

Secteurs régulés - Ce qu'il faut retenir de 2018

Nous avons effectué une sélection des principaux sujets dans les secteurs des communications électroniques, de l'énergie et des transports qu'il nous semble important de retenir.

Communications électroniques

FtTH - cofinancement et conditions d'accès au réseau déployé par Orange :

Free participe au cofinancement des réseaux FtTH déployés par Orange. Dans le cadre d'un règlement de différend (RDD) introduit par Free à l'encontre d'Orange et relatif à l'offre d'accès aux lignes FtTH d'Orange en zones moins denses d'initiative privée, l'ARCEP a précisé les modalités d'accès qu'Orange doit consentir à Free en application de la régulation symétrique :

(i) droit d'accès au réseau FtTH d'Orange d'une durée d'au moins 40 ans, dans des conditions transparentes et prévisibles, permettant de disposer de la visibilité adéquate au regard des investissements consentis ;

(ii) droit d'accès à certaines données tarifaires appliquées par Orange et, notamment, le lien entre les coûts du réseau cofinancé et les principaux tarifs du contrat ;

(iii) droit de raccorder les stations de base mobiles de Free Mobile via les fibres optiques surnuméraires du réseau FtTH déployé par Orange et cofinancé par Free.

Décision n°2018-0569-RDPI du 17 mai 2018

FtTH - engagements d'Orange et SFR sur le déploiement du réseau :

Le gouvernement a accepté en juillet 2018 les propositions d'engagements d'Orange et SFR relatifs au déploiement du réseau FtTH dans la zone AMII (« appel à manifestation d'intention d'investissement »). Pour mémoire, la zone AMII est la partie du territoire métropolitain où un ou plusieurs opérateurs privés ont manifesté leur intérêt pour déployer un réseau FtTH, sans intervention publique (cela permet aux collectivités publiques de concentrer sur les zones qui ne sont pas rentables économiquement pour les opérateurs).

Ces engagements constituent une réponse à la demande du gouvernement d'accélérer les déploiements pour apporter aux entreprises et aux foyers le haut débit en 2020 et le très haut débit en 2022. Orange et SFR s'engagent ainsi à ce qu'environ 12,7 millions de locaux soient éligibles à une offre commerciale d'accès à la fibre optique d'ici fin 2020.

Courrier d'Orange / Courrier de SFR

« New Deal Mobile » - attribution de nouvelles autorisations d'utilisation de fréquences :

Les fréquences des bandes 900 MHz, 1800 MHz et 2,1 GHz, utilisées par les réseaux mobiles 2G, 3G et 4G, et dont les autorisations arrivent à échéance entre 2021 et 2024, ont été réattribuées.

Les autorisations d'utilisation de fréquences délivrées s'inscrivent dans le cadre du *New Deal Mobile*, intervenu entre le Gouvernement, l'Arcep et les opérateurs de téléphonie en janvier 2018. Elles sont accompagnées d'obligations ambitieuses en faveur de l'aménagement numérique du territoire telles que l'amélioration de la qualité de réception sur l'ensemble du territoire, la généralisation de la réception en 4G, l'accélération de la couverture des axes de transport, etc.

Décision n°2018-1306 du 23 octobre 2018

5G - préparation du déploiement en France :

L'Arcep a ouvert un guichet « pilotes 5G » mettant à disposition du spectre pour permettre aux acteurs industriels de tester le déploiement grandeur nature de pilotes 5G (ports, hôpitaux, routes connectées, etc.). Dans ce cadre, l'Arcep peut délivrer des autorisations d'utilisation de fréquences à titre transitoire. Par ailleurs, une consultation publique sur l'attribution des bandes de fréquences a été réalisée fin 2018. Résultats à suivre.

Ces mesures visent, conformément aux objectifs de déploiement européens, à une couverture 5G des principales zones urbaines et des axes de transports d'ici 2025.

Consultation publique de l'ARCEP

Energie

CoRDIS – 1^{ère} décision de sanction : Le comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie (CoRDIS) a prononcé une sanction pécuniaire de 3 millions d'euros à l'encontre d'Enedis pour non-respect d'une décision de RDD du CoRDIS.

Il s'agit de la première décision de sanction du CoRDIS depuis sa création fin 2006.

La procédure de sanction peut ainsi être envisagée comme un outil d'exécution forcée des décisions de RDD. Cette décision ouvre également la possibilité au requérant de saisir les juridictions judiciaires pour

obtenir la réparation du préjudice subi du fait de cette inexécution fautive d'Enedis.

Décision n°03-40-1 du 11 juin 2018

Eolien offshore - raccordement au réseau de transport d'électricité :

La CRE a approuvé le modèle de convention de raccordement au réseau public de transport d'électricité des parcs éoliens en mer.

Ce modèle, très attendu par les différentes parties prenantes, reflète la modification introduite par la loi *pour un Etat au service d'une société de confiance* d'août 2018 s'agissant des modalités de financement des travaux de raccordement des parcs éoliens en mer : le coût du raccordement est désormais supporté par RTE.

Ce modèle a vocation à s'appliquer aux candidats retenus et désignés avant le 1^{er} janvier 2015 (Courseulles-sur-Mer, Fécamp, îles d'Yeu et de Noirmoutier, Le Tréport, Saint-Brieuc et Saint-Nazaire).

Délibération n°2018-227 du 8 novembre 2018

Solaire - contentieux de masse relatif aux arrêtés tarifaires de 2006 et 2010 :

Des exploitants de parcs solaires ont cherché à engager la responsabilité d'Enedis pour le retard qui aurait été pris dans le traitement de leurs demandes de raccordement au réseau public de distribution d'électricité et qui leur aurait fait perdre le bénéfice du tarif d'achat d'électricité prévu par l'arrêté tarifaire du 10 juillet 2006 au profit du tarif moins favorable prévu par l'arrêté du 12 janvier 2010.

Plusieurs cours d'appel ont jugé que le tarif d'achat défini par ces deux arrêtés était constitutif d'une aide d'Etat illégale, conformément à la décision de la CJUE rendue sur renvoi préjudiciel dans ce contentieux. Cette analyse est cohérente avec celle retenue par le Conseil d'Etat (CE) s'agissant du tarif éolien dans l'affaire *Vent de colère I*.

En conséquence, les demandes d'indemnisation présentées par les exploitants ont été rejetées au motif de l'absence de préjudice réparable (absence de perte de chance de bénéficier d'un tarif d'achat dès lors que celui-ci est défini par des arrêtés constitutifs d'une aide d'Etat illégale).

Voir par ex. : [CA Versailles, 3 juillet 2018, n°17/03977](#)

Remboursement de la CSPE : A la suite de la [décision de la CJUE de juillet 2018](#), le CE prend acte de la compatibilité partielle de la contribution au service public de l'électricité (CSPE) avec le droit de l'UE dans la mesure où elle poursuit principalement une finalité environnementale (92,58% du produit de la CSPE perçue en 2009 couvrirait cette finalité spécifique). Ainsi, sous réserve de leur recevabilité, les demandes de remboursement partiel de la CSPE pour 2009 ne pourront atteindre que 7,42 % des sommes acquittées au titre de la CSPE.

[CE, 3 décembre 2018, n°399115](#)

Tarifs réglementés de vente d'électricité : Le CE s'est prononcé sur les TRV d'électricité moins d'un an après sa [décision](#) concernant l'incompatibilité des TRV de gaz naturel avec le droit de l'UE.

Le CE admet dans son principe l'existence de TRV d'électricité en considérant qu'ils répondent à un objectif de stabilité des prix. Il annule toutefois partiellement les tarifs adoptés en 2017 en raison de leur disproportion au regard de cet objectif.

De nouveaux arrêtés tarifaires distinguant selon le type de consommateurs finals ont été adoptés en juillet 2018. Le principe du réexamen périodique de ces tarifs a été intégré dans le projet de loi PACTE en cours d'examen par le Sénat. A suivre.

[CE, Ass., 18 mai 2018, Société Engie et ANODE, n°413688, 414656](#)

Réseaux de distribution d'électricité - deux décisions à retenir :

> **Précisions sur la notion de « réseaux fermés de distribution d'électricité »** : La CJUE a précisé la notion de « réseaux fermés de distribution d'électricité » au sens de la directive 2009/72/CE :

(i) un réseau de distribution est un réseau servant à acheminer de l'électricité à haute, moyenne ou basse tension ;

(ii) seule la tension de l'électricité acheminée constitue un critère pertinent pour déterminer si un réseau constitue un réseau de distribution au sens de cette directive ; et

(iii) ces réseaux ne peuvent être exemptés de l'obligation de libre accès des tiers prévue par cette directive.

[CJUE, 28 novembre 2018, C-262/17, C-263/17 et C-273/17](#)

> **Confirmation du refus du juge d'autoriser le raccordement indirect d'un programme de promotion immobilière à énergie positive en vue de son autoconsommation** : La Cour de cassation juge que seules Enedis et les entreprises locales de distribution sont autorisées à gérer un réseau de distribution d'électricité.

Un opérateur ne peut donc pas bénéficier d'un point unique de raccordement au réseau de distribution lui permettant ensuite d'acheminer l'électricité vers les occupants de son site, clients finals, dès lors qu'une telle solution aboutirait à lui confier la gestion d'un tel réseau en méconnaissance du code de l'énergie.

[Cass., Com., 4 septembre 2018, n°17-13015](#)

Gaz - entrée en vigueur de la zone unique le 1^{er} novembre 2018 : Les écarts de prix du gaz qui existaient entre les zones Nord et Sud ont désormais disparu au profit d'un prix unique pour tous les consommateurs.

[Délibération de la CRE n°2018-171 du 24 juillet 2018](#)

Transport aérien

Redevances aéroportuaires - précisions sur les pouvoirs de l'Autorité de supervision indépendante : Pour mémoire, les tarifs des redevances aéroportuaires doivent être notifiés par l'exploitant de l'aéroport à l'ASI. Dans le cas où les tarifs des redevances ne sont pas homologués par l'ASI pendant deux années consécutives, l'ASI peut fixer ces tarifs avec un préavis d'au moins 45 jours.

Le CE a jugé que, sans attendre la fin de la seconde année sans homologation, l'ASI peut, dès qu'elle constate deux défauts consécutifs d'homologation des tarifs, faire usage de son pouvoir de fixer elle-même les tarifs applicables à la période tarifaire concernée par le second défaut d'homologation.

[CE, 28 décembre 2018, n°419314](#)

Transport ferroviaire

ARAFER - précision de ses pouvoirs en RDD : L'ARAFER peut enjoindre au gestionnaire du réseau ferré, dans le cadre d'un RDD, de modifier les règles d'accès au réseau au bénéfice de l'ensemble des utilisateurs du réseau, et non pas pour les seules parties à la procédure.

Ainsi, l'ARAFER peut, lorsque cela est nécessaire pour régler le différend et à l'instar du pouvoir dont dispose la CRE, non

seulement préciser les conditions d'accès au réseau mais également, si nécessaire, les fixer au bénéfice de tous les opérateurs.

Dans ces affaires, Magenta accompagnait les opérateurs ferroviaires qui avaient initialement saisi le régulateur de demandes de RDD.

[Cass., Com., 14 février 2018, n°16-10.636, 16-10.637, 16-10.638, 16-10.639](#)

Nouveau pacte ferroviaire - ouverture à la concurrence du transport ferroviaire national de voyageurs : L'ouverture à la concurrence des services nationaux de transport ferroviaire de voyageurs a débuté le 1^{er} janvier 2019.

Il s'agit de la dernière étape de la réalisation de l'espace ferroviaire unique européen après l'ouverture à la concurrence du fret international (01/06), du fret domestique (01/07) et des services internationaux transport ferroviaire de voyageurs (12/09).

S'agissant des services commerciaux, les entreprises ferroviaires disposent d'un droit d'accès à l'ensemble du réseau ferroviaire depuis le 1^{er} janvier 2019 pour des liaisons qui seront exploitées à partir de l'horaire de service 2021 (12 décembre 2020).

S'agissant des services conventionnés faisant l'objet de contrats de service public avec les autorités organisatrices de transport (AOT), l'ouverture à la concurrence sera progressive. Du 3 décembre 2019 au 24 décembre 2023, les AOT pourront attribuer ces conventions directement, sans publicité ni mise en concurrence. Ces conventions seront alors conclues avec SNCF Mobilités pour une durée maximum de dix ans. A compter du 25 décembre 2023, le principe de la mise en concurrence sera la règle, sauf exceptions limitativement énumérées par le code des transports.

[Loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire](#)

[Ordonnance n°2018-1135 du 12 décembre 2018](#)

Réseau ferré national - adoption d'un dispositif incitatif unique pour une meilleure utilisation des sillons : L'ARAFER a adopté un dispositif incitatif unique pour encourager plus efficacement les opérateurs ferroviaires et SNCF Réseau à une meilleure utilisation des sillons sur le réseau ferré national. Ce dispositif vise à améliorer le dispositif actuel d'incitations réciproques, d'en étendre le champ et de réviser les modalités de calcul des pénalités.

[Décision n°2018-094 du 20 décembre 2018](#)



Sylvain Justier, avocat associé
Droit de la concurrence et
secteurs régulés
sylvain.justier@magenta-legal.com



Vincent Jaunet, avocat associé
Droit de la concurrence
et secteurs régulés
vincent.jaunet@magenta-legal.com



Fanny Mahler, avocate conseil
Droit public et secteurs régulés
fanny.mahler@magenta-legal.com