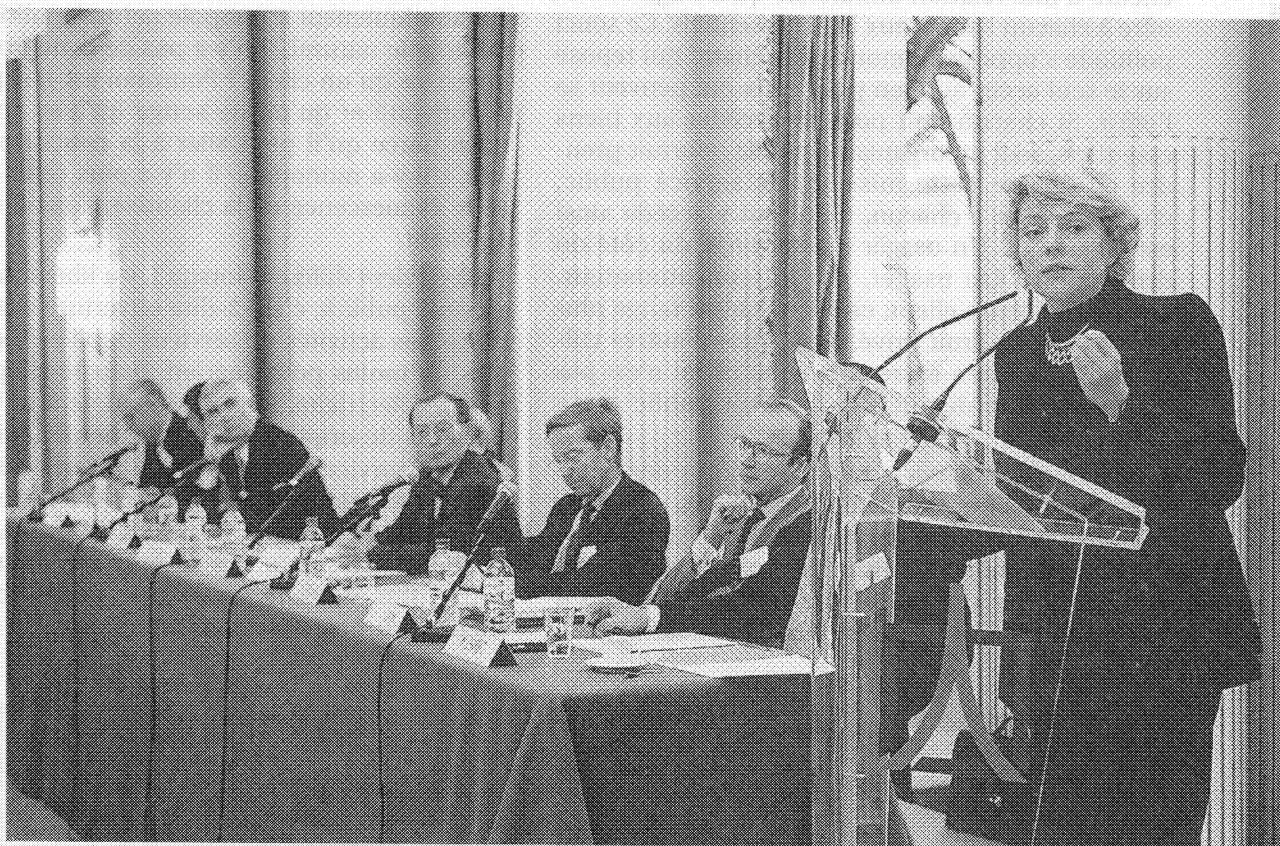


Marie-Anne FRISON-ROCHE  
Professeur à l'Université Paris-Dauphine



M. Xavier Delcros, Professeur à l'Université Paris-Sud, Avocat à la Cour, M. Pierre-Alain Jeanneney, Conseiller d'État, Directeur général de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART), M. Emmanuel Guillaume, Conseiller d'État, Directeur juridique et fiscal du groupe France Telecom et M<sup>me</sup> Marie-Anne Frison-Roche, Professeur à l'Université Paris-Dauphine

**I**l s'agit de poser simplement le cadre dans lequel le mécanisme de la libéralisation des services publics va être confronté au phénomène de la clientèle. L'entreprise n'est pas aisée, parce qu'à première vue, le service public et la notion de clientèle, celle qu'il s'agit de conquérir, sont étrangères, deux parallèles qui n'ont pas vocation à se rencontrer. Or, même si dans les faits, dans l'ordre pragmatique, on peut observer l'existence de clients des services publics, si cela est contradictoire dans l'ordre des idées, voire inconcevable, cette rupture entre l'agencement des choses et les idées qui sont réellement à l'œuvre dans les choses a pour conséquence que la pratique se déroule mal. Il faut que les pratiques soient en harmonie avec les idées, et celles-ci puisent dans l'histoire des nations. Puisque le fait concret de clientèle des services publics industriels et commerciaux est acquis, il convient

d'aller vers ce qui reste difficile : les idées et l'idée française selon laquelle service public et clientèle ne se rencontrent pas.

### Pourquoi ?

Pour plusieurs raisons. Elles paraissaient solides ; elles étaient en réalité très dépendantes de l'histoire française des idées ; on verra qu'elles se retournent assez aisément.

1 – Parce que le service public n'appartiendrait pas au monde marchand, alors que le client est celui qui est en droit d'acquiescer contre un prix, une rémunération, un service. Le régalien n'est pas à vendre. Il ne se dévore pas plus : le service public ne se consommerait pas. Mais plus de pragmatisme identifie aisément sous le service public les biens économiques qui se vendent et s'achètent,



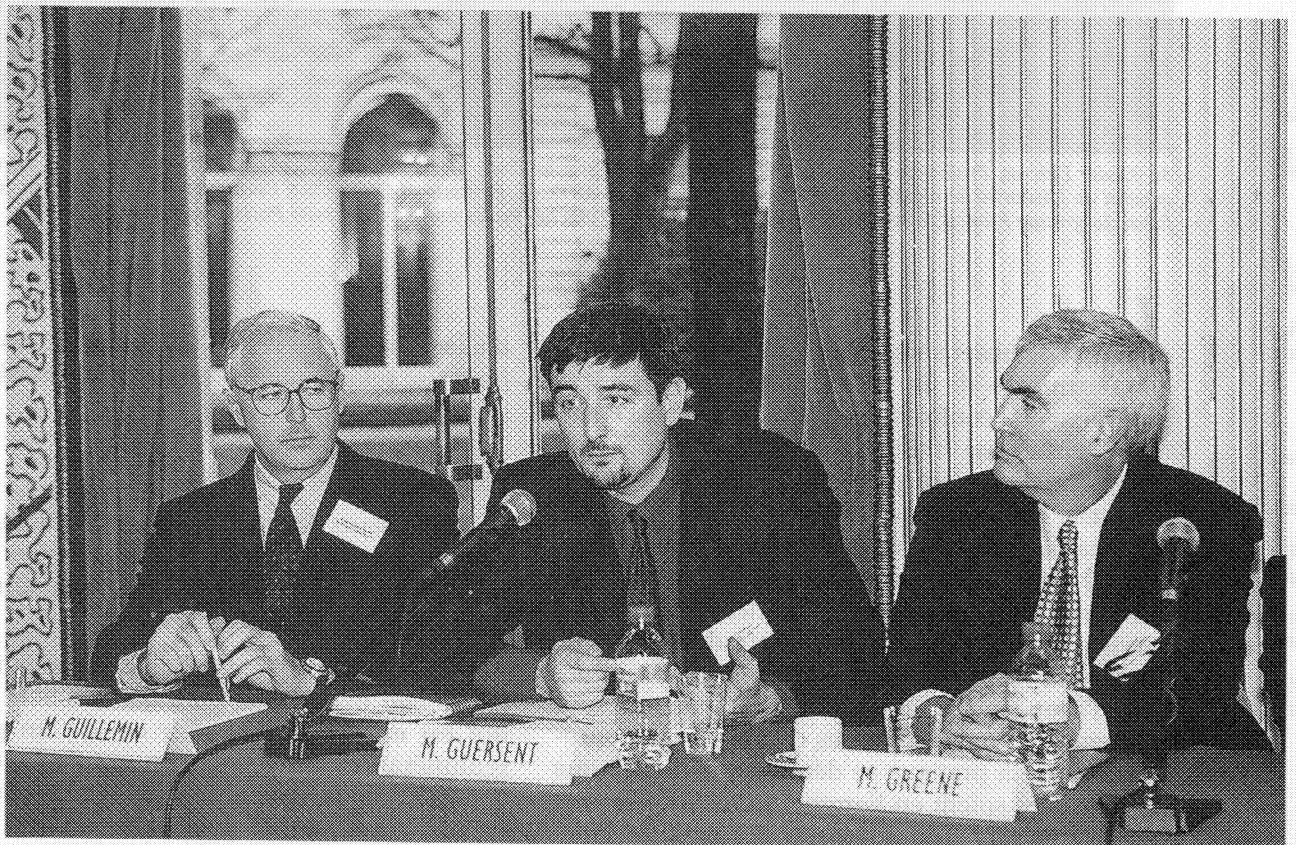
communications téléphoniques ou impulsions électriques.

2 – Parce que le service public exprime le soin que le régalién à des citoyens. L'accès au service est l'expression de ce lien politique. Même s'il y a une contrepartie financière – le billet de train –, c'est encore d'une relation unilatérale qu'il s'agit : l'État offre à chacun l'accès aux biens essentiels. Ce souci politique s'oppose au monde marchand qui repose sur le seul accès au bien pour ceux qui peuvent se l'offrir. Si chacun doit pouvoir accéder aux biens essentiels, seul un organisme public pourrait prendre en charge cette mission, de service public, d'offrir le bien à chacun. Celui qui y accède ainsi est un usager. Un usager qui se range du côté du droit public. Un usager, pas un consommateur, encore moins un client, ce client qui se range plutôt du côté du droit privé. Mais dans d'autres cultures, l'opposition entre citoyen et client n'est pas marquée. Et la distinction du droit public et du droit privé est un trait si français...

3 – Parce que le service public, soit pour des questions essentielles (l'unicité du régalién), soit pour des questions d'économie industrielle (économie d'échelle, monopole naturel des réseaux), est pris en charge par un organisme unique. Même s'il s'agit d'un service public industriel et commercial,

celui qui le propose et endosse la charge, la mission, d'y faire accéder chacun, sera unique. Il y aura monopole. Monopole confié à un organisme en charge du devoir politique d'accès : ce sera la solution française à travers un maillage d'entreprises publiques monopolistiques sous la tutelle du Gouvernement. Dès lors qu'il y a monopole naturel, économiquement monopole naturel, politiquement monopole naturel, il n'y a pas de concurrence. Or, qu'est-ce qu'un client ? Pourquoi est-il si précieux, si convoité et qu'on ne songe qu'à sa conquête ? C'est parce qu'il peut aller à la concurrence. Dès lors, s'il y a monopole, il n'y a plus cette mobilité, cette évanescence de la clientèle, donc il n'y a pas de client.

Tout devient différent lorsqu'il y a libéralisation des services publics, c'est-à-dire ouverture à la concurrence des activités de services publics. C'est le cas plus ou moins pour l'aérien, pour le téléphone, la poste, l'électricité, le gaz. Mais il ne faut pas radicaliser la description du mouvement : la libéralisation du service public ne signifie pas nécessairement sa dissolution dans le marché, à travers ce que l'on désigne comme la banalisation du service public. Précisément, on se retrouve dans l'entre-deux, plus dans le monopole public mais pas encore, ou pas nécessairement, dans le marché :



M. Jean-François Guillemain, Secrétaire général du Groupe Bouygues, M. Olivier Guersent, Membre du Cabinet de M. Michel Barnier, Commissaire européen et M. Thomas Greene, Senior assistant attorney general, State of California Department of justice, anti-trust division

précisément on va faire fonctionner ce couple « service public / clientèle ». Couple instable, peut-être, ayant besoin de tuteurs, mais couple solide à long terme.

Reprenons le dévoilement de cette évolution, par laquelle la France rejoint aujourd'hui la tradition nord-américaine. Le premier mouvement est donc économique. Qu'il soit contraint par l'Europe, notamment par la perspective d'éventuelles condamnations des monopoles publics pour abus de position dominante, ou qu'il résulte d'une évolution de la conception politique de la gestion de l'État, il y a mise en concurrence des services offerts. Par cette concurrence, le goût des usagers va naturellement s'affirmer pour aller de l'un à l'autre, de France Telecom à Bouygues Telecom. Or, un usager volage, c'est déjà un client. L'ambition de sa conquête fait rage.

Est-ce pour autant que nous avons inversé purement et simplement les données, et que nous sommes passés du monopole public dont les usagers restaient captifs, à l'ajustement libre de l'offre et de la demande sur un marché, les clients disposant de ces biens comme ils disposent des autres ? En d'autres termes, l'existence de clients, engendrée par la libéralisation des services publics, la compétition entre les entreprises pour les conquérir, les conserver, les créer, signe-t-elle nécessairement la banalisation des services publics, donc leur disparition ? En d'autres termes, pour qu'il y ait des services publics, faut-il qu'il n'y ait pas de clients ? Et dès l'instant qu'il y a des clients, n'y a-t-il plus de services publics ?

**Non.**

Parce que, en premier lieu, il peut demeurer des effets de monopoles naturels, par lesquels l'entreprise propriétaire du réseau d'infrastructure – le réseau de transport de l'électricité, le réseau téléphonique – disposerait du pouvoir d'imposer ses prix à ceux qui n'ont pas d'autres solutions que d'avoir accès à ces réseaux pour vendre leurs propres biens. Il faut alors utiliser la puissance publique pour que des clients puissent choisir entre plusieurs opérateurs, alors que le réseau n'appartient qu'à un seul. Il faudra, pour que la clientèle existe, organiser de force un droit d'accès des opérateurs aux infrastructures de réseau. On mesure ainsi que le droit de la régulation est à la fois le prolongement du droit de la concurrence et tout autre chose que celui-ci. En effet, le droit de la concurrence correspond à l'économie classique, c'est-à-dire s'appuie sur un droit des marchés et des objets de propriété qui y circulent, alors que le droit de la régulation, loin de refléter une conception dirigiste et dépassée de l'activité économique, exprime un droit des réseaux et des procédures et un droit d'accès à ces réseaux.

Pour organiser cette ouverture du réseau, il faudra alors contraindre l'opérateur à organiser le secteur, au-delà du marché, pour que le phénomène de clientèle se développe. En second lieu, le souci politique de l'accès de tous au bien, parce qu'il est essentiel, peut perdurer. Il y aura alors un droit politique à être client, que le marché ne peut toujours satisfaire parce que le marché exclut ceux qui n'ont pas les moyens économiques de s'offrir le luxe d'être client. C'est ce que traduit l'idée d'un droit subjectif à l'électricité de la loi de février 2000. Cette fois, c'est le consommateur, le client final, qui doit avoir accès. Mais ce qui est certain, c'est que le nouveau système, celui qui va corréliser ce couple explosif du service public et de la clientèle, repose essentiellement sur le droit d'accès. C'est ce que traduit la notion de service universel par rapport à la notion classique de service public.

Comment rendre effectif ce droit d'être client à un prix raisonnable, ce droit d'accès au réseau avec une rémunération équitable du propriétaire du réseau ? C'est la régulation qui va satisfaire cela, régulation construite sur l'idée fondamentale du droit d'accès. Pour les Français, la chose est nouvelle, parce que la régulation, c'est le lien même entre le souci politique de la participation de chacun et le fait de la clientèle mobile profitant de la concurrence. Mais les États-Unis ont dès le départ réglé ainsi la question des monopoles naturels, par la régulation. C'est pourquoi la théorie des facilités essentielles a été admise précocement aux États-Unis et beaucoup plus récemment en Europe et en France.

Pour le système juridique français, la régulation, qui est née dans le creuset de cette rencontre entre le service public et la clientèle, qui traduit cette relation, est un choc, principalement dans sa dimension institutionnelle. En effet, puisqu'il faut une régulation dans ces secteurs libéralisés ouverts à la concurrence, pour que la clientèle s'y installe grâce à un équilibre à instaurer entre l'ancien monopole public et les nouveaux entrants, pour que le droit politique de chacun à être client y perdure, il faudra une autorité de régulation. Elle exercera la régulation, c'est-à-dire l'instauration ou/et le maintien d'équilibres optimaux que le secteur ne peut de lui-même engendrer.

Cette machinerie est dans l'entre-deux du droit public et du droit privé, parce qu'elle exprime un souci politique et une puissance publique au service des clients, client dans l'attente simple d'une consommation, dans un contexte de concurrence. Cet entre-deux s'exprime à travers les voies de recours contre les décisions de régulation, tantôt devant le juge judiciaire, tantôt devant le juge administratif.

Au cœur de la machine, l'autorité de régulation. Il



s'agit d'un organe, généralement public mais pas toujours, qui va disposer du pouvoir de réguler le secteur, pour le bien du secteur mais aussi pour le bien spécifique de la clientèle. Il en est ainsi de la COB, ancêtre français des autorités de régulation, qui veille au bon fonctionnement du marché mais aussi à la protection de l'épargne, l'épargnant étant le client de ce secteur depuis toujours régulé qu'est la finance.

L'autorité de régulation est nécessairement indépendante du gouvernement, parce que celui-ci, à travers l'entreprise publique dont il est propriétaire, n'a pas l'impartialité requise du régulateur. L'autorité de régulation exerce fréquemment toutes les fonctions, souvent normatives, d'application des règlements, de règlement des litiges et de sanction. Cet organe-orchestre met à mal le principe de séparation des pouvoirs mais c'est toujours dans les entre-deux que s'expérimentent les nouveaux systèmes. Celui-ci est en train de trouver

sa place, place encombrante certes qui rend intimes les contraires. Jardin à l'anglaise donc bien plus qu'à la française.

**M<sup>me</sup> Micheline Pasturel.** – Je tiens à remercier Madame le Professeur Frison-Roche du réveil tonique auquel elle nous a conviés par son exposé. Nous avons vécu en France dans une tradition colbertiste solidement implantée, avec un service public omniprésent, des usagers captifs qui ne pouvaient pas aller ailleurs. Et voici que, depuis quelques années, les choses bougent. Le vent vient de loin, il vient d'outre Atlantique. Il est planétaire. Les économies se confondent, on ne sait plus très bien où on en est. La libéralisation des services publics, leurs rapports avec le marché, l'utilisateur, sont la source de nouveaux problèmes. Les intervenants qui vont s'exprimer maintenant vont nous aider à les résoudre.