

## **L'incidence de la régulation sur la liberté de gestion des entreprises de réseaux**

*Cette intervention s'inscrit dans le prolongement de l'exposé précédent (cf, R. Kovar, « L'incidence du droit de la concurrence sur les structures des entreprises de réseaux. Vers un modèle communautaire d'entreprise régulée »). Elle la complète, à un double titre :*

- *il ne s'agit plus d'étudier la structure des entreprises mais leur gestion ;*
- *il s'agit moins d'envisager un ensemble de processus (privatisation, banalisation, libéralisation, séparations...) que leur résultat.*

*La brièveté de l'exposé amène à s'intéresser aux deux supports traditionnels de la liberté de gestion des entreprises que sont la liberté contractuelle et le droit de propriété et, par conséquent, aux spécificités qui caractérisent contrat et propriété dans les secteurs régulés.*

*La régulation est envisagée sous ses deux formes:*

- *une dynamique : le passage du monopole à la concurrence, c'est la régulation de la concurrence ;*
- *un équilibre : la conciliation de différents intérêts, c'est la régulation du service public.*

*Deux axes : liberté de gestion et régulation de la concurrence / liberté de gestion et régulation du service public.*

### **I) Liberté de gestion et régulation de la concurrence**

*Il s'agit, ici, d'envisager les incidences directes du droit de la concurrence sur la liberté de gestion des entreprises régulées, prises en qualité d'opérateurs sur le marché. Elles se traduisent par une double neutralisation des prérogatives de l'entreprise régulée : une neutralisation de sa liberté contractuelle et de son droit de propriété. L'expression « neutralisation » est polysémique. Elle s'entend, à la fois, du fait de rendre inoffensif pour la concurrence un opérateur à fort pouvoir de marché et de l'obliger à se comporter comme un*

*opérateur neutre, c'est-à-dire impartial, ne favorisant pas ses branches en amont ou en aval au détriment de leurs concurrents.*

### **A) La neutralisation de la liberté contractuelle**

La neutralisation de la liberté contractuelle des entreprises régulées est l'un des paradoxes de la régulation. Le phénomène contractuel semble, a priori, connaître un formidable développement dans les secteurs régulés. Le recours au contrat est favorisé par le double mouvement de *libéralisation* et de *normalisation* qui traverse ces secteurs. La libéralisation implique l'évolution de la structure du marché du monopole vers la concurrence. Le passage de *l'unicité* à la *pluralité* s'accompagne naturellement du recours au procédé contractuel afin d'organiser les relations entre l'opérateur historique et les nouveaux entrants. La normalisation des secteurs régulés, que tempère l'existence même d'une régulation, renvoie également ces opérateurs vers « *l'ordinaire de l'activité économique, ordinaire qui prend la forme du contrat* »<sup>1</sup>.

A l'instar des autres opérateurs économiques, les entreprises régulées disposent de la liberté contractuelle. Elle subit toutefois des limitations et des restrictions particulièrement sévères. La liberté contractuelle s'exprime à travers une triple faculté : la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la liberté de choisir son cocontractant et la liberté de déterminer le contenu du contrat. Or, la liberté contractuelle des entreprises régulées est plus ou moins contrainte dans ses trois expressions :

- la *liberté de contracter ou de ne pas contracter*. Le refus de contracter des entreprises régulées est strictement encadré. Les motifs de refus sont limitativement énumérés, conformément au droit d'accès reconnu aux opérateurs, et la motivation est obligatoire afin de faciliter le contrôle des autorités de régulation. La deuxième directive électricité du 26 juin 2003 prévoit ainsi, s'agissant de l'accès des tiers aux réseaux de transport et de distribution d'électricité, que « *le refus doit être dûment motivé et justifié* »<sup>2</sup>. La loi française de transposition encadre très précisément les refus d'accès opposés aux demandeurs par le gestionnaire d'un réseau public de

---

<sup>1</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11<sup>e</sup> forum de la régulation », LPA, 3 mai 2005, n°87, p. 3.

<sup>2</sup> Article 20.2 de la directive n°2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, JOCE n° L 176 du 15 juillet 2003, p. 37.

transport ou de distribution d'électricité : « *Tout refus de conclure un contrat d'accès aux réseaux publics est motivé et notifié au demandeur et à la Commission de régulation de l'électricité. Les critères de refus sont objectifs, non discriminatoires et publiés et ne peuvent être fondés que sur des impératifs liés au bon accomplissement des missions de service public et sur des motifs techniques tenant à la sécurité et la sûreté des réseaux, et à la qualité de leur fonctionnement* »<sup>3</sup> ;

- la *liberté de choisir son cocontractant*. Les opérateurs ayant un droit d'accès aux infrastructures de réseau, le cocontractant de l'entreprise régulée n'est plus nécessairement *celui qu'elle veut*. En matière de communications électroniques, la directive « accès » du 7 mars 2002 permet aux autorités réglementaires nationales de soumettre certains opérateurs à « *l'obligation de satisfaire les demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau spécifiques et à des ressources associées et d'en autoriser l'utilisation, notamment lorsqu'elles considèrent qu'un refus d'octroi de l'accès ou des modalités et conditions déraisonnables ayant un effet similaire empêcheraient l'émergence d'un marché de détail concurrentiel durable, ou risqueraient d'être préjudiciables à l'utilisateur final* »<sup>4</sup>. Les entreprises régulées peuvent se voir imposer une véritable *obligation de fournir l'accès*. Le Code des postes et communications électroniques donne ainsi compétence à l'Arcep pour *imposer de manière objective, transparente, non discriminatoire et non disproportionnée les modalités de l'accès ou de l'interconnexion*<sup>5</sup> ;
- la *liberté de déterminer le contenu du contrat*. Cette restriction à la liberté contractuelle est probablement la plus classique. Elle se manifeste notamment dans les dérogations apportées au principe de la liberté des prix. Les tarifs d'accès aux réseaux peuvent être fixés directement par la puissance publique, à l'instar du transport et de la distribution de gaz et d'électricité, ou se voir imposer des obligations d'objectivité, de transparence et de non discrimination, à l'image du secteur des communications électroniques.

---

<sup>3</sup> Article 23 de la loi n°2000-108 du 10 février relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JO n°35 du 11 février 2000, p. 2143.

<sup>4</sup> Article 12.1 de la directive n°2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, JOUE, n° L 108 du 24 avril 2002, p. 7.

<sup>5</sup> Article L. 34-8-I alinéa 2 du CPCE.

Ce constat appelle deux observations :

- d'abord, le modèle contractuel classique fondé sur l'égalité des parties contractantes et l'équilibre des puissances de négociation n'est pas adapté aux secteurs régulés marqués par un déséquilibre structurel entre les nouveaux entrants et l'opérateur historique qui détient l'infrastructure de réseau. L'inégalité des puissances de négociation se retrouve d'ailleurs dans le choix entre *l'accès réglementé* et *l'accès négocié*. Ces deux formes d'accès des tiers au réseau aboutissent à la conclusion d'un contrat mais la place laissée à la négociation varie sensiblement ;
- ensuite, le contrat n'est plus fondamentalement un accord de volonté. Il est essentiellement un moyen de « *concrétiser des prérogatives légales* »<sup>6</sup> en mettant en œuvre le droit d'accès reconnu aux nouveaux entrants. Le recours au contrat s'avère plus conforme aux standards de l'économie de marché que l'intervention unilatérale de la puissance publique même si elle informe les conventions conclues par les opérateurs.

## **B) La neutralisation du droit de propriété**

Le droit de propriété est, en principe, un *droit exclusif*. Le Code civil le définit ainsi comme le « *droit de jouir et de disposer de la chose de la manière la plus absolue* »<sup>7</sup>. Ce principe d'exclusivité s'applique tant au droit de propriété lui-même qu'à ses attributs : le droit de disposer de la chose, le droit d'user de la chose et le droit d'en jouir. Le propriétaire dispose donc d'un *monopole* sur son bien.

Dans les secteurs régulés, l'exclusivité du droit de propriété se heurte au droit d'accès reconnu aux opérateurs économiques par le droit communautaire et le droit interne. L'accès des tiers au réseau suppose un *usage partagé* des infrastructures essentielles. Les entreprises régulées se voient ainsi contraintes de mettre leur réseau à disposition des nouveaux entrants.

L'accès au réseau dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires irrigue désormais l'ensemble des secteurs régulés. Il s'impose évidemment dans les secteurs où la

---

<sup>6</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, préc.

<sup>7</sup> Article 544 du Code civil.

création d'infrastructures concurrentes s'avère impossible pour des motifs économiques ou non économiques, particulièrement en matière énergétique. Les directives gaz et électricité du 26 juin 2003 prévoient ainsi que « *les Etats membres veillent à ce que soit mis en place (...) un système d'accès des tiers aux réseaux de transport et de distribution* »<sup>8</sup>. Les lois françaises de transposition imposent aux gestionnaires de réseau de garantir un droit d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution de gaz et d'électricité pour l'exécution des contrats d'achat passés entre un client éligible et un producteur ou un fournisseur<sup>9</sup>.

Le droit d'accès s'étend également aux secteurs où la concurrence entre les réseaux est susceptible de se développer. Il s'agit essentiellement du secteur des communications électroniques caractérisé par la libération des activités de réseau, l'établissement et l'exploitation des réseaux de télécommunications n'étant plus réservés aux opérateurs historiques. L'obligation de fournir un réseau ouvert, qui renvoie au concept communautaire d'*open network provision* (ONP), a évolué au rythme de l'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques. Initialement, les directives communautaires n'interdisaient pas le maintien de droits exclusifs sur les réseaux publics de télécommunications. L'accès au réseau était donc indispensable à l'émergence d'une concurrence sur le marché des services. Les prestataires de services de télécommunications devaient être en mesure de pouvoir utiliser l'infrastructure essentielle de l'opérateur historique afin de proposer leurs services. Par la suite, la fourniture d'un réseau ouvert a vu ses finalités adaptées à la libéralisation totale du secteur des télécommunications. Le droit d'accès accordé aux prestataires de services se double ainsi d'un *droit à l'interconnexion* reconnu à l'ensemble des exploitants de réseau ouvert au public. L'interconnexion des différents réseaux permet aux utilisateurs de services de communications électroniques de pouvoir communiquer les uns avec les autres. La fourniture d'un réseau ouvert s'est ainsi adaptée à la multiplication des réseaux concurrents.

La régulation apporte donc de sévères restrictions à l'usage exclusif des infrastructures essentielles dont l'entreprise régulée est propriétaire. Cette utilisation partagée imposée au nom de la concurrence, qui n'est finalement qu'une exacerbation de la théorie des facilités essentielles, semble *a priori* anti-économique, une entreprise voulant normalement se réserver l'usage des propriétés qu'elle détient s'il en découle un avantage concurrentiel. Cette « mise

---

<sup>8</sup> Article 20.1 de la directive n°2003/54/CE du 26 juin 2003, préc.

<sup>9</sup> Article 23 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000, préc.

en commun » forcée, au profit des concurrents du propriétaire de l'infrastructure essentielle emprunte toutefois les formes de la rationalité économique. L'accès trouve sa contrepartie dans l'octroi d'une rémunération juste mais non libre, les conditions tarifaires devant être objectives, transparentes et non discriminatoires. Il résulte également d'une négociation commerciale censée aboutir à des conditions d'accès équitables pour les parties même si la marge de négociation de l'entreprise régulée est, en réalité, limitée compte tenu du droit d'accès conféré au demandeur.

La contrepartie financière et le recours aux négociations commerciales rendent, en apparence, l'accès des tiers plus respectueux du droit de propriété. Mais, ils ne doivent pas tromper. Il s'agit bien d'une neutralisation du droit de propriété de l'entreprise régulée sur ses infrastructures essentielles. Dans la fourniture de l'accès au réseau, l'entreprise régulée doit se comporter comme un opérateur neutre de sorte que l'ensemble des opérateurs en amont ou en aval bénéficie de conditions d'accès équivalentes, indépendamment de leurs liens juridiques, financiers ou commerciaux avec l'exploitant du réseau.

## **II) Liberté de gestion et régulation du service public**

*Il s'agit, ici, d'une incidence indirecte du droit de la concurrence sur la liberté de gestion des entreprises de réseaux prises en qualité d'opérateurs de service public. Le droit de la concurrence oblige à penser le service public en économie de marché au travers d'un double mouvement de distanciation et de banalisation.*

*La distanciation des rapports entre l'Etat et l'opérateur de service public, qui implique son autonomie de gestion, amène à penser la contractualisation de la régulation du service public. Le contrat devient ainsi un instrument de la régulation en tant que substitut à la réglementation et aux procédés unilatéraux. Cette instrumentalisation du contrat permet, paradoxalement, une intrusion dans la liberté de gestion de l'entreprise régulée.*

*La banalisation du statut de l'entreprise régulée oblige à recourir à des constructions audacieuses en vue de garantir l'accomplissement des missions de service public. L'une des conséquences lointaines de ce processus de banalisation est l'apparition d'un régime de « propriété grevée d'affectation » soulignant, une fois encore, la spécificité du modèle des entreprises régulées.*

## A) L'instrumentalisation du contrat

Il n'est plus question du contrat conclu entre deux opérateurs, dont l'entreprise régulée, en vue de l'accès aux infrastructures essentielles. Mais, du contrat de régulation passé entre le régulateur et l'entreprise régulée. Ce procédé contractuel tend à se généraliser dans les secteurs régulés.

Le contrat est employé, depuis longtemps, par l'Etat comme un « *instrument d'incitation des agents économiques* »<sup>10</sup>. L'Etat interventionniste recourait déjà au procédé contractuel dans ses relations avec les entreprises publiques ou privées. La technique contractuelle a ainsi considérablement enrichi la tutelle sur les entreprises publiques par sa contractualisation. Elle a également permis à l'Etat d'obtenir la collaboration des opérateurs privés dans la réalisation des objectifs de politique économique<sup>11</sup>. Le contrat de régulation, qui s'inscrit dans un contexte économique profondément renouvelé, est au confluent de ces deux traditions :

- *d'abord*, les entreprises régulées sont souvent des entreprises publiques même s'il s'agit de sociétés d'économie mixte. Le contrat de régulation se substitue alors à la tutelle technique et financière exercée par l'Etat actionnaire dont la contractualisation progressive a accompagné l'évolution des entreprises publiques vers une plus grande autonomie de gestion. Les *contrats de plan Etat-entreprise*<sup>12</sup> ont ainsi été remplacés par des *contrats d'entreprise pluriannuels*<sup>13</sup>, marquant une avancée relative dans la séparation des « *instruments de l'Etat actionnaire (le contrat de plan) et les instruments de l'Etat régulateur (le contrat d'entreprise)* »<sup>14</sup>. Ils se voient désormais substituer des *contrats de service public* dont l'intitulé insiste davantage sur la mission de l'opérateur que sur ses liens capitalistiques avec l'Etat ou de véritables *contrats de régulation économique*<sup>15</sup>. La lecture du préambule du contrat de service public passé entre l'Etat et EDF traduit ce passage de la tutelle à la

---

<sup>10</sup> L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 2004, n°53.

<sup>11</sup> J. CHEVALLIER, « Le modèle politique du contrat »,

<sup>12</sup> Loi n°82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, JO du 30 juillet 1982, p. 2441.

<sup>13</sup> Article 140 de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JO n°113 du 16 mai 2001, p. 7776.

<sup>14</sup> J.-Y. CHEROT, *Droit public économique*, 1<sup>ère</sup> éd., Economica, Paris, 2002, n°322. Le contrat d'entreprise pluriannuel reste réservé aux entreprises appartenant au secteur public sur lesquelles s'exerce la tutelle ou dans lesquelles l'Etat détient des participations.

<sup>15</sup> Contrat de régulation économique d'Aéroports de Paris conclu le 6 février 2006.

régulation. Il est conclu entre l'Etat, pris en qualité d'« *organisateur du système électrique* » et non d'autorité de tutelle ou d'actionnaire, et EDF, en tant que « *principal acteur du système* ». Ces contrats marquent ainsi la séparation du contrôle sur l'entreprise et de la régulation du service public. ;

- *ensuite*, les entreprises régulées sont directement associées à la réalisation des objectifs poursuivis par le régulateur. Elles jouent un rôle déterminant dans l'équilibre des secteurs concernés par l'accomplissement des missions de service public qui leur sont confiées et l'exploitation des infrastructures essentielles. Un gestionnaire de réseau exploite une infrastructure essentielle dont dépend à la fois le *fonctionnement du marché* (le gestionnaires de transport d'électricité assurant notamment l'équilibrage des flux), le *développement du marché* (le gestionnaire du réseau de transport d'électricité contribuant de manière décisive à l'augmentation des capacités de transport par le développement du réseau domestique et des interconnexions avec d'autres réseaux nationaux) ou l'apparition d'une *concurrence sur le marché*. Il n'est donc pas excessif de voir dans ces opérateurs des « *régulateurs de second rang* »<sup>16</sup>, le recours au procédé contractuel permettant au « *régulateur de premier rang* » de les associer à la réalisation des objectifs de la régulation ;

Dans le secteur aéroportuaire, les contrats pluriannuels passés entre l'Etat et les exploitants d'aéroports constituent déjà les instruments privilégiés de la régulation du service public. Le contrat de régulation économique conclu entre l'Etat et Aéroports de Paris, récemment transformé en société anonyme, détermine le périmètre régulé et fixe le plafond du taux moyen d'évolution des principales redevances pour services rendus, le montant et la répartition des investissements en matière d'infrastructures aéroportuaires et les objectifs de qualité des services rendus aux usagers réduisant sensiblement la liberté de gestion de l'opérateur. Le recours au contrat s'inscrit bien dans la régulation de l'activité de l'exploitant aéroportuaire comme l'illustrent l'encadrement de sa politique tarifaire ou les incitations à l'amélioration de la qualité des prestations.

---

<sup>16</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Proposition pour une notion : l'opérateur crucial », D., 2006, p. 1895.

## B) L'affectation de la propriété

L'évolution des entreprises régulées se caractérise par un processus de banalisation que traduit la *privatisation du statut* de l'opérateur. Les établissements publics industriels et commerciaux présents dans la plupart des secteurs régulés ont ainsi été transformés en sociétés anonymes à l'image de France Télécom, d'EDF-GDF ou d'Aéroports de Paris. Or, le passage du *statut de personne morale de droit public* à celui de *société commerciale de droit privé* emporte une conséquence immédiate sur le régime de propriété des biens transférés à l'entreprise régulée. Il ne s'agit plus de biens publics, et *a fortiori* de dépendances du domaine public, mais de biens privés. L'entreprise régulée devrait donc bénéficier d'une totale liberté de gestion sur ces propriétés.

Elle connaît toutefois de sérieuses limites concernant les *biens affectés au service public* dont l'exploitation est assurée par l'entreprise régulée. Il s'agit d'infrastructures essentielles indispensables à l'accomplissement des missions de service public (pistes de décollage et d'atterrissage, réseaux publics de transport et de distribution d'énergie...). Si ces biens ne relèvent plus du régime protecteur de la domanialité publique, l'entreprise régulée ne recouvre pas davantage la plénitude de son droit de propriété. Le transfert des biens affectés au service public, qui suppose, au préalable, leur déclassement du domaine public au domaine privé, s'accompagne obligatoirement de leur soumission à un régime de substitution en vue de « *garantir le respect des exigences constitutionnelles de l'existence et de la continuité du service public* »<sup>17</sup>. Ces biens transférés en pleine propriété sont grevés d'une affectation permettant, au minimum, à l'Etat, chargé de la régulation du service public, *de s'opposer ou de subordonner à des conditions les cessions ou apports de ceux des biens de ces entreprises qui présentent une importance particulière pour les services publics auxquels ils sont affectés*. L'entreprise régulée est ainsi privée de la principale prérogative du propriétaire, le droit de disposer, au nom de l'inaliénabilité attachée à l'affectation au service public.

---

<sup>17</sup> Cons. constit., déc. n°96-380 DC, du 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom, Rec. p. 107 ; Cons. constit., déc. n°2005-513 DC, du 14 avril 2005, Loi relative aux aéroports, Rec. p. 67.

Ce régime de propriété affectée, introduit par la loi du 26 juillet 1996 transformant France Télécom en société anonyme<sup>18</sup>, est particulièrement contraignant s'agissant d'Aéroports de Paris. A l'autorisation de cession s'ajoutent ainsi l'insaisissabilité des ouvrages et terrains nécessaires à la société ADP pour la bonne exécution ou le développement de ses missions de service public et l'interdiction d'appliquer sur ces ouvrages et terrains le régime des baux commerciaux, ce qui restreint d'autant la liberté de gestion et le droit de propriété de l'opérateur<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Article 4 de la loi n°96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, JO n°174 du 27 juillet 1996, p. 11398.

<sup>19</sup> Article L. 251-3 du Code de l'aviation civile.