Forum de la Régulation 2003 – Paris, le 9 octobre

Dynamique institutionnelle et jurisprudence
Application à la réglementation des services publics

Frédéric MARTY
CNRS – CREDECO

La dynamique des institutions, et plus particulièrement de la réglementation des services publics, ne procède pas seulement d'une construction législative et réglementaire, issue d'une théorie normative de l'intérêt général, mais est partiellement construite par le jeu de la jurisprudence des tribunaux. La jurisprudence, en effet, exerce une influence déterminante en matière de construction, de précision, voire d'inflexion de la réglementation. Les actions et les stratégies des agents économiques par rapport aux règles[1] et l'activation des ressources que leur offre le droit, constituent l'un des principaux facteurs d'évolution de la réglementation. Dans une optique institutionnaliste, les actions en justice des agents économiques sont au cœur de la formation d'un droit conçu comme un lieu d'arbitrage entre les différents intérêts sociaux[2]. Nous nous proposons, dans cette communication, d'analyser l'évolution de la réglementation des services publics à la lumière de cette dynamique jurisprudentielle.

La dynamique de la réglementation des services publics tient autant de la production législative des règles que de leur mise en œuvre en situation. Il convient de souligner que le droit de la réglementation repose principalement sur un objectif d'efficacité[3]. Il vise à l'efficacité et non pas simplement à l'effectivité ou à l'efficience. En d'autres termes, le lien qu'il produit avec son effet ne se situe pas simplement dans l'*a priori*, mais dans l'*a posteriori*. Il s'agit donc d'un droit instrumental, agencé de façon à produire les effets jugés désirables par le législateur.

---

[1] Weber M., (1922), *Economie et Société. L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, trad. fra. éditions Pocket, 1995.
[2] Commons J.R., (1924), *Legal foundations of Capitalism*, The Mac Millan Company.

Les visées normatives du droit de la réglementation reposent sur sa mise en œuvre même[4]. Tant la construction de la règle que son exécution doivent participer à l'obtention d'un effet conforme à celui attendu par le législateur. Le contentieux induit par le droit de la réglementation est une source de production du droit. L'évolution est alors liée aux stratégies des agents économiques. Les décisions des juridictions et des régulateurs spécialisés deviennent, dans ce cadre, plus importantes que la règle elle-même. D'une part, les décisions ponctuelles permettent d'évaluer l'efficacité du droit. D'autre part, la construction de la réglementation n'est pas achevée par le travail législatif et réglementaire, mais résulte de l'accumulation de ces décisions ponctuelles.

Fort de cette grille d'analyse, nous nous proposons d'étudier la dynamique de la réglementation des services publics à partir de ses modalités de construction, de déploiement et d'application. A cette fin, nous nous attacherons au rôle de la jurisprudence construite par les actions en justice des agents économiques. Nous concevons la réglementation des services publics comme la résultante d'un processus réflexif[5] entre la production législative et la production de droit issu de la jurisprudence des tribunaux. Ceux-ci se saisissent des règles en situation, les traduisent, les précisent et contribuent, au fil des actions en justice des particuliers, à infléchir celles-ci[6].

Nous ambitionnons donc de présenter une analyse de la réglementation basée non plus sur des approches normatives, fondées sur des modèles théoriques, fournissant *ex ante* une définition de l'optimum social valable en tout temps et en tout lieu, mais reposant sur une analyse pragmatique de la mise en œuvre concrète des dispositifs de réglementation dans chaque cadre d'action situé[7].

---

[3] Frison-Roche M.-A., (2000), « L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologies », *Ateliers de la Concurrence, L'efficacité des décisions en matière d'ententes et de concentrations*, Paris, 7 juin.

[4] Frison-Roche M.A., (2000), *Ibid.*

[5] Salais R., (1998), « A la recherche du fondement conventionnel des institutions », in Salais R., Chatel E. et Rivaud-Danset D., *Institutions et conventions, la réflexivité de l'action économique, Raisons pratiques*, n° 9, éd. de l'EHESS, Paris.

[6] Didry C., (1998), « Les comités d'entreprise face aux licenciements collectifs: trois registres d'argumentation », *Revue française de Sociologie*, XXXIX-3, pp.495-534.

[7] Kirat T., Bayon D. et Blanc H., (2003), *Maîtriser les coûts des programmes d'armement : une analyse comparative de la réglementation des marchés industriels d'armement en France, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis*, Les rapports de l'Observatoire Economique de la Défense, La Documentation Française, Paris, 348 p.

Nous nous proposons donc dans le cadre de cette communication de confronter cette approche réflexive de la réglementation avec l'analyse des changements institutionnels des services publics français durant le siècle dernier.

Dans une première partie, nous montrerons comment la construction du service public à la française peut être lue comme la résultante des actions en justice des particuliers pour faire valoir leur droit au service public. Mobilisant les outils de l'économie du droit de tradition institutionnaliste, nous nous attacherons à la constitution progressive du Service Public durant la Troisième République par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Notre seconde partie s'attachera à mettre en évidence la prédominance de ces processus jurisprudentiels dans le basculement réglementaire actuel. Notre propos sera de montrer que le phénomène actuel de libéralisation, s'il s'appuie sur des actes législatifs, est en fait amplifié, prolongé et approfondi par le jeu des actions en justice. A cette fin, nous nous pencherons tout d'abord sur la question de la production des règles par les autorités administratives indépendantes, avant de tester empiriquement la validité de notre démarche, en étudiant la production du Conseil de la Concurrence, relative aux services publics.

Enfin, notre partie conclusive s'interrogera sur les conséquences possibles de telles dynamiques jurisprudentielles sur le devenir du service public.

I. Les actions en justice à l'origine de la construction du service public

I.1 L'économie du droit de tradition institutionnaliste comme clé de lecture

Nous proposons d'envisager la dynamique de la réglementation applicable aux services publics à partir des rapports actifs des acteurs économiques aux dispositifs juridiques[8]. Il s'agit de saisir la réglementation dans son application. Celle-ci doit se concevoir à la fois comme un processus de mise en œuvre et comme un processus réflexif de construction. La dynamique du service public peut être saisie par l'étude du "droit en mouvement", c'est-à-dire

[8] Lascoumes P. et Serverin E., (1985), « Le droit comme activité sociale : pour une approche Weberienne des activités juridiques », *Droit et Société*, n° 8, pp. 165-186.

de la production jurisprudentielle suscitée par les actions en justice des parties prenantes de la réglementation. Il s'agit donc d'une analyse pragmatiste du droit en mouvement participant à une économie institutionnelle du droit[9].

Cette analyse se fonde sur l'économie institutionnelle telle qu'elle fut développée par Commons. Ce dernier concevait l'économie comme « *une science pratique de la coordination des actions individuelles et collectives à base de règles, qui intègre les conflits d'intérêts et les rapports de pouvoir entre groupes sociaux, car les règles sont produites pour une large part dans le cadre du règlement des disputes*[10] ». La mobilisation des décisions de justice fait alors pleinement partie de la démarche empirique de l'économie en matière de réglementation. « *Institutional economics consists partly in going back through the court decisions of several hundred years, wherein collective action (…) takes over, by means of these decisions, the customs of business or labor, and enforces or restrains individual actions, wherever it seems to the Court favorable or unfavorable to the public interest and private rights*[11]».

L'émergence de l'institutionnalisme américain est inséparable de la rencontre, au début du siècle dernier, de la philosophie pragmatiste et d'un progressisme juridique ambitionnant de transformer la société par le droit. Les débats juridiques américains de la fin du XIXème siècle se concentraient sur la question du conservatisme social induit par la *Classical Legal Thought* relative à la *Common Law*. Ce phénomène était particulièrement prégnant pour l'interprétation très restrictive qui était faite de la clause du *Due Process of Law*. Celle-ci, introduite dans la constitution depuis 1868, stipulait que nul ne saurait être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens en dehors des voies légitimes du droit. Cette clause était en fait utilisée par les tribunaux pour enrayer toute législation progressiste, notamment quant aux services publics, au nom du respect des droits de propriété et de la liberté contractuelle. La tradition institutionnaliste naquit du projet d'infléchir cette jurisprudence. Il fallait faire passer le droit de la sphère de la logique des précédents à celle de la promotion d'un fonctionnement raisonnable de l'économie de marché. L'application de la logique pragmatiste au droit

---

[9] Kirat T. (s.d.), (2003), *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, Droit et Société, LGDJ, Paris, 270p.

[10] Bazzoli L. et Kirat T., (2002), « Règles juridiques et coordination économique en dynamique : une confrontation entre l'institutionnalisme réaliste et la théorie des coûts de transaction sur les contrats comme institution », *colloque "Institutionnalismes et évolutionnismes. Confrontations autour de perspectives empiriques"*, Institut des Sciences de l'Homme, Lyon, 2 décembre.

[11] Commons J.R., (1934), *Institutional Economics. Its Place in Political Economy*, Mac Millan.

déboucha sur l'abandon de la recherche d'une logique dérivant de la logique des décisions de *Common Law* au profit de la reconnaissance du caractère situé de la décision de justice. De ce fait, le projet d'adapter le contenu des énoncés juridiques à l'expérience sociale (contexte matériel et représentations collectives) était formulé. Il en dérivait une volonté de mise en œuvre d'une action publique active, dont le déploiement apparaissait comme inséparable du travail juridique[12].

L'action des institutionnalistes américains se déploya donc autant sur le plan théorique que dans l'action juridique. Par exemple, la construction progressive d'une réglementation de "service public", fut le fruit de décisions judiciaires marquant de fortes inflexions dans la jurisprudence alors en vigueur. Dans l'arrêt de la Cour Suprême *Minnesota Rate* (1890), les juges reconnurent la conformité à la constitution d'une réglementation publique des tarifs. Réglementer les tarifs d'une entreprise de service public n'est plus alors considéré comme une atteinte au droit de propriété. Les états peuvent réglementer les tarifs au moyen de leur *police power*. La reconnaissance de la légitimité de la réglementation publique économique des entreprises en charge d'un service public ouvre la voie à l'approche américaine de réglementation des services publics.

Le projet de transformation sociale porté par le courant institutionnaliste américain reposait donc sur la reconnaissance des ressorts juridiques du fonctionnement de l'économie. Ainsi, promouvoir une marche raisonnable du système économique passait-il par l'action sur les règles de droit. La marche du système économique est alors considérée comme résultant des ajustements continuels entre règles juridiques et actions économiques.

Commons analyse la dynamique historique de la loi comme la résultante des conflits d'intérêts constitués[13]. Ceux-ci cherchent à intégrer dans la loi des clauses favorables à leurs intérêts. *In fine*, l'Etat, ainsi que l'ensemble de l'architecture institutionnelle, doit se comprendre comme la résultante d'un compromis entre les différents intérêts sociaux. De ce fait, l'économiste ne peut ambitionner d'incarner l'intérêt général. Celui-ci n'est en aucun cas susceptible d'être connu *ex ante*. Il n'émergera qu'*ex post*. Il sera donné par l'histoire et

---

[12] De Schutter O., (1999), « Réalisme juridique, institutionnalisme et ordoliberalen. A propos de l'histoire intellectuelle des rapports entre le droit et l'économie », *Annales d'études européennes de l'Université Catholique de Louvain*, pp 1-27.

[13] Commons J.R., (1965, reed.), « A Sociological View of Sovereignty», *The American Journal of Sociology*, Augutus M.Kelley, Reprints of Economic Classics.

produit par l'affrontement des différents intérêts. La reconnaissance de la multiplicité des intérêts conduit Commons à placer au centre de son analyse les conflits juridiques et les processus de marchandage collectif. En matière de service public, cette conception se traduira par le modèle des commissions de régulation, lesquelles furent à l'origine d'une construction progressive du droit de la réglementation, assurée par le jeu des saisines émanant des différents *stakeholders*.

Cette évolution de la réglementation à partir des conflits d'intérêts des différentes parties intéressées au service public permet de rapprocher, de façon surprenante, l'analyse institutionnaliste de la dynamique des règles avec les modèles évolutionnistes cherchant à valider l'hypothèse d'optimalité des décisions de *Common Law*, telle qu'elle fut formulée par Posner[14]. Constatant l'impasse d'une justification de cette optimalité à partir de la maximisation de l'utilité par le juge, ces modèles cherchent à fonder cette dernière à partir d'un mécanisme de recours systématique des parties prenantes déçues par le verdict[15]. Ainsi, toute décision non pareto-améliorante ferait l'objet d'appels, jusqu'à l'obtention d'une solution susceptible de satisfaire toutes les parties. Ces modèles nous permettent de retrouver l'intuition de l'analyse institutionnaliste du droit selon laquelle la règle est la résultante d'un compromis entre les divers intérêts sociaux. Nous retrouvons, ce faisant, le rôle central des actions en justice des parties dans l'évolution de la réglementation.

Cette dynamique, qui fut notamment à l'origine de la réglementation des *utilities* de l'Etat du Wisconsin, peut se retrouver dans la construction de nature jurisprudentielle du service public à la française durant la Troisième République.

I.2 La construction jurisprudentielle du modèle originel du service public à la française

La construction du service public à la Française n'a pas procédé d'un plan d'ensemble du législateur, éclairé par les prescriptions de l'économie publique normativiste, mais de la sédimentation des décisions des juridictions administratives (des tribunaux administratifs au Conseil d'Etat). La réglementation a été construite, en effet, de façon réflexive par les actions

[14] Posner R., (1986), *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 3rd edition.
[15] Rubin P.H., (1999), « Judge Made Law», *Encyclopaedia of Law and Economics*.

en justice des particuliers[16] les décisions du Conseil d'Etat face à des conflits entre concessionnaires et concédants[17]. Le service public français est une construction plus jurisprudentielle[18] que législative. Comme le souligne Chrétien[19], la notion juridique du service public a été forgée autour de débats, notamment quant aux partages de compétences entre juridictions (civiles ou administratives) et non pas sur le périmètre des activités prises en charge par la collectivité.

Il est instructif de revenir sur quelques-uns uns des arrêts du Conseil d'Etat qui contribuèrent à construire, principalement entre 1870 et 1940, la majeure partie de la réglementation applicable aux services publics. Nous présenterons les origines jurisprudentielles de certaines dimensions centrales du service public à la française telles la compétence des juridictions administratives, le caractère réglementaire des clauses des cahiers des charges des contrats de concession, la théorie de l'imprévision, la possibilité pour une personne morale de prendre en charge des missions de service public ou les possibilités de création d'établissements publics industriels et commerciaux.

L'arrêt de 1873 relatif à l'accident de la petite Agnès Blanco[20], renversée par un wagonnet de la manufacture des tabacs pose la question de la responsabilité incombant à l'Etat dans le cadre de dommages causés aux particuliers, du fait de personnes qu'il emploie. Le Tribunal des Conflits, tranchant dans le sens d'une compétence du tribunal administratif, indique que les litiges impliquant les services publics ne sauraient être réglés par le Code Civil. De la même façon, les services publics gérés par des personnes privées relèvent de la juridiction administrative si le dommage résulte de l'accomplissement de ce service public et de l'exercice d'une prérogative de puissance publique[21].

L'action des particuliers vis-à-vis du service public s'incarne dans l'arrêt *Syndicat des habitants du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* (21 décembre 1906). Léon Duguit prit, dans cette affaire, la tête d'une association d'habitants protestant contre la suppression unilatérale

---

[16] Duguit L., (1907), « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *Revue du Droit Public et la Science Politique en France et à l'étranger*, pp. 412-439.
[17] Conseil d'Etat, (1916), « Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux », Rec. 125, concl. Chardenet, 30 mars.
[18]Guglielmi G.J. et Koubi G., (2000), *Droit du service public*, Domat, Droit Public, Montchrestien, Paris, 585 p.
[19] Chrétien P., (1998), « Divine surprise ou éternels regrets : La vacuité de la doctrine juridique du service public », *Service Public et Service Universel*, *Sociétés Contemporaines*, n° 32, octobre, pp 11-25.
[20] Tribunal des Conflits, 8 février 1873, Blanco, 1er suppl., rec. Lebon, p.61.
[21] Conseil d'Etat, 23 mars 1983, SA Bureau Véritas.

par le concessionnaire du service public d'un service de tramway desservant leur quartier. Le syndicat des propriétaires et usagers demandait au préfet de mettre en demeure la compagnie concessionnaire d'exécuter le service dans les conditions prescrites par le cahier des charges de la concession de service public. Le principe sous-jacent à l'action est que les particuliers sont parties-prenantes dans l'institution du service public. Le concessionnaire ne peut modifier de lui-même la prestation. Le fait que le Conseil d'Etat ait jugé recevable la saisine devant la juridiction administrative, indique que même si la concession de service public a un contenu contractuel, elle possède de la même façon un caractère de type réglementaire. Ce dernier est lié à l'existence du cahier des charges. Ainsi, le Conseil d'Etat reconnaît le caractère réglementaire des clauses des cahiers des charges des concessions de service public. Si ces dernières créent des obligations pour les tiers, ceux-ci peuvent en contrepartie s'en prévaloir auprès de l'autorité administrative pour en invoquer le respect.

Le maintien de l'équilibre économique des contrats publics fut envisagé par le Conseil d'Etat dans le cadre de l'arrêt du 30 mars 1916, relatif à la Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux. La théorie de l'imprévision[22], qui en dériva, permet d'assurer la continuité des contrats administratifs même en cas de bouleversement transitoire de leur équilibre économique du fait d'évènements non prévisibles par les parties au moment de la signature du contrat. L'action en justice émanait du concessionnaire. Il demandait un dédommagement du fait de la multiplication par cinq des prix du charbon, liée au premier conflit mondial. Il s'agissait de permettre à la compagnie de garantir la continuité du service public en l'indemnisant à hauteur du pourcentage de ces pertes lié à une situation de force majeure excédant l'aléa économique normal. L'arrêt fut à l'origine de l'insertion, dans les cahiers des charges de concessions de service public, de clauses de révision des prix.

Dans l'affaire du bac d'Eloka[23], le juge distingue les services publics qui sont *« de l'essence même de l'Etat ou de l'administration publique* » des services « *de nature privée* », entrepris par l'Etat en cas de défaillance de l'initiative privée et opérés dans une logique de promotion de l'intérêt général. En l'occurrence la colonie de Côte d'Ivoire exploitait ce bac dans les

[22] Trois éléments doivent être réunis pour que l'imprévision soit validée. Il est tout d'abord nécessaire d'être en présence d'évènements (circonstances économiques, phénomènes naturels, décisions des pouvoirs publics,…) déjouant les prévisions pouvant être raisonnablement faites au moment de la signature du contrat. Il est ensuite nécessaire que ces évènements soient extérieurs aux parties. Enfin, ils doivent bouleverser l'équilibre économique du contrat de concession, sans pour autant s'opposer à son exécution.

[23] Tribunal des Conflits, 22 janvier 1921, Société Commerciale de l'Ouest Africain, Rec. Lebon, p.91.

mêmes conditions qu'un industriel ordinaire. Cet arrêt marque la naissance du service public à caractère industriel et commercial.

Dernier exemple, l'arrêt du Conseil d'Etat relatif à la chambre syndicale du commerce de détail de Nevers, le 30 mai 1930. Face à la hausse du coût de la vie, la mairie de Nevers avait constitué un établissement public de ravitaillement en denrées. La municipalité s'appuyait sur un décret du 28 décembre 1926 autorisant les communes à exploiter directement des services d'intérêts publics à caractère industriel et commercial. La création fut attaquée par les commerçants locaux arguant de l'interdiction faite à une collectivité publique, en vertu des lois des 2 et 17 mars 1791, de s'engager dans des activités commerciales et industrielles, en dehors d'une défaillance de l'initiative privée. Le Conseil d'Etat valida cette interprétation. A nouveau la jurisprudence fut à l'origine d'une précision de la réglementation du service public, en limitant la possibilité de créer des établissements publics industriels et commerciaux aux circonstances particulières de temps et de lieu faisant qu'un intérêt public justifie cette intervention.

S'il apparaît que tant en France que dans certains Etats américains, la réglementation applicable aux services publics fut le fruit des actions en justices menées au début du siècle dernier, il n'en demeure pas moins que ces actions prirent place dans le cadre d'une convention de réglementation[24] favorable, en prenant appui sur les capacités d'action ouvertes par le législateur. Notre propos, dans notre seconde partie, sera de montrer que cette voie de construction du service public est la même que celle qui est utilisée dans le cadre de sa libéralisation. En effet, à partir des directives européennes et de leurs transpositions dans les lois nationales, les acteurs économiques se voient dotés de moyens d'actions pour saisir les tribunaux et faire évoluer par leurs décisions la nature de la réglementation. Nous envisagerons cette dynamique selon deux angles. Il s'agira, tout d'abord, de nous attacher les pouvoirs quasi-juridictionnels et quasi-réglementaires des autorités administratives indépendantes. Lesquelles renforcent l'influence des décisions des "juges" dans la construction, la précision et la mise en œuvre de la réglementation. Dans un second temps, nous nous appuierons une étude statistique réalisée sur une base constituée par le codage de l'ensemble des décisions, mesures conservatoires et avis du Conseil de la Concurrence dans le

[24] Marty F., (2002), *Pluralité et dynamique des conventions de réglementation : une analyse économique de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence relative au secteur de l'électricité*, Thèse de doctorat es Sciences Economiques, Ecole Normale Supérieure de Cachan, décembre.

domaine des services publics. Elle permettra de mieux saisir les liens entre la production jurisprudentielle de cette autorité administrative et la construction du nouveau cadre réglementaire.

II. Les actions en justice comme vecteurs de la libéralisation ?

II.1 Rôle des autorités administratives indépendantes

Les saisines des acteurs économiques en matière de réglementation doivent être resituées par rapport aux possibilités d'action ouvertes par la création récente des autorités administratives indépendantes. Que ces dernières soient à compétence transversale (Conseil de la Concurrence) ou sectorielle (Autorité de Régulation des Télécommunications, Commission de Régulation de l'Energie,…), elles fournissent aux parties prenantes des ressources juridiques leur permettant d'influer sur la réglementation relative aux services publics. Ces autorités jouent un rôle premier dans le processus de mise en œuvre, de précision et d'approfondissement de la réglementation des services publics. A la fois lieu de règlement de litiges privés de nature patrimoniale et de développement de politiques publiques visant à construire des marchés concurrentiels, ces autorités offrent la possibilité aux acteurs économiques de participer eux-mêmes à la construction de la réglementation par la mobilisation des voies consultatives et contentieuses[25]. Il s'agit donc d'un droit processuel et réflexif, créant des droits subjectifs au profit des parties prenantes du secteur régulé, au premier rang desquels les nouveaux entrants. Par exemple, la possibilité ouverte par la loi de libéralisation du secteur des télécommunications du 26 juillet 1996 à l'ART de trancher les litiges survenant entre les opérateurs crée au minimum des effets normatifs indirects dans la mesure où la solution dégagée pour régler un conflit a vocation à être appliqué aux cas comparables pouvant lui être soumis dans le futur[26] (principe de non discrimination).

Cette production réflexive du droit illustre bien la différence qu'il est possible d'établir entre la réglementation et la régulation *stricto sensu*. La première procède de la définition *ex ante* de droits subjectifs, sous réserve d'un contrôle *ex post* par le juge. La seconde se conçoit

[25] Boy L, (s.d.), (2000), *Les pouvoirs de régulation de l'ART*, Rapport pour la Mission de Recherche "Droit et Justice", CREDECO, juillet.
[26] Marimbert J., (2001), Chronique dans *Les Cahiers Juridiques de l'Electricité et du Gaz*, décembre

comme un mécanisme de construction permanente de droits subjectifs, associant simultanément interventions *ex ante* et *ex post* de l'autorité de régulation.

II.2 Application à la jurisprudence du Conseil de la concurrence relative aux services publics

Le rôle des autorités administratives indépendantes dans le basculement réglementaire présenté, nous nous proposons de mettre en évidence le rôle des saisines à partir d'une analyse empirique de la production jurisprudentielle du Conseil de la Concurrence. Pour reprendre le cadre général dressé par Korobkin[27] en matière d'économie du droit empirique, notre démarche résidera non pas en l'analyse de la portée théorique d'un acte donné (domaine de la doctrine), mais en l'étude de l'ensemble des actes du Conseil relatifs aux services publics de façon à réaliser un codage des actes permettant une exploitation statistique.

II.2.1 Analyse descriptive

Le Conseil de la Concurrence est l'un des lieux privilégiés d'observation de la mise en application et de la conception de la nouvelle réglementation des services publics de réseau. Il est interrogé, à titre d'avis, sur la réglementation générale à appliquer à un secteur tant par le gouvernement que par des intérêts privés. Il est l'un des éléments centraux du fonctionnement des autorités de régulation via les procédures d'avis croisés quant à l'application de la réglementation. Enfin, il est le lieu de l'activation des droits des firmes s'estimant lésées en matière concurrentielle, principalement aux titres des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, relatifs aux ententes anticoncurrentielles et aux abus de position dominante.

Le corpus utilisé rassemble l'ensemble des actes du Conseil de la Concurrence (avis, décisions et mesures conservatoires) relatifs à l'ensemble des services publics concédés (électricité, gaz, télécommunications, eau, chemins de fer, poste, autres concessions de service public….). La base de donnée constituée repose sur le codage de l'ensemble des actes du Conseil publiés entre le 1er janvier 1996 et le 31 décembre 2001.

[27] Korobkin R., (2001), « Empirical Scholarship in Contract Law : Possibilities and Pitfalls », Research Paper, n° 01-22, UCLA School of Law.

· *La distribution par type d'actes*

Une analyse descriptive de notre corpus nous permet tout d'abord d'examiner la distribution des types d'actes juridiques en fonction du secteur d'activité.

Domaine industriel	Avis (A)	Décisions (D)	Mesures conservatoires (MC)	Total
Chemins de fer (CF)	4			4
Construction électrique (CrELEC)		12		12
Distribution d'eau potable (Eau)	3	3	1	7
Electricité (ELEC)	9	8	5	22
Ensemble des secteurs (Gal)	1			1
Gaz (gaz)	1	1		2
Gestion déléguée d'infrastructures publiques (GestInfrapub)	1	5		6
Poste (Post)	1			1
Télécommunications (Telecom)	15	12	9	36
Audiovisuel (TV)			3	3
Total	35	41	18	94

En ventilant ces résultats en fonction de notre opposition entre secteur concurrentiel et secteur non concurrentiel nous obtenons :

	Avis	Décisions	Mesures conservatoires	Total
Secteur concurrentiel		12		12
Secteur non concurrentiel	35	29	18	82
Total	35	41	18	94

Nous observons que nul avis ou demande de mesures conservatoires n'a été exprimé dans le secteur de la construction électrique. L'activité du Conseil de la Concurrence se limite donc, pour la question, à la condamnation des pratiques anticoncurrentielles constatées *ex post*. Le droit de la concurrence, tel qu'il a été codifié à partir de l'ordonnance de 1986, s'applique pleinement. Nulle trace de réflexions suscitées par des demandes d'avis quant au régime de concurrence ou aux pratiques d'une firme. A l'inverse, dans le secteur "monopolistique", le seul susceptible de faire l'objet d'une évolution réglementaire conduisant au démantèlement

des opérateurs historiques pour séparer infrastructures et services, avis et décisions sont comparables en nombre.

- *L'importance juridique de la décision*

La formation du Conseil de la Concurrence est une information particulièrement précieuse pour juger de l'importance que le Conseil veut donner à son acte.

	Formation du conseil				
Domaine industriel	Non déterminée	Permanente	Plénière	Section	Total
CF	1		1	2	4
CrELEC	2	2		8	12
Eau	2	4	1		7
ELEC	4	6	7	5	22
Gal			1		1
gaz	1	1			2
GestInfrapub	2	2	1	1	6
Post			1		1
Telecom	6	15	7	8	36
TV		3			3
Total	18	33	19	24	94

Selon l'importance de l'acte juridique et de sa nouveauté, le Conseil de la concurrence peut siéger en section, ce qui est la situation habituelle, en commission permanente, ce qui correspond à procédure simplifiée ou en séance plénière. Cette dernière formation est celle qui est utilisée pour les actes appelés à faire jurisprudence. Nous pouvons formuler l'hypothèse que des actes juridiques les plus importants en termes jurisprudentiels et les plus fondateurs en termes réglementaires se feront en formation plénière. Les actes conduisant à la nouvelle réglementation seront ceux-ci. A l'inverse, les actes plus routiniers n'impliquant pas d'innovation juridique ou n'appelant aucun élément nouveau, se feront en commission permanente. Les actes "normaux" se feront, eux, en section. L'exemple de la construction électrique pour laquelle la législation est bien assise et ne nécessite pas d'éclairage jurisprudentiel est ici significatif. Aucun acte juridique de ce secteur n'a nécessité la réunion du Conseil en session plénière. Le Conseil a principalement siégé en section. La réunion du Conseil en formation permanente s'est retrouvée dans un tiers des cas et pas moins de 18 fois dans le secteur des télécommunications au sens large. Dans ce secteur, le Conseil siégea en commission permanente pour 5 avis, 4 décisions et 9 demandes de mesures conservatoires. Les avis rendus dans ce cadre sont souvent de nature routinière ou récurrente (avis reposant

sur l'article L36-7 du Code des postes et télécommunications, ayant pour objet de déterminer pour chaque année quels sont les opérateurs ayant une influence notable sur le marché). Nous voyons donc que dans le secteur des télécommunications dont la réglementation a déjà basculé, la majeure partie des actes sert à régler des litiges entre des parties et à la gestion au jour le jour de la régulation du secteur. Le Conseil peut donc siéger le plus souvent en commission permanente.

Dans le domaine électrique, le rapport entre les actes passant devant le Conseil en formation plénière et les actes gérés en commission permanente semble plus équilibré. Sept affaires ont été traitées en formation plénière, contre 6 en commission permanente. Les affaires traitées en formation plénière correspondent à quatre demandes de mesures conservatoires et à deux décisions relatives à des litiges dans le domaine de l'obligation d'achat. Il s'agit comme nous l'avons vu de contentieux pour lesquels la jurisprudence est déjà fondée et que le Conseil est habitué à traiter.

Les actes en session plénière relatifs au secteur électrique sont les actes les plus déterminants en matière de basculement d'une réglementation à une autre. Deux d'entre eux sont relatifs à l'obligation d'achat (98-A-22 et 96-D-80). Pas moins de trois avis et décisions traitent de la diversification d'EDF sous les angles du respect du principe de spécialité et de la coexistence d'offres destinées à des segments concurrentiels et captifs au sein d'une même entreprise (94-A-15, 2000-D-47, 2000-A-03). Les deux autres avis constituent les préalables aux deux étapes les plus importantes de la mise en œuvre de la nouvelle réglementation. Le premier (98-A-05) se rapporte à la transposition en droit français de la directive de libéralisation du secteur électrique. Le second, le 2000-A-29, traite des règles à mettre en œuvre pour s'assurer de la séparation des diverses activités d'EDF (production, transport et distribution).

- *L'origine des saisines*

Le croisement des secteurs d'activités avec l'origine de la saisine permet de dégager certains traits saillants de notre échantillon.

	Secteur										
Origine	CF	CrELEC	Eau	ELEC	Gal	gaz	GestInfrapub	Post	Telecom	TV	Total
Demande d'avis d'une autorité de régulation				1					7		8
Demande d'avis de l'Assemblée ou du Sénat			1		1						2
Demande d'avis d'une association de consommateurs			1								1
Demande d'avis d'une collectivité territoriale			1						1		2
Demande d'avis du ministre	3			7		1	1		6		18
Demande d'avis d'une association professionnelle				1				1	1		3
Saisine d'une autorité de régulation									1		1
Saisine d'une association de consommateurs							1				1
Saisine d'une collectivité territoriale			1								1
Saisine d'une entreprise			1	11			3		16	2	33
Saisine d'une organisation patronale ou professionnelle	1	1					1		3		6
Saisine ministérielle		10	2	2		1			1	1	17
Saisine d'office		1									1
Total	4	12	7	22	1	2	6	1	36	3	94

Tout d'abord nous pouvons mettre en relief la distribution des actes par secteur. L'électricité au sens large est représentée par 34 actes (12+22). Les télécommunications comptent 39 actes (36+3). Les autres services publics de réseau sont donc représentés par 21 actes. L'étude des ratios avis / décisions par secteurs permet de voir que le secteur des télécommunications présente 15 avis pour 24 décisions et mesures conservatoires. Pour le secteur électrique, le rapport demandes d'avis /saisines contentieuses semble a priori déséquilibré. Nous avons 9 avis pour 25 décisions et mesures conservatoires. Or, les 12 actes relatifs à la construction électrique sont issus de saisines contentieuses. Pour l'électricité *stricto sensu*, la proportion est donc pratiquement équilibrée avec 9 avis pour 13 saisines. Nous pourrions même dire que

l'électricité se caractérise par une faiblesse très nette des saisines contentieuses en prenant en compte que la plupart des décisions et mesures conservatoires sont liées à l'obligation d'achat. L'électricité se trouve donc à ce compte facilement comparable aux secteurs non encore avancés dans la voie de la libéralisation tels les secteurs gaziers avec 1 avis et 2 décisions (en ajoutant la décision 99-D-51 qui concernait à la fois EDF et GDF), des chemins de fer (3 avis pour 1 décision) et de la poste (1 avis).

La prédominance des avis dans les secteurs encore sous l'empire de la précédente logique de réglementation atteste de la primauté de la notion de dommage à l'économie, les concernant. Cette primauté peut s'apprécier par la prédominance des demandes d'avis émanant principalement du ministre (18 sur 34), des assemblées (2 sur 34) et accessoirement des autorités de régulation (8 sur 34). Si l'on adjoint à ces trois origines, les demandes d'avis des associations de consommateurs et des collectivités territoriales (3), nous arrivons au total de 31 avis sur 34. Les avis visent donc bien à mettre en évidence l'existence d'un éventuel dommage à l'économie résultant de la situation de la concurrence dans un secteur donné.

En observant la succession chronologique de ces saisines, il apparaît possible de mettre en évidence une "succession d'étapes nécessaires" au processus de changement réglementaire. L'analyse en composantes de notre corpus nous permettra de caractériser plus finement la succession de ces interventions dans le processus de construction de la nouvelle réglementation.

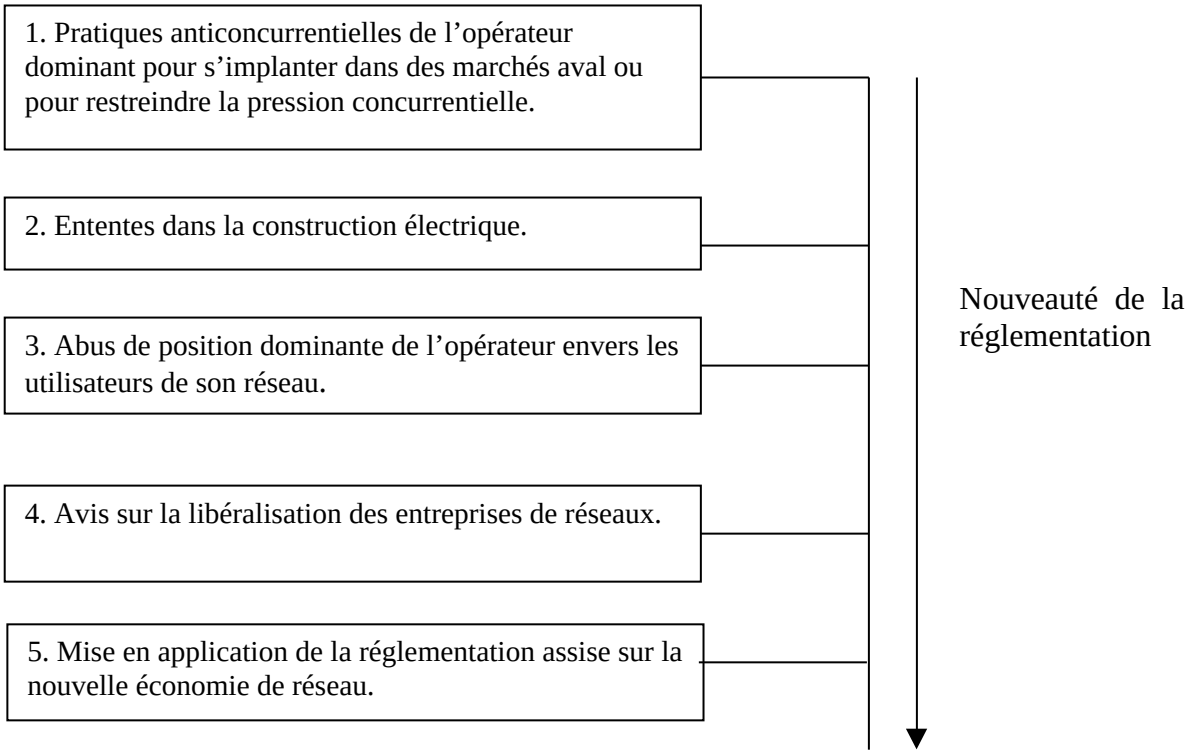
II.2.2 Analyse en composantes principales de l'ensemble du corpus

Nous nous proposons de réaliser une analyse en composantes principales sur la base de données constituée par l'ensemble des actes juridiques du Conseil de la Concurrence dans le domaine des utilités.

L'analyse en composantes principales permet de définir un dendrogramme donnant la proximité des individus en fonction des cinq axes explicatifs retenus. La définition des proximités des actes juridiques permet de les classer dans des ensembles homogènes. Il nous est alors possible de chercher des traits communs permettant de définir ce qui lie les actes appartenant à un même ensemble et ce qui sépare les divers groupes. Il convient de noter que

plus deux actes sont proches dans le dendrogramme, plus leurs caractéristiques sont comparables.

Les classes déduites de l'ACP se distribuent comme suit :



L'analyse en composantes principales nous permet donc de distinguer cinq grandes classes constitutives de notre corpus. La première classe est relative aux pratiques mises en œuvre par l'opérateur de l'infrastructure essentielle qui s'appuient sur les avantages que confère celle-ci pour s'implanter sur des marchés aval et entraver le développement de concurrents potentiels. La seconde classe appartient à la sphère de la répression des ententes anticoncurrentielles, notamment dans le domaine des appels d'offres d'EDF et dans le cadre de l'électrification rurale. Il s'agit d'une classe atypique dans la mesure où c'est la seule qui n'appartient pas directement aux services publics de réseaux.

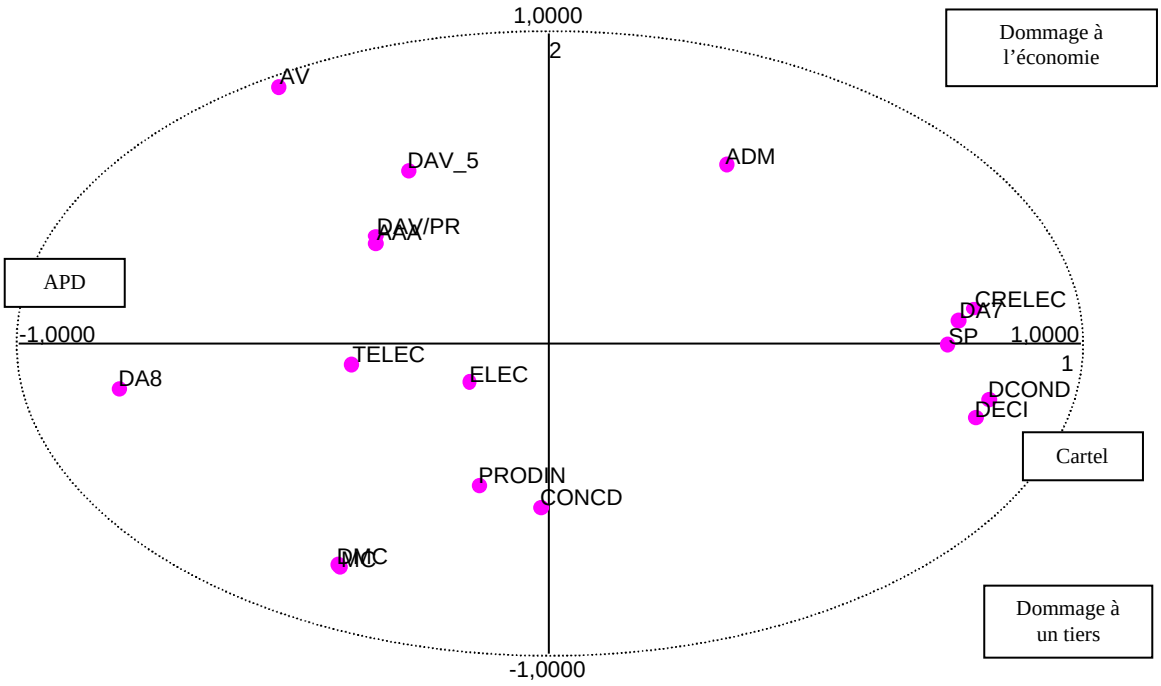
Si l'on écarte de cette classe pour étudier plus précisément le secteur "non-concurrentiel", la succession des classes peut s'expliquer par la prégnance de la dimension du changement réglementaire. La première classe se rattache notamment à la question du principe de spécialité et au risque de mise en œuvre de subventions croisées entre les segments

monopolistiques et concurrentiels. Les litiges compris dans cette classe peuvent logiquement trouver place dans la réglementation initiale voire dans la suivante. La troisième classe est axée sur les abus de position dominante de l'opérateur de réseau et du problème de l'accès des tiers au réseau. La réglementation est ici de logique "libérale". Les deux dernières classes portent, elles, sur le changement de réglementation *stricto sensu*. La troisième classe regroupe les saisines contentieuses d'entreprises devant utiliser le réseau du monopole national. La classe 4 traite des divers avis successifs quant à la réglementation sectorielle et à l'encadrement des pratiques des firmes. Nous sommes dans la sphère des dommages à l'économie. Les pouvoirs publics sont dans une première étape, l'élément moteur du basculement réglementaire. La question de base est alors celle de la réglementation optimale du secteur. L'avis du Conseil porte sur la structure du secteur et le dispositif institutionnel l'encadrant. Il s'agit de fixer les règles jeu. Dans un second temps, les demandes d'avis émanent des autorités de régulation. Elles interrogent le Conseil de la concurrence quant à la conformité des règles qu'elle édicte avec le cadre institutionnel déterminé par les pouvoirs publics. Un second type de demande d'avis vient ensuite. Il porte sur l'appréciation des agissements de l'opérateur anciennement monopoliste. Ces avis ne traitent plus de la structure du marché, mais des stratégies des firmes.

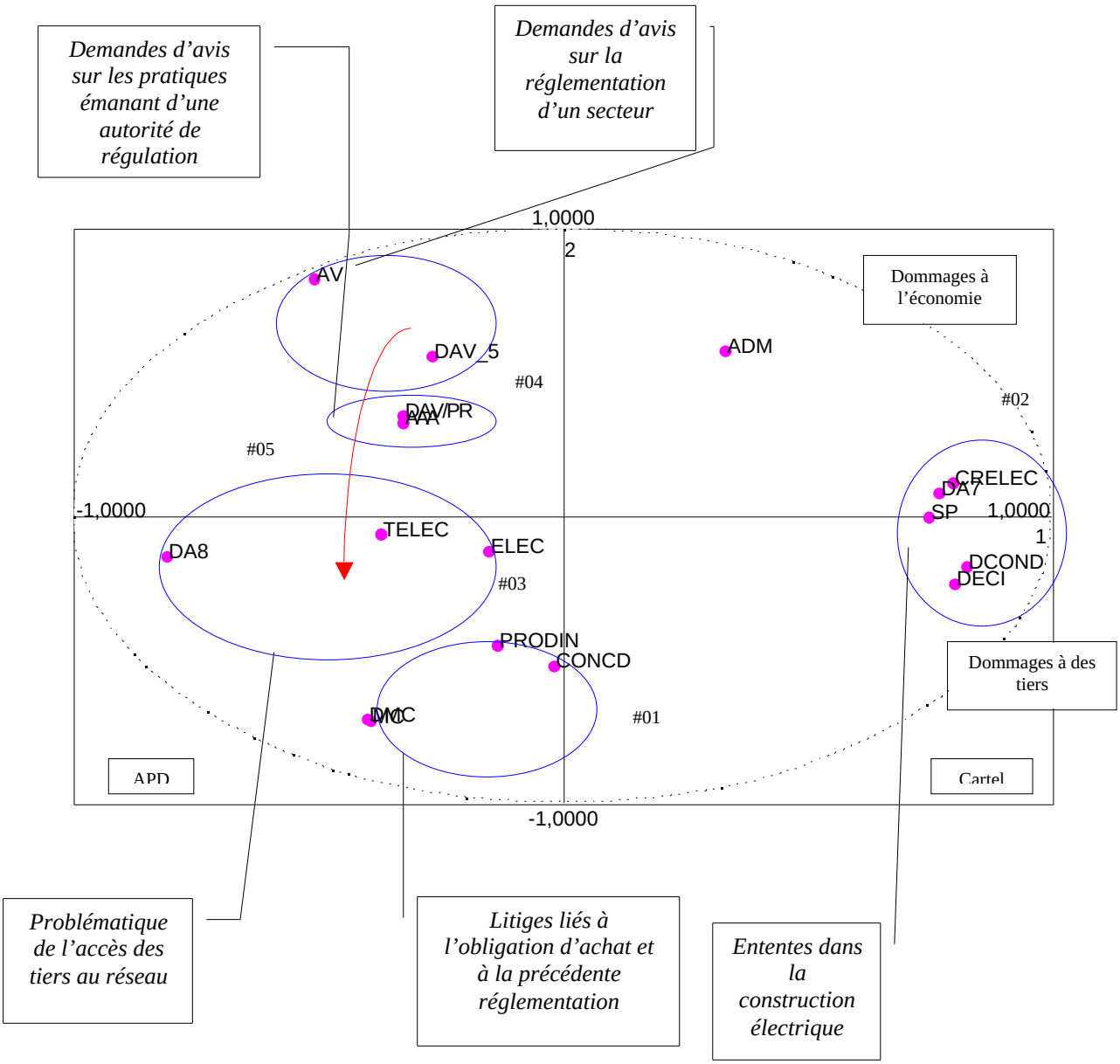
Au terme de cette phase de changement de réglementation appuyé sur les avis du Conseil, vient une phase de mise en application du nouveau cadre via les saisines directes des entreprises directes du secteur. Le changement est alors porté par la mise en œuvre des textes. Il s'agit de notre cinquième classe. La mise en œuvre de la nouvelle réglementation passe dans cette phase finale par des saisines contentieuses d'entreprises privées, nouvelles entrantes sur le marché, s'estimant injustement lésées par la stratégie de l'opérateur dominant. La dernière phase de construction de la réglementation passe par la notion de dommage à des tiers. Les acteurs économiques en activant leurs droits vont par le jeu de la jurisprudence achever de construire le cadre réglementaire.

Nous nous proposons maintenant d'identifier les axes explicatifs fournis par les vecteurs propres à partir de l'étude du positionnement des variables. L'axe 1 est identifié comme opposant les deux principaux griefs notifiables par le Conseil de la Concurrence en application de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Il permet donc de discriminer entre les abus de position dominante (article 8) et les cartels (article 7). L'axe 2 est constitué par l'opposition entre les dommages à une entreprise et les dommages à l'économie.

La projection à partir de ces deux vecteurs propres permet de dessiner quatre quadrants dans lesquels se répartissent les principales variables utilisées dans l'ACP.



Dans le quadrant bas gauche, nous retrouvons des demandes de mesures conservatoires visant à faire cesser des abus de positions dominantes commis par l'opérateur de réseau. En haut à gauche, il s'agit principalement de demandes d'avis quant à la situation générale de la concurrence dans un secteur ou quant aux pratiques de l'opérateur. Ces avis sont formulés par les autorités publiques en charge de l'intérêt général (administration ou autorité administrative indépendante). Dans le quadrant haut droit, sont présentes des saisines émanant des pouvoirs publics suite aux dommages causés à l'économie par des ententes de firmes de construction mécanique. En bas à droite, il s'agit de saisines de firmes s'estimant victimes d'une entente anticoncurrentielle.



La flèche indique la dynamique réglementaire initiée par les télécommunications. Le cheminement que nous pourrions pressentir pour chaque service public de réseau suivrait donc cette dynamique. A l'heure actuelle, à l'exception des télécommunications et de l'électricité, les services publics sont concernés par des avis du Conseil sollicités par l'administration quant à la situation actuelle de leur réglementation. Un pas supplémentaire est franchi (c'est le cas par exemple du gaz), lorsque le Conseil est sollicité sur la transposition d'une directive européenne. Ces avis prennent place dans une logique de basculement de la conception que l'on se fait de l'action publique. Les pouvoirs publics demandent alors à la juridiction en charge des questions de concurrence son avis quant à la réglementation du secteur. Il s'agit donc de voir si les distorsions de concurrence liées à

l'existence d'un monopole légal (abus de position dominante par excellence) ne cause pas un dommage à l'économie supérieur aux gains attendus de la nationalisation. Dans un second temps, le témoin passe aux autorités de régulation. Les demandes d'avis portent dans un premier temps sur les modalités d'application des textes. Il s'agit de voir si les dispositifs techniques de réglementation du secteur sont conformes à la logique de la nouvelle réglementation. Dans ce cadre, la portée de la notion de dommage à l'économie est réduite, on ne considère plus que l'ensemble des firmes d'un secteur donné. L'électricité est rentrée dans cette phase avec l'avis 2000-A-29. Dans un second temps, l'autorité de régulation s'attache au comportement de l'opérateur dominant, aux entraves qu'ils font peser sur ceux-ci pour l'accès à son réseau et aux avantages indus qu'il peut tirer de la maîtrise de l'infrastructure essentielle. Nous sommes ici très proches de la notion de régulation asymétrique. La réglementation est alors rabattue au contrôle de la stratégie de l'opérateur dominant. Nous sommes maintenant aux frontières du dommage à l'économie et du dommage à des tiers. L'autorité de régulation tend à défendre l'intérêt des concurrents de l'opérateur dominant. La réduction des rentes de ce dernier rapprochera le secteur de la situation de concurrence parfaite, seule à même de permettre d'atteindre l'intérêt général. Pour l'instant seul le secteur des télécommunications a franchi cette phase. Enfin dans une dernière phase, l'application du nouveau cadre réglementaire se fait par des saisines contentieuses directes émanant des nouveaux entrants dans le secteur. Il s'agit alors de dénonciations d'abus de position dominante appuyées sur la notion de dommage à des tiers. L'activation des droits par les intérêts économiques privés permet d'achever, notamment par le jeu de la jurisprudence, la construction du nouveau cadre régulatoire[28].

[28] A titre de remarque, nous pouvons noter que la double nature du contentieux lié à l'obligation d'achat peut complexifier notre analyse. Ce contentieux, survivance de la réglementation antérieure à la nationalisation, a traversé l'ensemble de la période du monopole public. Certains litiges ne portent que sur l'activation des droits de vente de l'énergie produite à EDF dans le cadre de la loi de 1946. Cependant, la transition vers la libéralisation du marché a transformé dès la seconde moitié des années quatre-vingt-dix la nature de ces litiges. Les dénonciations des producteurs autonomes mettent dès lors en avant les manœuvres d'un futur ex-monopole visant à éliminer préventivement du marché tout concurrent potentiel.

Notre étude de la dynamique du changement réglementaire, tel qu'il peut être saisi au travers de l'action juridique, permet de mettre en lumière un phénomène de passage de relais dans le processus de basculement de la réglementation des services publics. Ce phénomène est porté par les saisines d'acteurs distincts, à partir d'un *continuum* allant de la notion de dommage à l'économie à celle de dommage à des tiers. Notre parti pris de privilégier les recours des acteurs économiques devant le Conseil de la concurrence repose sur l'hypothèse que l'activation des droits donnés par la loi est à la fois un outil précieux de connaissance (dans la mesure où l'action en justice induit une formulation des intérêts et des raisons d'agir), mais aussi l'un des moteurs premiers de la dynamique du changement réglementaire. L'action des particuliers et des intérêts constitués devant les tribunaux et les autorités administratives indépendantes constitue à la fois un facteur d'application de la législation mais aussi de précision et d'évolution de celle-ci, via l'activation des textes généraux.

Elie Cohen a parfaitement analysé le phénomène de libéralisation "automatique" à l'œuvre à partir des juridictions communautaires[29]. Les approfondissements jurisprudentiels de la libéralisation s'appuient sur la mobilisation de textes généraux régissant le droit européen de la concurrence. Le caractère général des textes favorise les saisines contentieuses. Celles-ci sont soumises à des juridictions jouissant de pouvoirs exorbitants du droit commun[30] et ne jugeant qu'en fonction du seul droit de la concurrence. Les saisines contentieuses sont donc à la source d'un « *expansionnisme de la norme juridique*[31] ». L'activité juridique peut constituer une source bien plus redoutable que l'activité législative elle-même en matière de libéralisation. Celle-ci est d'autant plus facilitée que les textes négociés par les représentants des Etats s'en tiennent à des considérations générales et ne posent aucun principe d'organisation explicite des services publics. Chaque imprécision, loin de laisser des degrés de liberté aux Etats, offre des marges de manœuvre aux actions en justice des divers intérêts constitués pour s'assurer, via la sédimentation jurisprudentielle, une libéralisation sans cesse plus complète des secteurs en question. Au final, le caractère trop général des textes crée des opportunités d'accélération de la libéralisation des services publics par le seul jeu des saisines des juridictions concurrentielles. Comme l'écrit E. Cohen, « *ce mécanisme juridique est extraordinairement puissant cas il se nourrit de sa logique interne, des principes de*

[29] Cohen E., (1995), « L'Europe entre marché et puissance. Le cas des politiques de l'industrie. Spécialisation, technologie, concurrence, commerce extérieur », in Mény Y., Muller P. et Quermonne J.-L., *Politiques publiques en Europe*, L'Harmattan, Paris, 352p.

[30] Par exemple, la Direction Générale en charge de la concurrence peut s'auto-saisir de tout sujet et cumule les pouvoirs d'instruction et de sanction.

l'économie de marché, de l'initiative décentralisée des agents économiques, voire même de la politique masquée des gouvernements nationaux. Il constitue une fantastique excroissance à partir de quelques articles du traité de Rome qui étaient tombés en désuétude[32] ».

La position d'Henri Lepage[33], est tout à fait évocatrice de cette logique : « *les nuances et les ambiguïtés présentes dans* [la] *rédaction* [de la directive relative à la libéralisation du secteur électrique], *la flexibilité de ses dispositions, sa complexité, sont souvent interprétées comme une faiblesse. Nous pensons que c'est au contraire ce qui fait sa force. Ce qui importe (…)* [c'est] *la* <u>*dynamique subtile et presque subreptice d'évolution*</u>[34] *qu'elle introduit dans tous les pays en raison précisément de toutes les imprécisions, de toutes les ambiguïtés, de toutes les nuances que le texte recèle et qui permettront peu à peu à certains acteurs de se créer – en particulier par le jeu de la jurisprudence – des espaces de plus en plus grands de choix, malgré et en dépit de la résistance de certains pouvoirs nationaux* ». En d'autres termes, le caractère général et trop faiblement prescriptif de la directive (du fait du principe de subsidiarité) apparaît comme une opportunité d'accélération de la déréglementation grâce aux saisines contentieuses des juridictions concurrentielles nationales et de la CJCE au nom du droit européen de la concurrence. Le rôle des actions judiciaires dans l'évolution et l'approfondissement de la structuration du cadre réglementaire est considéré comme le meilleur point d'appui pour achever la libéralisation du secteur : « *il nous semble que, paradoxalement, le plus important n'est pas le nouvel "ordre" électrique que la directive va permettre d'organiser dans les différents pays membres mais plutôt le* <u>*"désordre"*</u> *que ses silences, ses blancs, ses ambiguïtés, ses nuances, ses bornages mal définis, risquent de semer en générant des revendications, des conflits, des rivalités, des jalousies porteuses d'une jurisprudence finalement favorable à l'affinement progressif des procédures de concurrence et à leur élargissement à de nouveaux espaces de décisions* ». On ne saurait réaliser un aussi efficace plaidoyer en faveur de l'utilisation de matériaux jurisprudentiels pour étudier les dynamiques de changement institutionnel.

---

[31] Cohen E., *Ibid.*
[32] Cohen E., (1995), *Ibid*., p.189.
[33] Lepage H., (1998), *op. Cit.*
[34] Souligné par l'auteur.