

## RÉGULATION

Sous la responsabilité de Marie-Anne FRISON-ROCHE, Professeur des Universités à Sciences-Po  
et Stéphane BRACONNIER, Professeur à l'Université de Poitiers

**E**n même temps que la régulation se construisait d'une façon nouvelle sur un droit lui-même transformé, notamment parce que tiré par la concurrence et par la volonté de préserver l'intérêt général, mutation sur les fins et sur les instruments, elle se métamorphosait dans la façon de le faire : procédure et juridictions sont devenues essentielles. Cette dimension institutionnelle est fortement présente dans cette chronique, où l'on voit le régulateur exercer à plein les moyens dont le législateur le dote, notamment pour l'effectivité du droit d'accès, au stockage de gaz ou à la boucle locale, cœur des systèmes de régulation. Pourtant, le régulateur doit compter avec le juge, qu'il s'agisse du juge administratif, qui annule la tarification de l'accès, ou du juge judiciaire, qui lui refuse des pouvoirs réservés au juge du contrat. Dans le même temps, car la pure et simple hiérarchie sied mal à l'efficacité de la régulation, les juridictions intègrent les nécessités qui guident le régulateur, le juge administratif en donnant l'exemple lorsqu'il diffère dans le temps l'effet de son annulation. Dès lors, dans cet agencement complexe, non seulement il faut encore revenir sur la répartition du contentieux entre ordres de juridiction mais aussi intégrer les conceptions du conseil de la concurrence, qui pénètrent la régulation. Peu à peu se dégage un tableau des interférences, la régulation évoquant décidément un jardin à l'anglaise.

Marie-Anne FRISON-ROCHE



Par Marie-Anne  
FRISON-ROCHE

## Le contrôle judiciaire sur le règlement des différends exercé par le régulateur (les enseignements du cas *Sinerg*)

La Cour de cassation se mêle désormais du droit des règlements de différend opérés par la Commission de régulation de l'énergie. Par son arrêt du 22 février 2005, la chambre commerciale clôt une affaire à rebondissement avec fracas en imposant sa propre conception procédurale du recours contre les décisions du régulateur et en s'autorisant un contrôle minimum sur la façon dont celui-ci manie son pouvoir.

RLC 247

**V**oilà sans doute la première fois qu'un contentieux se développe jusqu'au bout et que la voie extraordinaire du pourvoi est utilisée pour contester d'une nouvelle façon le règlement de différends opéré par le régulateur de l'énergie. La voie du contentieux de contestation des décisions du régulateur est aujourd'hui largement ouverte, les parties ne s'arrêtent donc même plus au premier recours devant la cour d'appel. Si d'autres pourvois en cassation sont formés contre les décisions de la cour d'appel, la « maturation juridique » du secteur énergétique s'en trouvera accélérée (maturation dans laquelle la jurisprudence joue un rôle essentiel car elle permet, au-delà de la casuistique, de formuler des principes d'intelligibilité et de comportement, dont les opérateurs ont besoin. Chacun y joue son rôle ; pour la loi, cf. Frison-Roche M.-A., La maturation de la régulation énergétique par la loi du 9 août 2004, RLC 2004/1, n° 90), la cour d'appel pouvant retrouver un rôle plus ordinaire de

juge du fond dès lors que la Cour de cassation aura ainsi l'opportunité de formuler les principes requis, selon la répartition ordinaire dans l'organisation juridique, qui garde le droit pour la juridiction en charge d'en assurer l'unité d'interprétation.

Cette affaire *Sinerg* s'est en grande partie jouée sur des questions de procédure. Cela renvoie d'une façon générale à la transformation de l'économie qui vie de plus en plus sur un mode procédural, à base de discussion, de transparence, de due process, etc. Plus techniquement, la mise au premier point de cette dimension procédurale tient d'une part à ce que le nouveau système de régulation est jeune encore, le pouvoir de règlement des différends étant une nouveauté issue de la loi du 10 février 2000, et l'expérience montre que les juges se saisissant d'un pouvoir de contrôle sur des décisions très techniques l'exercent dans un premier temps pour défendre les garanties de procédure, notamment les droits de la défense, d'avant d'aller sur des >

terrains plus substantiels (cf., notamment, Canivet G., *Propos généraux sur les régulateurs et les juges*, in *Droit et Économie de la Régulation*, t. 1, Les régulations économiques : légitimité et efficacité, Presses de Sciences-Po, Dalloz, 2004, p. 184, spéc. p. 186). Le cas *Sinerg* illustre parfaitement le mouvement, vidant tout d'abord quelque querelle procédurale, avec l'aisance que les juges ont en la matière (cf. Canivet G., précité, p. 186), avant d'aborder avec la prudence du contrôle minimum la question de la fixation du prix, de l'équilibre contractuel et des négociations entre les parties.

Racontons d'abord l'histoire, en ne conservant que ce qui a fait l'objet de discussion juridique jusqu'au bout du contentieux, avant de reprendre cette fixation d'un certain nombre de règles procédurales et le contrôle mesuré par les juges de l'appréciation des appréciations que le régulateur porte sur les conditions techniques et financières d'accès au réseau.

### I. – LE CONTENTIEUX MOUVEMENTE SINERG / EDF

En 1997, avant de répondre à un appel d'offre pour la réalisation d'une cogénération, l'entreprise Sinerg demande à EDF d'évaluer le coût du raccordement, qui l'estime à 120 000 francs. Une fois le marché conclu, Sinerg passe commande du raccordement, qu'EDF estime alors en 1998 à plus de 3 millions de francs. Sinerg conteste la légitimité d'un tel montant mais fait néanmoins réaliser les travaux par EDF et paye un acompte de 50 % sur le nouveau montant, pour en exiger ultérieurement le remboursement et le réajustement du prix sur le montant indiqué en 1997.

EDF saisit le tribunal administratif pour obtenir paiement de la somme indiquée en 1998, tandis que Sinerg saisit la CRE pour régler le différend. Sur le fond, la société Sinerg soutient que le premier montant évoqué lie EDF, qu'elle subit une violence économique de la part d'EDF qui est le contractant nécessaire et sans laquelle tout son projet industriel s'effondre, et qu'elle a été victime du silence dolosif d'EDF qui a failli à son devoir d'information. EDF répond principalement qu'elle n'était pas liée par une première estimation opérée sans la connaissance de l'ensemble des données techniques du raccordement, le devis effectif ayant été donné plus tard, en intégrant des coûts nouveaux découlant des informations obtenues. Sur la manière de faire, EDF estime « *ne pas être tenu à une obligation d'information et de conseil à l'égard de Sinerg, dès lors que celle-ci ne peut être regardée comme un consommateur* ».

Dans sa décision du 6 mai 2003, le Régulateur se déclare compétent pour trancher le litige, même si les faits en cause sont antérieurs à la loi lui attribuant ce pouvoir, puisque la loi est d'application immédiate, et que la saisine du juge administratif ne peut opérer davantage son dessaisissement. Sur le fond, la CRE estime que le montant à retenir doit être le premier qui fut indiqué au client en 1997.

La Cour d'appel, saisie pour le recours formé par EDF contre cette décision du régulateur, dût tout d'abord, dans son arrêt du 24 février 2004, rejeter l'argument selon lequel le pouvoir de règlement est lié à un droit d'accès tel que conçu par la loi du 10 février 2000, ce qui rendrait rétroactif, donc illégal, son maniement à propos des faits survenus en 1997

et 1998, les juges estimant, comme l'avait fait le régulateur, que la loi est d'application immédiate et régit donc les effets futurs d'une situation juridique, notamment le litige sur la détermination de la somme due (cf. CA Paris, 1<sup>er</sup> ch., sect. H, 24 févr. 2004).

De la même façon, la Cour d'appel de Paris estime que le législateur, dans une loi du 20 juillet 2000, a superposé à la compétence du juge administratif pour connaître du contentieux contractuel et extra-contractuel en matière de travaux publics, cette compétence du régulateur énergétique en matière d'accès au réseau, qui s'y superpose. Ultérieurement à cet arrêt, mais sans doute conforté par celui-ci, la Commission de régulation de l'énergie réaffirma cette compétence, superposée à celle du juge administratif, dans sa décision du 22 juillet 2004 (cf. RLC 2004/1, n° 92).

Mais c'est sur le grief de la violation des droits de la défense que la décision de la CRE va subir la censure des juges de la cour d'appel. En effet, la CRE a relevé d'office le fait que l'article 8 du cahier des charges de la conces-

sion du réseau d'alimentation générale sur les propositions que doit faire EDF prévoit un délai de trois mois pour le faire. Or, seul le courrier de 1997 a été émis dans ce délai, de sorte qu'il faut en tirer la conséquence de l'efficacité du premier montant énoncé à ce moment là par EDF. Ce moyen déterminant, qui a conduit le régulateur à retenir le premier montant et non le second, n'a pas été soumis à la contradiction. La Cour vise les textes qui organisent spécialement l'obligation de soumettre à la contradiction les éléments de fait et de droit dans les pro-

cédures de règlement des différends (D. n° 2000-894, 11 sept. 2000, art. 3 [La Commission de régulation de l'électricité assure la communication à chacune des parties des observations et pièces déposées par les autres parties et fixe le délai dans lequel il devra y être répondu] et art. 4 [Le rapporteur a pour mission d'instruire l'affaire, en toute indépendance, dans le respect du principe du contradictoire]) et non pas les principes généraux ou l'article 6 de la Convention européenne (il faut en faire une lecture sous-jacente pour voir ceux-ci dans la décision, cf. Monsebernard M., *Dr. Adm.* 2004, n° 69). Les textes spéciaux suffisent pour fonder l'annulation.

Mais la Cour ne renvoie pas l'affaire devant le régulateur, estimant qu'après cette annulation, elle est en mesure de résoudre à son tour au fond un tel litige. Elle s'estime, tout d'abord, incompétente pour connaître des demandes d'indemnisation formulées de part et d'autre. Sur l'analyse qu'elle mène pour sa part des relations de négociation contractuelle, et contrairement à la position adoptée par le régulateur, la Cour estime que dans la mesure où Sinerg a payé sans exprimer aucune réserve l'acompte de 50 % du prix avancé par EDF en 1998, elle est tenu par celui-ci, ce paiement manifestant « *son acceptation librement consentie à une proposition par elle abusivement qualifiée de modification unilatérale fixé qui se trouvait parfaitement justifiée* ».

La Cour de cassation va rejeter le pourvoi et l'on appréciera la rapidité avec laquelle ce contentieux a été vidé, Cour d'appel et Cour de cassation mettant environ huit mois chacune pour rendre une décision, la rapidité étant une condition essentielle pour que la procéduralisation précitée de la régulation ne montre pas sa face noire de la stra-

**On appréciera la rapidité avec laquelle ce contentieux a été vidé, la rapidité étant une condition essentielle pour que la procéduralisation de la régulation ne montre pas sa face noire de la stratégie dilatoire des opérateurs.**

tégie dilatoire des opérateurs et de l'engluement des règles dans des procédures incertaines et interminables.

## II. – ENJEU PROCÉDURAL : LE STATUT CONTESTÉ DU RÉGULATEUR DANS SON OFFICE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENTS ET LES DIFFICULTÉS CONSÉCUTIVES

La présente rubrique a fait écho, sous la plume de Stéphane Braconnier, à la question de savoir quel est la place du régulateur dans les recours formés contre ses décisions de règlement des différends (cf. RLC 2004/1, n° 96, note sous CA Paris, 6 avr. 2004, SAS Scott France), ce qui renvoie à son statut même lorsque le régulateur exerce ce pouvoir.

Dans le cas *Sinerg*, devant la cour d'appel de Paris, EDF s'était plaint de la participation active de la CRE au débat devant la juridiction du recours, en affirmant que « cette autorité se serait comportée, devant la cour, comme une véritable partie en formulant dans ses observations écrites des demandes ou des fins de non-recevoir et de ce qu'elle aurait introduit dans le débat des éléments n'y figurant pas ou formulé des demandes, de sorte qu'elle aurait ainsi méconnu le principe de l'égalité des armes entre les parties et celui du droit à un procès équitable ».

La Cour s'était là encore référée au décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000 organisant la procédure de règlement des différends et offrant au régulateur la faculté de formuler des observations devant la cour d'appel. Mais les juges en reviennent aux principes, à savoir que cette autorité administrative dont émane la décision critiquée n'est pas partie au procès et ne peut se substituer aux parties pour formuler des prétentions. Or, la CRE avait formulé une prétention, contre EDF, pour que le recours de celle-ci soit déclaré irrecevable. En résulte-t-il une annulation de la procédure pour violation du droit au procès équitable ? Précisément non, la Cour ne suivant EDF dans la seconde partie de son allégation, puisque celle-ci a été mis en mesure de contester le comportement du régulateur, ce qui satisfait son droit au procès équitable, le juge écartant simplement la demande du régulateur de retenir une fin de non-recevoir à l'encontre d'EDF, prétention irrecevable puisqu'un régulateur ne peut se conduire comme une partie. Cette question est remise sur le métier par l'arrêt de la Cour de cassation, car à ce niveau là aussi, la CRE s'est autorisée à déposer des observations. La réaction des juges du droit est plus radicale, ces observations étant balayées de la façon suivante : « aucun texte ni principe n'habilite la CRE à présenter des observations sur le pourvoi formé contre l'arrêt rendu à la suite du recours formé contre l'un de ses décisions ; que ces observations sont irrecevables ».

Or, ces observations du régulateur étaient favorables à *Sinerg*, puisqu'il s'agissait de défendre une décision initiale qui avait donné satisfaction à celle-ci. En outre, le pourvoi formé par *Sinerg* contre l'arrêt de la Cour d'appel reproche à celle-ci d'avoir déclaré irrecevables les demandes du régulateur, alors que, selon le demandeur, la CRE doit pouvoir présenter toutes observations relatives « tant à son pouvoir de régulation, qu'à la décision attaquée ». La Cour de cassation reprend pourtant la formule des juges précédents, en estimant que l'autorité dont émane la décision ne peut formuler des prétentions à la place des parties.

Dès lors, la présence, imposée par le décret précité du 11 septembre 2000, du régulateur à la procédure de contestation de sa décision, qui paraît naturelle en contentieux administratif (cf. Richer L., Le règlement des différends par la commission de régulation de l'énergie, in Mél. Moderne F., Mouvement du droit public, Dalloz, 2004, p. 392), demeure étrangère à la culture judiciaire, les juges cherchant à priver d'effet contrai-

gnant ces « observations ». En quelque sorte, que le régulateur parle pourvu qu'il ne demande rien aux juges. Pourquoi cette conception si restrictive face à une de ces autorités administratives qui, d'ordinaire, peuvent défendre plus efficacement leurs décisions et contraindre les juges du recours à répondre ? Parce que pour un juge judiciaire, une autorité qui, au terme d'une procédure pleinement contradictoire, tranche un litige entre deux parties, est substantiellement une juridiction (cf., par exemple, Wiederkehr G., Qu'est-ce qu'un juge ? in Mél. R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Dalloz, 1996, p. 575). Or, un juge de première instance ne défend pas sa décision en cours d'appel.

Il convient de replacer cette solution, et le raisonnement qu'elle révèle, par rapport à d'autres décisions. Ainsi, cet arrêt de la Cour de cassation du 22 février 2005 ne remet pas en cause l'arrêt précité que la Cour d'appel de Paris a, ultérieurement à son arrêt *Sinerg*, rendu le 6 avril 2004, dans le cas SAS Scott France, parce que dans ce dernier arrêt, seule était en cause la faculté pour le régulateur de formuler des observations. Celle-ci demeure acquise, résulte de dispositions expresses du décret précité de procédure, mais la voie est désormais étroite puisque l'observation ne doit pas dégénérer en prétention. Plus encore, pour que l'argument qu'avance le régulateur entre véritablement dans le débat, encore faut-il qu'une partie, c'est-à-dire une des personnes en litige, le reprenne à son tour. En effet, la Cour de cassation refuse de considérer un argument qu'avait développé la CRE mais que *Sinerg* n'avait pas repris à son compte, et plus encore la Cour de cassation dispense la cour d'appel elle-même de l'obligation de répondre aux observations du régulateur. En effet, le pourvoi estimait que, de par la loi, le juge doit répondre aux observations du régulateur, mais la Cour de cassation répond que la partie « n'est pas fondée à se prévaloir d'un défaut de réponse aux observations de la CRE ». Ainsi, ces observations n'ont que le pouvoir de fait d'éclairer la Cour. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait qu'une partie « demande la bénéfice des observations présentées par la CRE ». Cela ne fût pas fait en l'espèce, mais gageons que cela deviendra bientôt un réflexe des plaideurs pour mieux garantir leur position.

Dès lors, si l'on recherche encore le statut du régulateur dans ces procédures, il est en quelque sorte le simple observateur, bienvenu, toléré, de la discussion judiciaire à son propos, mais il n'est pas ni partie ni même un interlocuteur du juge, puisque celui-ci peut négliger de lui répondre. Ainsi, le régulateur ressemble à un expert, et non pas à une partie. Nous sommes loin du contentieux administratif qui reconnaît à l'autorité dont la décision est contestée le statut de partie à l'instance.

## III. – APPRÉCIATION DES CONDITIONS D'ACCÈS PAR LE RÉGULATEUR : LE CONTRÔLE DES JUGES

Prenons tout d'abord le pouvoir du régulateur lui-même, face au prix négocié entre le gestionnaire de réseau et celui qui veut y accéder, pour organiser cet accès, notamment opérer les travaux de raccordement. L'article 38 de la loi du 10 février 2000 précise que par sa décision qui tranche la difficulté, la CRE précise les conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend dans lesquelles l'accès aux réseaux publics ou leur utilisation sont, le cas échéant, assurés. Autant dire que le régulateur dispose d'un pouvoir considérable, mais la difficulté est venue d'une contestation non pas seulement des conditions techniques et tarifaires, mais encore du comportement des parties au cours de la négociation, notamment quant aux informations communiquées, et du moment où les consentements se sont effectivement échangés, ce qui opère alors la jonction entre régulation et contrat (sur ce point, cf. Jamin C, Le droit de la régu- >

lation: un laboratoire expérimental du droit des contrats, RLC 2005/1, n° 180, p. 132). Le régulateur cherche donc au cas par cas de déterminer la rencontre des consentements et impose au gestionnaire du réseau des obligations de loyauté et de transparence. L'autorité manie donc son pouvoir de règlement des différends dans une perspective de régulation de l'accès dans le souci du bon fonctionnement du système, plus encore que comme une simple résolution de conflits autour de droits et d'obligations entre opérateurs (pour une analyse plus développée, cf. Frison-Roche M.-A., L'office de règlement des différends, entre régulation et juridiction, in Les risques de régulation, coll. Droit et Economie de la Régulation, vol. 3, Dalloz, Presses de Sciences-Po, sous presse).

Dès lors quel type de contrôle les juges exercent-ils sur les raisonnements et les décisions du régulateur? La question est aussi classique que difficile (cf., par exemple, Bellamy Ch., Le juge contrôleur du régulateur, in Les régulations économiques: légitimité et efficacité, précité, p. 174).

Prenons tout d'abord le contrôle exercé par la cour d'appel, le cas *Sinerg* devant ici être rapproché du cas *Cogé de Kerverzet* (cf. CA Paris, 1<sup>er</sup> ch., sect. H, 8 juin 2004, RLC 2004/1, n° 91). Le régulateur apprécie au cas par cas la légitimité du comportement du gestionnaire de réseau et le moment où se cristallise l'échange des consentements. Or, dans les deux cas, leur similarité rendant leur étude rapprochée particulièrement éclairante, les clients avaient saisi le régulateur parce qu'après avoir reçu une première évaluation, ils avaient eu le désagrément d'en recevoir ultérieurement une autre pour un montant démultiplié. Dans les deux cas, le régulateur avait fait prévaloir le premier montant sur le second.

Alors que la Cour d'appel de Paris n'y a rien trouvé à redire dans son arrêt du 8 juin 2004 précité, au bon accueil par le régulateur de la prétention de la société Cogé de Kerverzet, elle a renversé la prétention analogue de Sinerg. Pourquoi? Parce que dans le premier cas, la Cour a suivi le régulateur lorsqu'il a estimé qu'EDF avait manqué de transparence dans sa relation avec son client et n'avait pas justifié ce à quoi correspondaient les montants avancés. La Cour n'a pas suivi le régulateur dans le cas Sinerg, parce que la solution était semblable mais les circonstances étaient différentes. La cour d'appel, re-

trouvant le droit familial des contrats, a estimé que le premier montant avancé par EDF n'était qu'une esquisse et que le comportement du client en payant un acompte sans réserve sur le second montant évoqué, avait scellé l'accord des parties. La cour d'appel exerce donc un contrôle plein, en substituant sa propre appréciation, il est vrai non pas tant sur le terrain des conditions techniques et financières adéquates mais sur la rencontre des consentements.

Quel contrôle à son tour la Cour de cassation exerce-t-elle? L'arrêt du 22 février 2005, le premier, le seul disponible, est très précieux pour s'en faire une idée. Alors même que la technique de rédaction des arrêts ne l'y contraignait pas, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel parce que «loin de retenir que le seul versement de l'acompte impliquait renonciation au caractère définitif de l'évaluation initiale, la cour d'appel a légalement justifié sa décision» parce qu'elle a aussi considéré que la description des travaux n'était pas définitive à l'époque et qu'il y a eu des échanges de courrier entre les parties, montrant que le contrat n'était pas encore formé. Quant à la contestation que faisait la partie au pourvoi de la portée que la cour d'appel avait donné à une lettre ultérieure d'EDF, la Cour de cassation renvoie les parties à s'adresser au juge en requête en interprétation.

La Cour de cassation estime donc que les juges d'appel ont fourni une «base légale» à leur décision. Cela signifie que si l'arrêt avait été de cassation et non pas de rejet, la censure serait intervenue pour «manque de base légale». Techniquement, cela signifie que la Cour de cassation opère un contrôle de motivation, et plus précisément qu'elle contrôle le fait que les juges ont articulé leur appréciation de droit sur des faits avérés. Il s'agit donc d'un contrôle minimum, mais ce contrôle porte sur les faits et sur leur utilisation par les juges, c'est-à-dire a pour autant la rectitude des raisonnements probatoires (cf. Motulsky H., Le «manque de base légale», pierre de touche de la technique juridique, JCP 1949, I, 775). Cette importance des preuves, qui opèrent la jonction entre les faits et les catégories juridiques, est une marque plus générale du contentieux économique, dont les opérateurs doivent tenir le plus grand compte. ♦

## ■ RÉGULATION

### ÉNERGIE

Marie-Anne FRISON-ROCHE

RLC 248

## Le régulateur encadre les modes d'accès au stockage de gaz naturel

*Une communication de la CRE vise à améliorer les conditions générales d'utilisation des stockages et les tarifs d'utilisation mais aussi à simplifier les offres et à renforcer la transparence.*

Communication CRE, 16 févr. 2005, relative aux offres d'accès des tiers aux stockages souterrains de gaz naturel

L'accès des tiers au stockage est aussi crucial pour la régulation du gaz que l'est l'accès au réseau de transport et de distribution, et la loi française a préféré, comme la directive

européenne lui en donnait la possibilité, de ne pas réglementer ses prix, mais de laisser jouer la négociation, en confiant au régulateur le soin de régler les différends entre parties sur les deux cas. Le système doit donc fonctionner *ex post*. Mais un régulateur actif ne peut attendre jusque là et dépendre d'une volonté d'une opérateur de le saisir.

Le *soft law* est alors un recours tentant pour remettre un peu d'*ex ante*, manœuvre efficace qui prend la forme «communications» (pour un commentaire sur cette manière de procéder, cf. RLC 2005/2, n° 167, note M.-A. F.-R.) la CRE ayant pas voulu recevoir passivement les tarifs et conditions pratiqués par les deux opérateurs de stockage, Gaz de France et Total Infrastructure Gaz France (TIGF), mais ayant tout d'abord soumis à la consultation de tous ces conditions. Puis au vu des résultats, le régulateur a donc émis une «communication», tout en précisant qu'il ne s'agit que d'anticiper des recommandations européennes de «bonnes pratiques des opérateurs de stockage», que les régulateur sont en train d'élaborer. La *soft law* régne.

Le régulateur demande à ce que soient améliorés les tarifs, notamment pour réduire les termes fixes, pouvant constituer une barrière à l'entrée pour les petits utilisateurs. Nous sommes dans le cœur de métier du régulateur, qui doit veiller à cet accès effectif pour tous. Il devient plus audacieux lorsque, dans

cette même recommandation, il interfère plus directement dans les politiques commerciales prenant la forme de clauses contractuelles, par exemple sur la durée des préavis pour ouvrir un accès (ce que le régulateur désigne par l'expression fort peu juridique de « *démarrer un contrat de stockage* »), ou le nombre contractuellement convenu de jour de maintenance. Cela n'est pas critiquable en soi mais nous sommes assez loin du libéralisme initialement voulu d'un libre jeu contractuel. Sans doute est-ce parce que précisément, surtout si le client des titulaires des capacités de stockage est petit, ce libre jeu ne peut guère fonctionner que le régulateur recadre si fermement les différents points de l'accord.

Il est d'ailleurs remarquable que le régulateur « *recommandé* », en outre, une simplification des offres, demandant notamment aux deux opérateurs en cause de mettre en ligne des outils de simulation permettant à chaque utilisateur de calculer les capacités qui lui sont disponibles et le prix correspondant, de favoriser le développement d'offres de modulation pour que les acteurs n'aient pas à supporter la complexité des offres de stockage. Nous ne sommes pas loin d'une perspective de droit de la consommation, ce qui est légitime lorsque l'utilisateur de la facilité essentielle, en raison de la libéralisation du secteur, n'est plus nécessairement un opérateur puissant.

Enfin, le régulateur exprime sa volonté de renforcer la transparence, notamment par la publication des capacités de stockage, celles déjà souscrites et celles disponibles, la publication des règles d'allocation des capacités, des méthodes de calcul des tarifs, et de l'ensemble des données relatives à l'accès.

Cette exigence de transparence est particulièrement instructive et le régulateur a eu l'occasion, dans un règlement de différend, de l'appliquer au gestionnaire du réseau de transport d'électricité (cf. Déc. CRE, 30 oct. 2003, Cogé de Kerverzet, confirmée par CA Paris, sect. H, 8 juin 2004, RLC 2004/1, n° 91, note M.-A. F.-R.). Cela tient à l'idée que le titulaire d'une facilité essentielle agit quasiment comme un régulateur de premier rang, que les contrats passés ne sont que qu'un mode de concrétisation des droits d'accès, le titulaire devant alors fournir lui-même toute information pertinente (pour une démonstration plus générale, cf. Frison-Roche M.-A., Régulation et contrat: présentation du thème et synthèse du II<sup>e</sup> forum de la Régulation, Petites Affiches, sous presse). Le régulateur va ici au-delà de la transparence sur l'allocation des capacités ou les modes de calculs des tarifs, c'est l'ensemble des données qui doivent être mis à dispositions pour tous, tâche usuellement confiée au régulateur, ici transférée aux opérateurs cruciaux que sont les deux entreprises qui gèrent les capacités de stockage.

RLC 249

## La Cour d'appel de Paris sanctionne le régulateur pour excès de pouvoir

*Le régulateur qui enjoint à une partie de payer des sommes dues exerce un pouvoir étranger à sa mission de régulation, qui ressortit au juge du contrat, et excède ses pouvoirs.*

CA Paris, 1<sup>er</sup> ch., sect. H, 25 janv. 2005, Cerestar France

Dans cet arrêt très important, la Cour d'appel de Paris impose sa conception du pouvoir de régulation par rapport à celui, à la fois plus ordinaire et plus étendu, de résoudre des difficultés contractuelles.

En l'espèce, et sans rentrer dans les détails de cette affaire, la société Cerestar qui bénéficiait d'une convention de raccordement au réseau, avait implanté une unité de cogénération et entendait déduire des factures d'accès le montant représentant l'énergie injectée par cette usine, estimant en outre qu'elle n'avait de toute façon jamais accepté la nouvelle organisation proposée par EDF.

EDF saisit le régulateur, lequel, par une décision du 25 mai 2004, a enjoint à Cerestar de régler le solde des factures et les pénalités contractuellement prévues et de signer le contrat d'accès au réseau dans les trente jours après la signification de la décision de règlement du différend.

La Cour, saisie par Cerestar, réagit très fermement. Elle rappelle que la Commission précise les conditions techniques et financières de l'accès, pas moins pas plus, et si la fixation de ces conditions par le régulateur est contraignante, puisque des sanctions pécuniaires frapperont la partie qui ne s'y conforme plus, cette contrainte ne peut aller au-delà de la fixation de ces conditions.

Dès lors, le régulateur qui impose un paiement de sommes contractuellement fixées, prix ou pénalités, ou qui donne un ordre de contracter, commet un excès de pouvoir. La Cour annule sur ce fondement la décision du régulateur. Sur ce terrain là donc, la Cour veille à un strict contour des pouvoirs du régulateur, dans un souci de la légalité qui certes nuit ici à l'efficacité de l'action du régulateur (sur cette balance même, cf. Tuot Th., La sauvegarde et l'adaptation de la hiérarchie des normes en matière de régulation, in *Economie et Droit de la Régulation*, vol. 2, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Dalloz, Presses de Sciences-Po, p. 74).

Le second terrain d'analyse est celui du rapport entre la régulation et le droit des obligations. Sur le terrain des injonctions d'exécutions des obligations contractuelles, la Cour pose expressément qu'une « *telle décision, qui ressortit au juge du contrat, est étrangère à sa mission de régulation* ». Voilà un autre argument que celui, précédent et suffisant, de la légalité. Si le juge ne peut exercer ce pouvoir, c'est non pas seulement du fait de l'argument tautologique selon lequel il ne l'a pas, mais encore parce qu'il ne lui est pas nécessaire pour sa « *mission de régulation* ». Ce raisonnement renvoie à un arrêt ancien de la Cour d'appel de Paris du 28 avril 1998, qui, à propos d'un pouvoir d'injonction exercé par l'Autorité de régulation des télécommunications, alors même que la loi ne lui avait pas conféré, en avait validé l'exercice, sur la fiction d'une attribution tacite par le législateur, parce que ce pouvoir d'injonction était « *nécessaire* » au régulateur qui, ayant fixé un calendrier se devait d'obliger l'opérateur historique à le respecter.

À partir d'un raisonnement semblable, dans lequel la légalité n'a plus sa part, le pouvoir est aujourd'hui écarté, en ce qu'il ne serait pas nécessaire. Il n'est pas certain tout de même que le régulateur qui estime que les conditions techniques et financières d'un contrat d'accès sont correctes mais ne peut pour autant obliger les parties à en tirer les conséquences, par exemple à payer le prix des prestations, n'est pas privé d'un pouvoir nécessaire.

La Cour indique d'ailleurs la solution : que la partie se tourne donc vers le juge des contrats, lui qui peut sur le fondement de l'article 1131 du Code civil ordonner aux parties de s'exécuter. Certes, mais l'on va au-devant de quelques difficultés car qu'arrivera-t-il si le régulateur estime que le contrat est valablement conclu (mais il ne peut en dire plus et notamment pas dire aux parties d'agir en conséquence) et que le juge du contrat, auquel il faudra demander l'exécution, estime, pour sa part, que la rencontre des volontés ne s'est pas opérée selon les exi- >

gences du droit commun? Le juge du contrat, saisi pour l'exécution, ne pourrait-il plus revenir sur les conditions de formation? Attendons la suite de ce rapport difficile entre Contrat et Régulation.

Sur le terrain de la formation du contrat, la société Cerestar, lors de son recours, avait fait référence à la liberté contractuelle et au fait que nul ne peut être obligé à contacter. La Cour, qui reprend la solution et interdit au régulateur d'enjoindre ainsi une partie à passer contrat, passe cette fois-ci sa censure sur le seul excès de pouvoir, puisque la loi n'a pas conféré cette possibilité au régulateur, sans se référer à la théorie générale des obligations.

Il demeure que l'accès au réseau, étant à la fois le cœur de la régulation et prenant la forme juridique d'une convention, nous n'avons pas fini d'être confrontés aux très difficiles entre le droit ordinaire des conventions et le droit spécifique de la régulation. Ce heurt va d'autant plus se nouer que la Cour d'appel de Paris, dont les juges sont nourris de droit des contrats, contrôle l'activité régulatrice des autorités administratives.

## TÉLÉCOMMUNICATIONS ET TRANSPORTS

Stéphane BRACONNIER, avec le concours de Karine ABDEREMANE et Antoine CLAEYS, ATER à l'Université de Poitiers et Sébastien NIVAULT, docteur en droit public

### TÉLÉCOMMUNICATIONS

RLC 250

## Modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision de l'ART

Le Conseil d'État, après avoir partiellement censuré pour illégalité les dispositions d'une décision de l'Autorité de régulation des télécommuni-

*cations (ART), décide de différer dans le temps les effets de l'annulation prononcée.*

CE, 25 févr. 2005, n° 247866, France Télécom

L'arrêt du 25 février 2005 s'inscrit dans le prolongement de la déjà célèbre jurisprudence « AC ! » (CE Ass., 11 mai 2004, Assoc. AC !, RFDA 2004, p. 454, concl. C. Devys) dont il révèle les potentialités en matière de contrôle juridictionnel des actes à caractère économique.

Le litige trouvait son origine dans une décision de l'ART, prise dans le cadre de la procédure relative au dégroupage de la boucle locale. En application de la réglementation communautaire et nationale, la détermination des modalités matérielles et financières d'accès au réseau local est effectuée par l'opérateur historique, sous le contrôle de l'ART. Estimant, en l'espèce, que les tarifs d'accès n'étaient pas suffisamment « orientés vers les coûts », l'ART a enjoint à France Télécom de modifier son offre de référence. Saisi par cette dernière d'un recours en annulation contre ladite décision, le Conseil d'État y fit droit en relevant que l'ART avait manqué à son obligation de publier, préalablement à toute demande de modification, la méthode de calcul des coûts servant de base à l'offre de référence. Mais sitôt l'annulation prononcée, le juge décida d'en reporter les effets dans le temps. En procédant de la sorte, l'arrêt *France Télécom* apporte d'utiles précisions sur les critères de la mise en œuvre de la modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse et sur la portée de celle-ci.

Si le juge a considéré que l'annulation rétroactive de la décision de l'ART risquait d'emporter des « conséquences manifestement excessives », c'est en raison, non pas tant des effets produits par l'acte avant sa censure juridictionnelle, que de « la situation juridique créée par l'annulation » (Stahl J.-H. et Courrèges A., note à l'attention de M. le Président de la Section du contentieux, RFDA 2004, p. 438 et spéc. p. 449). Le Conseil d'État relève, en effet, que « la disparition rétroactive des dispositions litigieuses porterait une atteinte manifestement excessive à l'intérêt qui s'attache au respect du droit communautaire et au développement de la concurrence sur les marchés des nouveaux services de télécommunications, notamment de l'internet haut débit ». Le bien-fondé de la demande de modification formulée par l'ART n'étant pas contesté, l'annulation rétroactive de sa décision aurait effectivement eu pour conséquence paradoxale de laisser sub-

## En bref...

### Contrôle de légalité en matière d'aménagement numérique des territoires

Une circulaire du 24 janvier 2005 est venue préciser, à l'attention des préfets de région et de département, les éléments devant être pris en compte lors du contrôle de légalité des opérations en matière d'aménagement numérique des territoires engagées sur la base du nouvel article L. 1425-1 du Code général des collectivités territoriales. Après avoir rappelé les principes gouvernant l'intervention des collectivités locales en la matière, la circulaire insiste tout particulièrement sur la nécessité de veiller au « respect du droit de la concurrence, de celui ap-

plicable aux collectivités territoriales et du code des marchés publics ». La circulaire énumère également les catégories de contrats (marchés publics, délégations de service public) auxquelles les collectivités devraient normalement avoir recours en fonction de la nature des activités exercées et des contraintes figurant à l'article L. 1425-1 précité.

### Mise en place des numéros d'accès aux services de renseignements se substituant au « 12 »

Dans un communiqué du 4 février 2005, l'ART tire les conséquences de la décision Société Scoot France du 25 juin 2004 (cf. CE, sect., 25 juin 2004, nos 249300 et 249722, RLC 2004/1, n° 95), par laquelle le Conseil d'État lui a enjoint, d'une part,

d'attribuer des numéros de même format à tous les opérateurs offrant des services de renseignements téléphoniques et, d'autre part, de modifier le plan national de numérotation afin que le 12 ne puisse plus être utilisé comme numéro d'accès aux services de renseignements des opérateurs. L'ART retient donc un format de numéro unique à six chiffres, commençant par 118, pour l'ensemble des intervenants sur le marché des services de renseignements. Outre la détermination des obligations minimales attachées à la fourniture de ces services et des conditions dans lesquelles les numéros 118 seront attribués, l'ART établit l'échéancier de la réforme qui, à l'issue d'une période transitoire s'achevant le 3 avril 2006, conduira à la suppression définitive du « 12 ».