives que l'on reconnaît traditionnellement aux collectivités publiques ? Un contrat de ce type peut-il être animé par la capacité d'une des personnes à détenir des prérogatives exorbitantes (pouvoir de modification unilatérale, droit de résiliation, etc.) en totale contradiction avec le droit privé des contrats ?**

Le contentieux des autoroutes ou celui des travaux chez Enedis est confronté au fait que les référés précontractuels relèvent des juges judiciaires, lesquels sont le plus souvent désarmés devant ce genre de dossier, car ils ne détiennent ni les codes ni les réflexes appropriés pour les traiter. Une des solutions pourrait-elle être la re-publicisation de ces contrats de droit privé ?

Jean-François Ducoing

Pour SNCF Réseau – entreprise de forme privée (société anonyme) dont l'État demeure l'unique actionnaire –, les contrats qualifiés d'administratifs par la loi sont ceux de travaux et d'occupation du domaine. Le législateur a fait ce choix sans doute par conservatisme, car SNCF Réseau et les entreprises de travaux y étaient déjà habituées dans le cadre de la commande publique. Je pense que cela leur convient.

Le champ d'autres contrats est plus incertain. Ainsi, l'accès au réseau est réglementé de façon unilatérale et n'est régi par aucun contrat. En effet, il serait trop complexe de mettre au point des contrats pour agencer les besoins de sillons des différents opérateurs. L'utilisation du réseau fait l'objet d'une contractualisation assez pauvre, sachant qu'un champ de régulation existe par ailleurs. Ces contrats d'utilisation du réseau relèvent plutôt du droit privé et sont assez peu régulés. Le régulateur n'intervient que sommairement et laisse le champ libre aux parties pour organiser leur relation contractuelle.

Philippe Terneyre

J'invite maintenant Marc de Monsebernard et Paul Ravetto à s'exprimer.

Marc de Monsebernard, Avocat à la Cour

Tout le monde avait relevé la curiosité du cas de SNCF Réseau, dont les marchés demeurent des contrats administratifs, alors que les marchés passés par sa filiale Gares & Connexions ne le sont pas. Pourquoi des contrats administratifs sont-ils subitement devenus des contrats de droit privé, alors que les missions de l'entreprise concernée et l'objet de ces contrats n'ont pas été modifiés ? Je n'ai pas la réponse !

Par ailleurs, le régulateur n'est-il pas trop interventionniste dans le contenu des contrats que les entreprises régulées concluent avec l'État ? Ne devrait-il pas plutôt se cantonner à contrôler les objectifs qui sont fixés aux entreprises régulées ? D'après mon expérience, il peut avoir tendance à contrôler jusqu'à la place d'une virgule dans les contrats d'accès au réseau, ce qui me laisse perplexe !

Enfin, les contrats passés par les entreprises régulées soulèvent de véritables questions de compétences juridictionnelles. Dans le secteur des communications électroniques, caractérisé par des contrats de délégation de service public, une partie du contentieux peut relever de l'Arcep ou de la Cour d'appel de Paris. Le secteur du ferroviaire fournit de beaux cas d'espèce à examiner, avec les contrats passés pour les concessions de service des TER : ces contrats sont sans aucun doute administratifs, partiellement régis par le code des transports, et l'ART joue un rôle essentiel sous le contrôle de la Cour d'appel de Paris dans la procédure de passation – laquelle relève, par ailleurs, du juge administratif.

Philippe Terneyre

Les contrats en cours d'exécution, conclus par une personne publique devenue privée, demeurent de droit public jusqu'à expiration.

Paul Ravetto, Avocat à la Cour

J'exprimerai quelques observations tirées de mon expérience dans les secteurs de l'énergie. Le contrat y est partout présent, mais dans certaines sphères ou certaines relations, la régulation cesse pour laisser la liberté contractuelle s'exprimer plus pleinement.

Dans le secteur de l'électricité, le producteur (en début de chaîne) doit répondre aux besoins du consommateur final (en bout de chaîne). Entre les deux, les fournisseurs et les gestionnaires de réseau jouent le nécessaire rôle d'acheminement. Cette segmentation laisse penser que la partie du secteur qui relève le plus évidemment du secteur régulé, du service public et des contrats administratifs est celle de l'acheminement de l'électricité, tandis que la partie commercialisation est beaucoup plus assise sur les règles de droit civil. Mais, dans la pratique, la liberté contractuelle censée caractériser cette partie de la commercialisation de l'électricité n'est plus aussi évidente.

Les contrats de concession permettent aux gestionnaires de réseau d'exercer leur mission. Quant aux contrats d'accès au réseau, destinés aux producteurs comme aux consommateurs, ils sont de droit privé mais régulés.

Par ailleurs, la partie commerciale n'est pas complètement à l'écart de la régulation, des problématiques de droit public et des qualifications de droit administratif. Les contrats d'obligation d'achat régissent la vente de l'électricité par un producteur à un acheteur obligé. On a longtemps hésité sur leur qualification juridique jusqu'à ce qu'on les considère comme des contrats administratifs, alors même qu'ils sont conclus par des producteurs qui sont, de manière générale, des acteurs privés, et un acheteur obligé, qui est lui-même une entité de droit privé. Cette qualification peut se justifier eu égard aux objectifs de ces contrats qui participent d'une politique énergétique de développement des énergies renouvelables, et par le fait qu'ils sont financés par l'impôt (contribution au service public de l'électricité).

Les prix de l'électricité sont actuellement très élevés, ce qui :

- génère des perturbations pour les clients qui doivent renouveler leurs contrats ;
- soulève des questions juridiques ;
- peut mettre en difficulté certains fournisseurs, qui n'ont pas assez bien maîtrisé leurs outils de couverture.

Un premier cas de défaillance d'un fournisseur - dont le principal client était l'État - est survenu il y a quelques semaines. Pour le consommateur, l'enjeu est de savoir s'il peut s'orienter vers un autre fournisseur, en subissant l'impact de l'évolution des prix du marché. Pour assurer la continuité de la fourniture du service, les pouvoirs publics envisagent la mise en place un fournisseur de secours dérivant d'un encadrement légal et réglementaire, avec une procédure de consultation en vue de le sélectionner. Or le premier cas de défaillance est intervenu avant l'aboutissement de ce processus de désignation. Un arrêté pris en urgence, publié le 10 novembre, a donc désigné EDF comme fournisseur de secours transitoire.

Quand le fournisseur de secours doit-il prendre le relais du fournisseur défaillant ? Dans le cas que j'évoque, ce dernier est entré en procédure de redressement judiciaire le 21 octobre et a été liquidé le 2 décembre. Le juge commissaire au redressement judiciaire ayant considéré que les contrats conclus avec l'État étaient si importants qu'ils mettaient en péril la survie de ce fournisseur, il a décidé de résilier ces contrats le 4 novembre pour lui donner la possibilité de continuer son activité jusqu'à la liquidation. Entre cette date et celle de la publication de l'arrêté du 10 novembre, qui a alimenté en électricité les 5 500 sites de l'État concernés et à quelles conditions ? Quelles sont ces conditions de fourniture depuis la liquidation survenue le 2 décembre ? Nul ne le sait.

Philippe Terneyre

Comme je le dis depuis dix ans, « l'électricité n'est pas une savonnette » ! Venons-en aux autoroutes.

Christian Ambrun, APRR

Depuis 2015, nous avons mis en place, conformément à la volonté du législateur, des procédures de publicité et de mise en concurrence qui s'apparentent à celles du code de la commande publique. En parallèle, nous avons dû prendre en compte l'évolution de la jurisprudence du Tribunal des Conflits, en l'occurrence l'arrêt Rispal remettant en cause l'arrêt Peyrot. La petite incise « sous réserve des conditions particulières » n'a pas manqué de susciter des interrogations au sein des sociétés concessionnaires d'autoroute, qui travaillent avec de nombreux publicistes. Comment devaient-elles désormais appréhender la mise en œuvre de leurs marchés au regard des règles de droit privé ?

Les marchés de travaux, de fournitures et de services relèvent en principe du juge judiciaire et font l'objet de contrats de droit privé. Mais les contrats de plan ou d'investissements particuliers, qui correspondent à des aménagements et à des investissements complémentaires, effectués par le concessionnaire en contrepartie d'une compensation, et qui modifient l'assiette de la concession, relèvent-ils de la compétence du juge administratif ?

L'appréhension par le juge judiciaire des conditions de choix des procédures autres que l'appel d'offres ouvert nous interroge également. À l'occasion d'un dossier en référé précontractuel déposé par un candidat évincé, le juge judiciaire a considéré que les différentes conditions pour choisir la procédure avec négociation étaient cumulatives – alors qu'elles peuvent être alternatives – et que le choix opéré n'était pas le bon. Il a donc fait droit à la demande du candidat évincé.

Par ailleurs, le code de la commande publique nous permet de recourir à différentes méthodes d'achat (dialogue compétitif, partenariat d'innovation, etc.). Or si le juge judiciaire ne parvient pas à appréhender les conditions dans lesquelles nous pouvons faire appel à ces procédures telles qu'elles sont interprétées par la doctrine et par le juge administratif, la situation risque de devenir compliquée.

De plus, nous devons appliquer les conditions d'exécution issues de la commande publique, dans le cadre d'un contrat de droit privé. Qu'en sera-t-il lorsque le juge judiciaire sera saisi des conditions de modification des contrats qui ne respectent pas le code de la commande publique ?

Philippe Terneyre

Êtes-vous habilités à mettre en régie les marchés ? En droit public, si un contrat n'est pas correctement exécuté par le co-contractant, l'administration a le droit de trouver un autre co-contractant pour lui demander d'exécuter les travaux en lieu et place du premier.

Christian Ambrun

Les contrats le permettent. Pour autant, nous nous interrogeons sur la possibilité réelle d'exercer ce droit.

Pierre-Édouard Pivois, ADP

Dans le cas d'ADP, le régulateur rend un avis conforme sur le projet de régulation. S'il s'agissait d'un acte unilatéral, il serait co-auteur de la décision. Pour autant, il ne se comporte pas comme un co-contractant : on ne le verrait pas engager la responsabilité contractuelle d'ADP pour un défaut d'engagement d'investissement ou autre. Même si la question fait débat, le champ de compétences du régulateur ne porte pas à l'heure actuelle sur le bien-fondé ou l'utilité des investissements d'ADP, contrairement au cas des autoroutes.

Les questions de compétences soulèvent des débats infinis devant le TGI de Bobigny et le Tribunal administratif de Paris. La question domaniale, en l'occurrence, a été réglée par la loi de 2005, qui reprenait le principe de la décision du Conseil d'État sur le fait que les contrats demeuraient administratifs. Il existe encore un petit nombre d'AOT d'une vingtaine d'années, mais cette espèce est en voie de disparition. Les AOT cèdent désormais la place aux baux civils ou à construction, autrement dit à des contrats de droit privé qui correspondent bien aux activités de diversification d'ADP (immobilier et construction d'hôtels).

En revanche, la situation est beaucoup plus complexe pour ce qui relève de la régulation. On y retrouve la notion de service public administratif, industriel et commercial à l'occasion de contentieux. Par exemple, une compagnie aérienne peut saisir le juge judiciaire sous prétexte que le montant d'une redevance évolue à la baisse, car elle estime avoir trop payé pendant cinq années. Pour autant, le fond du litige porte sur la légalité des décisions d'homologation tarifaire de l'ART, ce qui donne lieu à des allers-retours assez complexes entre le Tribunal de Commerce et le Conseil d'État.

Stéphane de La Rosa, Université de Créteil

Ne serait-il pas opportun de dissocier la notion de qualification publique ou privée des contrats de la question du champ de la commande publique ? Se pose aussi la question sous-jacente du périmètre des entités adjudicatrices en matière de réseau. Ce point technique est très important, puisque le périmètre des entités adjudicatrices englobe les pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui répondent aux critères d'influence dominante (propriété, actionnariat, contrôle sur la Direction) et, par voie de conséquence, les filiales de ces entreprises publiques. Dans ce cas, la Directive réseaux n°2014/25 s'applique et un socle d'obligations s'impose aux opérateurs, que ceux-ci soient publics ou privés, au stade de la mise en concurrence, mais aussi au stade de l'exécution.

La question des montages se pose aussi. En effet, des montages du type entreprises liées ou co-entreprises peuvent permettre, par le jeu des filiales, d'attribuer sans concurrence les contrats.

Il me semble également important de distinguer la question du service public en général de la question des obligations de service public qui pèsent dans l'exécution de contrats, notamment des contrats de concession.

Philippe Terneyre

Lorsqu'EDF a acheté Dalkia, par exemple, celle-ci est devenue du jour au lendemain une entité adjudicatrice.

Jean-Baptiste Morel, Enedis

Les contrats d'accès au réseau font partie de la typologie des contrats impliquant une forte dimension régulatoire. D'ailleurs, au passage, Enedis est demandeur d'une régulation encore plus forte, car ces contrats ont pu générer des litiges devant le CoRDIS. En effet, à partir du moment où le régulateur endosse ce type de contrat à travers une validation préalable du modèle, cela incite les acteurs de marché à le considérer de manière plus sereine que s'il avait été le seul produit issu des services techniques et juridiques d'Enedis.

Le fait que le régulateur soit obligé de valider un contrat avant que celui-ci ne soit proposé aux clients est facteur de sécurité juridique⁶Thierry. C'est par exemple le cas de la loi hydrocarbures de novembre 2017, qui a imposé le principe de validation du modèle de contrat dit « GRD-F » par le régulateur.

Nous espérons que d'autres formes de contrat d'accès au réseau, comme les contrats d'accès au réseau en injection (photovoltaïque, éolien, etc.), soient eux aussi endossés par le régulateur.

Nos contrats de concession classiques sont ambivalents, du fait de l'obligation de recourir à Enedis. Le Conseil d'État, à travers deux arrêts datant de 2020, a confirmé que ce monopole était compatible non seulement avec le droit de l'Union européenne, eu égard aux moyens soulevés par la requérante, mais aussi avec un principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales. Ces deux arrêts ont conforté le modèle concessif atypique des distributeurs.

Le Conseil d'État a également précisé, dans un autre arrêt récent, que la durée du contrat faisait sens. Dès lors qu'il s'agit d'un monopole, à l'issue du contrat, l'autorité concédante n'a d'autre choix que de faire de nouveau appel à Enedis. Or qu'en est-il si jamais les deux parties ne parviennent pas à se mettre d'accord ? La commune concernée dans cette affaire estimait qu'il y avait une tacite reconduction du contrat et revendiquait par conséquent le paiement des redevances et tout ce qui s'ensuit. De son côté, Enedis a estimé qu'elle n'avait plus à payer de redevances à partir du moment où il n'y avait plus de contrat. Elle demeurait un opérateur « GRD », mais sans la qualité de concessionnaire. Le TA de Lyon, devant la complexité du sujet, a saisi le Conseil d'État pour avis. Ce dernier a décidé qu'en matière concessive, il est fait application du droit commun des contrats et du droit commun des concessions ; le principe d'une tacite reconduction n'étant inscrit ni dans la loi ni dans le contrat, celui-ci ne s'applique que sous l'accord des deux parties. En l'occurrence, Enedis n'a jamais émis son accord depuis l'échéance du contrat dont il est question. L'autorité concédante ne peut donc affirmer qu'il y a eu tacite reconduction.

Philippe Terneyre

Il y a une quinzaine d'années, Enedis gérât plus de 1 200 contrats de concession, contre 400 aujourd'hui. Comment expliquez-vous une telle contraction ?

Jean-Baptistes Morel

D'abord, l'État incite fortement à procéder à des regroupements, ce qui donne lieu à des concessions départementales et interdépartementales. Le périmètre géographique des contrats de concession est ainsi de plus en plus grande.

Ensuite, les autorités concédantes procèdent spontanément à des regroupements pour bénéficier de certains leviers positifs, notamment contractuels (valorisation de leur redevance si regroupement, etc.).

Ce mouvement est conforté par la loi. Par exemple, les métropoles possèdent une compétence obligatoire en matière de distribution de l'électricité. Notons au passage que ces dernières sont bien dotées en matière de compétences technique, juridique et financière. Elles sont donc, à ce titre, devenues des interlocutrices importantes pour Enedis. Le phénomène de regroupement est un facteur de rééquilibrage des asymétries que l'on pouvait parfois observer par le passé.

Paul Ravetto

En Guyane, les trois quarts du territoire ne sont pas couverts par des contrats de concession, alors-même qu'un gestionnaire de réseau (EDF) y intervient. Ce territoire de France est le seul dans lequel plusieurs milliers de personnes n'ont toujours pas accès à l'électricité. Nous avons travaillé à la constitution d'un syndicat mixte de l'énergie et à un regroupement des communes, comme préalable à la mise en place d'une contractualisation à l'échelle de l'ensemble du territoire.

Philippe Terneyre

Quid des contrats d'itinérance ?

Gabriel Lluch, Orange

Nous avons l'obligation d'accueillir Free sur notre réseau pour la 2G, mais a priori aucune obligation de l'accueillir pour la 3G. Le régulateur avait toutefois prévenu Orange qu'il lui imposerait ce choix et que l'Autorité de la concurrence ferait de même. Orange a alors choisi de régler la question par un contrat hybride, à la fois contrat commercial et contrat d'accès, sachant que tous les contrats d'accès se trouvent à l'Arcep et sont susceptibles d'être divulgués sous réserve des éléments relevant du secret des affaires.

Un débat s'est tenu devant l'Autorité de la concurrence, à la demande d'Orange, à propos d'un contrat commercial de partage d'infrastructures en France entre SFR et Bouygues, qui nous paraissait poser souci d'un point de vue concurrentiel. Lors de cette audience, j'ai été invité à quitter la salle en raison du caractère confidentiel du contrat en question, et cette décision a été confirmée par la Cour de cassation. Cela signifie que le régulateur est le seul habilité à voir ce type de contrat de droit privé sous régulation et que cette régulation protège les acteurs privés d'une transparence qui pourrait être anti-concurrentielle.

Pour ce qui est de la qualification de ces contrats, si le régulateur estime qu'un litige entre deux opérateurs privés est en réalité un problème de respect de la réglementation, ce litige devient une procédure de sanction qui relève du Conseil d'État. Or, dans les règlements de différend sur l'arbitrage, le non-respect de la réglementation fait généralement partie des arguments avancés par l'acteur privé non satisfait. On se retrouve alors au même endroit avec deux analyses qui devraient relever de deux juridictions différentes. Il y a une confrontation entre le monde du droit administratif et celui du droit privé et cette confrontation crée une insécurité juridique majeure, sachant qu'elle est instrumentalisée par les acteurs économiques dans le cadre de leurs discussions.

Une jurisprudence de l'Arcep crée également une zone d'incertitude assez forte : les réserves généralement émises à la signature d'un contrat privé sous régulation peuvent être considérées comme le début d'un conflit entre les deux parties signataires. En effet, si jamais ce conflit se cristallise deux ou trois ans plus tard devant le régulateur, celui-ci peut considérer que le début du litige remonte en réalité à la date de signature du contrat, ce qui revient à mettre en cause rétroactivement tout le contrat. Cet effet rétroactif a été validé par la Cour de cassation dans une vieille affaire avec 9 Télécom.

Une telle incertitude est source d'un très grand stress pour les opérateurs. Nous signons des contrats de nature privée, qui sont soumis à une autorité publique, et nous prenons des engagements, dont nous déterminons la valeur, qui peuvent être remis en cause plusieurs années après par le régulateur. Il y a là un sujet d'articulation entre les différents droits et un sujet de qualification de ces contrats. Je ne sais pas comment qualifier le fait de soumettre un engagement privé à un régulateur.

Pierre-Jean Benghozi, CNRS

Ces contrats de droit privé sont opposables du fait de la loi, l'Arcep ayant demandé au législateur de leur donner un statut, ce qui ajoute une couche de complexité.

Deux points sont importants. D'abord, la question de la gestion de l'incertitude et de l'insécurité juridique, qui se pose de manière particulière dans les entreprises d'infrastructures qui utilisent des contrats pluriannuels très fortement évolutifs. En l'occurrence, le régulateur a accéléré et a durci la sortie de l'itinérance par rapport à ce qui pouvait être initialement envisagé. Il faut aussi tenir compte des stratégies éventuellement opportunistes des acteurs à propos des clauses de réserve et des problèmes juridiques ou politiques qui peuvent se poser. Ces contrats sont donc soumis à de multiples éléments, qu'il n'est pas forcément évident de traiter et d'incorporer. Je comprends parfaitement les problèmes que peuvent poser les réserves aux acteurs contractant et, en même temps, je me demande ce qu'il convient de faire quand les acteurs doivent prendre très rapidement des engagements et des décisions, mais qu'ils ne sont pas complètement d'accord. Le temps du droit ne correspond pas à celui du déploiement.

Le deuxième point concerne la précision extrême des clauses, notamment des clauses émanant du régulateur. Un certain nombre de conflits ou de règlements de différends tiennent de la capacité des acteurs à « jouer » avec les clauses et la partie technique. Certaines questions techniques très complexes imposent parfois d'entrer dans le détail et au régulateur d'imposer des conditions très précises. Or cette sophistication du contrôle se heurte au problème du contrat des affaires. A titre d'exemple, le processus informatique permettant de régler les tickets de traitement par l'opérateur est une question très sensible. Comment est-il possible d'en faire état dans le cadre des règlements de différends, si ce n'est par la confiance que les plaignants accorderont au régulateur ?

Philippe Terneyre

Comment la CRE envisage-t-elle l'étendue de ses pouvoirs à l'égard des contrats sur lesquels elle a droit de regard ? A-t-elle les compétences pour intervenir sur les contrats conclus entre les opérateurs qui relèvent de son périmètre ?

Dominique Jamme, CRE

Nous avons affaire à des acteurs économiques très puissants, qui sont en relation avec un grand nombre d'autres acteurs économiques et qui ont un statut financier et économique bien particulier, puisque leur statut régulé les protège. La loi indique que leurs revenus autorisés doivent couvrir leurs coûts, plus exactement « les coûts d'un opérateur efficace ». Pendant la crise sanitaire, nombre de secteurs d'activité ont beaucoup souffert et la consommation d'électricité a été fortement réduite. Pour autant, Enedis a vu son niveau de revenu maintenu.

La régulation tarifaire est une sorte de « contrat géant » passé avec les opérateurs de réseau qui bénéficient d'une garantie de revenus et donc d'une sécurité dans leurs activités économiques, sous réserve d'une certaine efficacité. Enedis, RTE et les autres opérateurs concernés vivent de façon autonome dans ce cadre.

Le contrat d'accès au réseau est essentiel, puisqu'il constitue 90 à 95 % des revenus d'Enedis qui est de l'ordre de 14 à 15 milliards d'euros. Ce contrat est signé avec une centaine de fournisseurs. Nous avons dû faire face à un contentieux incroyablement complexe portant sur le commissionnement et la relation à trois (opérateur de réseau, fournisseur et client). Les fournisseurs ont demandé à être rémunérés par les distributeurs pour leurs prestations. Le CoRDIS a non seulement accepté de modifier l'état du droit, mais a également estimé que les fournisseurs qui étaient lésés depuis dix ans avaient le droit de demander l'application rétroactive de ce principe de commissionnement.

Avant que la loi ne soit modifiée à la demande des opérateurs, le contrat d'accès faisait l'objet d'un droit souple : des instances de concertation le faisaient évoluer progressivement, sous l'égide de la CRE, sans validation formelle par le régulateur. Le régulateur possède maintenant un pouvoir d'approbation de ces contrats d'accès au réseau, ce qui a probablement permis d'assainir et de simplifier les choses.

Certains contentieux ont toutefois toujours lieu, car certaines décisions demeurent difficiles à prendre, même quand le régulateur valide un contrat. Une décision récemment prise concerne les garanties financières demandées au fournisseur, afin d'anticiper le risque que celui-ci fasse défaut. La garantie financière validée par le régulateur représente l'équivalent d'un mois de tarifs.

L'une des principales missions des opérateurs de réseau consiste à raccorder au réseau les consommateurs, ainsi que les producteurs, ce qui donne lieu à des contrats de raccordement. Il peut s'agir, par exemple, de raccorder au réseau un parc d'éoliennes off-shore. Qu'advient-il si jamais le raccordement tombe en panne et que le producteur n'est plus en mesure de livrer sa production ou encore que le raccordement accuse du retard ou bien que le producteur accuse du retard pour livrer ou, pire, si le producteur abandonne le projet de raccordement ? Qui supporte la perte si jamais la panne ou le retard de raccordement crée des dommages importants ?

Toutes ces questions, qui se résolvent naturellement lorsque les acteurs impliqués sont uniquement privés, deviennent beaucoup plus complexes à régler avec des opérateurs régulés. Nous ne cachons pas que nous tâtonnons encore, notamment à l'occasion des premiers appels d'offre de l'éolien off-shore. Les opérateurs ne veulent pas investir plusieurs milliards d'euros tant que les choses ne sont pas stabilisées.

Je ne reviens pas sur les contrats de concession évoqués par Enedis. En revanche, le cas des ZNI (zones non interconnectées) est très particulier. La fourniture ne fait l'objet d'aucune concurrence, puisqu'EDF SEI gère ce monopole et l'ensemble du système. La production, elle, est soumise à la concurrence. Des contrats d'un statut très particulier sont signés avec tous les producteurs, dont EDF, et notamment des contrats gré à gré. Comme l'État en finance une partie, le régulateur valide chaque contrat d'achat entre EDF et les producteurs.

La partie concurrentielle fait aussi l'objet de beaucoup de régulation. Les pouvoirs publics ayant décidé de développer les énergies renouvelables, des contrats d'une durée de 20 ans sont conclus entre des acheteurs obligés et des producteurs sélectionnés sur appel d'offre. Ces contrats comprennent une garantie de l'État, en termes de prix. Qu'advient-il lorsque l'État se rend compte dix ans après qu'il a payé un prix beaucoup trop élevé et que le producteur a perçu une rémunération excessive indue, au détriment des finances publiques ? Le Parlement a voté en 2021 une loi conduisant à réviser les termes des contrats d'achat d'énergie photovoltaïque mis en service en 2011 ou 2012.

En France, le producteur nucléaire dominant fournit 70 % de l'électricité française. Pour éviter que cette domination en amont ne pèse sur le marché en aval, le contrat ARENH (accès régulé à l'électricité nucléaire historique) garantit aux fournisseurs concurrents d'EDF l'accès à cette production nucléaire à un prix régulé. Dans ce genre de cas, la CRE émet des propositions et un arrêté ministériel valide la forme du contrat.

Un cas de force majeure est survenu pendant la crise sanitaire : la consommation d'électricité avait tellement diminué chez certains industriels ou gros clients, comme ADP, la SNCF et la RATP, que leurs fournisseurs ont fait jouer la clause de force majeure du contrat ARENH, leur permettant de sortir temporairement de ce contrat, ce qui a donné lieu à un désaccord. La CRE n'est pas intervenue à cette occasion, mais a laissé le juge trancher.

Alexandra Bonhomme, CRE

Le régulateur intervient de plus en plus dans le secteur de l'énergie, alors même que ce secteur est marqué par une ouverture des marchés. La crise actuelle des prix de l'énergie et la crise sanitaire ont révélé un certain nombre de fragilités dans des contrats qui étaient pourtant régulés, examinés et dont les modèles avaient été approuvés par le régulateur.

Pour moi, les contrats ARENH illustrent le fait que ce secteur n'est pas un secteur régulé comme les autres. Le juge judiciaire et le juge administratif se sont prononcés sur ce type de contrat hybride et sur le caractère prédominant de l'intérêt général et du service public, qui tendent à tirer vers l'ordre administratif un certain nombre de contentieux.

Je pense à un contentieux administratif qui va soulever la question de l'approbation des modèles par le régulateur et la question de savoir si les modifications qui seraient apportées à ces modèles doivent s'appliquer ou non aux contrats en cours. L'audience est programmée au 15 décembre.

On se retrouve finalement dans une situation un peu particulière où, compte tenu de l'intervention du régulateur, les co-contractants finissent par avoir le choix entre saisir l'ordre administratif ou saisir l'ordre judiciaire. Se pose aussi la question des délais, car le fait d'attaquer une délibération de la CRE revient à obtenir une décision en premier et dernier ressort du Conseil d'État, qui permet de trancher un litige pour le fournisseur concerné, mais aussi pour tous les autres.

La question de savoir comment passer du cas d'espèce au cas général se pose toujours devant le juge judiciaire. La question de la complexité et de la technicité des sujets portés devant les uns ou les autres se pose également.

Philippe Terneyre

J'aimerais faire un dernier tour de table sur la question de l'insécurité juridique liée à d'éventuelles interventions du législateur dans les contrats en cours d'exécution, liée aussi au fait que des opérateurs privés co-contractants puissent apporter des modifications unilatérales au contrat administratif en cours d'exécution et liée au fait qu'un cas de force majeure, comme une crise sanitaire, peut provoquer un problème d'exécution des contrats. Dans ce dernier cas, le régulateur doit-il intervenir et si oui pour quoi faire ?

Un intervenant

Lorsque les contrats ARENH ont été créés, j'ai été surpris de voir que la CRE a pris position sur la question de force majeure. Selon moi, c'était au juge de trancher et non au régulateur, d'autant que les problématiques de l'ARENH sont terriblement complexes, puisqu'elles dépendent de l'ordre national, mais aussi des accords conclus avec l'Europe.

Un autre aspect n'a pas été évoqué : les différences d'ordre juridique publique ou judiciaire. La CRE possède deux collèges. L'un prend des délibérations et l'autre est dédié au règlement des différends. Selon que l'on s'adresse à l'un ou à l'autre, on va devant le Conseil d'État ou devant le juge judiciaire.

Dans le cas du contrat unique de commissionnement, si le Conseil d'État a à peu près clos l'affaire de l'électricité, celle du gaz, qui dépend du judiciaire, n'est pas encore réglée. En effet, l'électricité relevait d'une délibération de droit souple, contestée devant le Conseil d'État, tandis que le gaz relevait d'une décision du CoRDIS.

Stéphane de La Rosa

La jurisprudence relative aux nouvelles hypothèses de modification des contrats est assez pauvre à ce jour. Je fais notamment référence au périmètre des clauses de réexamen, à l'exécution en cours lorsque celle-ci est liée à des prestations indissociables par rapport au réseau, aux circonstances imprévisibles, etc. Nous avons besoin de l'interprétation fine du juge européen et interne, car ces questions touchent l'ensemble des contrats entrés dans le périmètre de la commande publique comme privée, en présence d'entités adjudicatrices.

Gabriel Lluch

Dans le secteur des télécoms, il existe une insécurité assez forte concernant le champ de la régulation, qui fait l'objet d'arbitrages subjectifs. A titre d'exemple, les dispositions tarifaires peuvent varier de plusieurs centaines de millions d'euros en faveur ou en défaveur des acteurs du marché, selon que la vision qu'on en a est raisonnable ou non.

En France, nous avons investi dans la fibre sur la base d'un cadre réglementaire qui apportait une sécurité juridique assez forte. Si cette sécurité juridique est démentie en cours de route, cela remet en cause les investissements consentis sur la capacité des opérateurs à pouvoir les rentabiliser. En outre, cette insécurité est démultipliée dans la durée.

Le régulateur est parfois interpellé sur des questions d'arbitrage de contrats privés et si l'acteur régulé lui fait remarquer que son arbitrage ne peut pas remettre en cause sa propre régulation, le régulateur lui répond qu'il n'est pas tenu en matière d'arbitrage par les limites de sa propre régulation.

Philippe Terneyre

Le décret d'octobre 2021 relatif au photovoltaïque a été attaqué devant le Conseil d'État.

Pierre-Édouard Pivois

Pour nous, l'insécurité provient de l'absence de contrat, sachant que notre monopole est législatif. Nous sommes privés de cet outil, qui peut être celui des concessions autoroutières, et qui encadre les imprévus. Les pertes que nous enregistrons sont de fait définitives. Aucun mécanisme de compensation n'existe. Les concessions régionales sont tentées de demander à la DGAC une prolongation des contrats. Le sujet aurait été beaucoup plus prégnant si la privatisation s'était concrétisée, sachant que la loi prévoyait une durée d'exploitation de 70 ans.

Un problème de cohérence se pose aussi vis-à-vis de cette notion d'imprévision : on continue encore de nous l'opposer pour s'exonérer des loyers des commerces en aérogare.

Jean-Baptiste Morel

Une sorte de tourbillon normatif/contractuel se met nécessairement en place en cas de problème entre un GRD et un client à propos d'un contrat d'accès au réseau. Un problème purement contractuel occasionne souvent des questionnements d'ordre réglementaire. Le régulateur joue alors son rôle en prenant une délibération et génère ainsi mécaniquement un autre champ contentieux, dont s'empare l'une ou l'autre des parties.

En matière de commissionnement fournisseur, on se retrouve donc avec des litiges CoRDIS, des litiges judiciaires et des litiges administratifs. Un seul et même acteur peut parfois actionner ces trois « ressorts ». Ce n'est pas forcément vecteur d'insécurité juridique, mais cela témoigne de la grande technicité qui peut apparaître lorsque des contrats « se frottent » à la régulation.

Enedis a renouvelé 90 % des 400 contrats de concession sur la base d'un nouveau modèle (modèle 2017 FNCCR France urbaine). Pour l'heure, nous n'avons aucun contentieux d'exécution à déplorer, alors que les premiers contrats datent de 2018. On peut en déduire que ce nouveau contrat est relativement viable.

Par ailleurs, il faudrait réfléchir à une extension de la jurisprudence Béziers II, c'est-à-dire à la possibilité de demander l'annulation d'autres actes que la simple décision unilatérale de résiliation du contrat. Dans un environnement de droits exclusifs, certaines autorités concédantes peuvent en effet considérer qu'elles sont en mesure de modifier les clauses financières de leur contrat de concession de manière unilatérale.

Philippe Terneyre

Je laisse la parole à Alexandra Bonhomme pour conclure cet atelier.

Alexandra Bonhomme

Il me semblerait assez utile de créer un bloc de compétences au profit du juge administratif pour mieux traiter certains litiges, comme ceux de l'ARENH. Trois critères nécessitent, à mon sens, l'intervention du juge administratif plutôt que celle du juge judiciaire à propos des contentieux ARENH :

- la forte implication du pouvoir réglementaire dans ce type de contrat ;
- le fait qu'il soit fortement encadré par la puissance publique (il appartient à la CRE de proposer au ministre le modèle du contrat ARENH) ;
- certains accords sont de véritables outils de régulation.

Il est peut-être temps d'identifier les contrats qui ne sont plus classiques, car cela permettrait de clarifier un certain nombre de choses, d'éviter les différents arbitrages et les éventuels effets d'aubaine.



Chaire Gouvernance et Régulation
Fondation Paris-Dauphine
Place du Maréchal de Lattre de Tassigny - 75016 Paris (France)
<http://chairgovreg.fondation-dauphine.fr>