

Études et doctrine

Chronique

Libres propos sur le « service public marchand » dans la perspective de la régulation des réseaux d'infrastructure essentielle

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur à l'Université Paris IX-Dauphine
Directeur de l'Institut de droit économique,
fiscal et social

1. Dans un même mouvement, le système juridique français et l'économie française sont remis en cause, donc renouvelés, par les évolutions concernant l'organisation juridique des réseaux techniques, tels que ceux qui conduisent l'eau, l'électricité, etc. ou permettent les différents transports de matériels d'informations et de personnes. C'est autant affaire d'ingénieurs et de politiques que de juristes, mais en raison d'une construction essentiellement juridique de l'Europe, le droit prend la part du lion dans l'évolution de la matière. Il semble en être d'autant plus embarrassé...

Principalement, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a remis en cause l'organisation par l'État de services, tel que le service postal (1), par l'attribution de monopoles et divers droits exclusifs ou spéciaux. Elle l'a fait en exigeant des justifications techniques, éthiques ou financières d'une telle organisation à première vue contraire à l'idéal d'un marché concurrentiel, faute de quoi l'abus de position dominante est susceptible d'être retenu (2).

2. Au regard d'une littérature déjà considérable et instructive, le présent article n'a d'autre ambition que de chercher à prendre la mesure de la question au regard du système juridique, ce qui paraît préalable à la résolution de difficultés précises, voire casuistiques, nouvel-

lement engendrées. En effet, sans qu'il soit nécessaire d'adopter un ton de Cassandre pour le dire, les règles communautaires concernant les réseaux d'infrastructure essentielle, que celles-ci prennent la forme d'arrêtés, de décisions, de directives ou de diverses communications (3), excèdent largement dans leur portée l'objet technique dont il s'agit et remettent en cause ce qui est le plus fondamental dans le système juridique français, tel que l'État, la souveraineté, la propriété ou la distinction du public et du privé (4). Prendre acte de l'ampleur de la remise en cause rend plus aisée la perspective de solutions harmonieuses. Il ne s'agit pas d'une entrave mais d'un point de départ.

3. Paradoxalement, l'utilisation de l'expression de « service public marchand » peut y contribuer. On observera d'une façon générale que la régulation juridique des réseaux techniques est très sensible à ce que l'on peut appeler des « effets de vocabulaire » (5), l'usage de telle ou telle expression ayant un effet direct sur les solutions et leur conception. Les mots affectent les choses et le choix des termes relève de l'activité normative.

Or, l'expression de « service public marchand » n'est que peu conforme au vocabulaire juridique classique, plus familier de celle de « service public industriel et commercial ». La notion de service public a elle-même donné lieu à des fluctuations, des controverses et des études fort nombreuses (6). On s'accorde néanmoins

(3) Pour une présentation plus détaillée de ce corpus, voir J.-M. Chevallier (dir.), *Quelles modalités retenir pour une gestion concurrentielle des infrastructures essentielles ?* Rev. Concurrence, à paraître.

(4) Dans la perspective d'une analyse philosophique du mouvement, voir A. Winckler, *L'Europe de la propriété privée et publique en droit européen*, in *Public et privé*, Archives de philosophie du droit, 1996, à paraître. Voir aussi d'une façon générale, M. Bazex, *L'appréhension des services publics par le droit communautaire*, RFDA 1995 p. 295 ; C. Buisson, *Le droit communautaire de la concurrence et le service public*, C.G.P., 1994, T. Condovasalinitis, *Le secteur public industriel et commercial au regard du droit français et du droit communautaire de la concurrence*, préf. M. Pédamon, LGDJ, 1989, M.-A. Frison-Roche, *L'État, le marché et les principes de droit interne et communautaire de la concurrence*, Les Petites Affiches 1995 n° 59 p. 4.

(5) Voir infra n°s 12 et 13. D'une façon plus générale, voir *Les effets de vocabulaire en droit économique*, Laboratoire de sociologie juridique et Centre de français juridique, Université Panthéon-Assas (Paris II), recherche en cours.

(6) Voir, not. R. Chapus, *Le service public et la puissance publique*, RDP 1968, 235 ; J.-F. Auby, *Le déclin de la spécificité juridique des services publics administratifs et commerciaux*, AJDA 1981.1.508 ;

(1) Pour garder cet exemple et en apprécier les dimensions techniques et juridiques, voir, par ex., *Le service postal*, Réalités Industrielles, Annales des Mines, janvier 1995.

(2) Voir infra n° 11.

à le définir comme « une activité d'intérêt général exercée par une personne publique ou sous le contrôle d'une personne publique et suivant un régime dérogatoire au droit commun » (7).

Mais les termes de « service public marchand » sont révélateurs d'une ambiguïté nouvelle puisqu'ils réunissent dans une même séquence le marché et l'État, l'intérêt particulier et l'intérêt général, le spontané et la régulation. En cela, ils sont salutaires puisqu'invitant à problématiser une distinction jusqu'ici assez tranquille, si ce n'est claire, entre l'administratif et l'économique, problématisation de type politique dont on ne saurait se passer sous couvert de la technicité des enjeux.

4. En effet, la séparation entre service public administratif et service public industriel et commercial prend comme critère distinctif l'*activité visée*. Il s'agit dans le premier cas de l'organisation d'un service de l'État, éventuellement par création d'une personne morale lorsqu'il s'agit d'une décentralisation par service et mise en place d'un établissement public à caractère administratif, tandis que le service public appelle le qualificatif industriel et commercial lorsque, dans un but d'intérêt général, la personne qui en a la charge exerce une activité habituellement susceptible d'être exercée par des entreprises privées, et normalement dans les mêmes conditions qu'elles (8). Ainsi, le service public industriel et commercial n'est jamais qu'une déclinaison du concept général de service public et, malgré son régime teinté de droit privé, se démarque encore des relations entre particuliers, marquées par l'intérêt privé (9). En cela, au-delà des degrés que comporte le caractère industriel et commercial (10), ce type de service public ne marque qu'une « gradation » (11) et non une rupture avec le service public administratif, au point que la distinction entre les deux apparaît finalement douteuse (12). Ainsi, le service public industriel et commercial continuerait à ne pas entrer en compromission avec le marché, alors que le « service public marchand », par ses termes mêmes, tendrait à le faire. Ainsi, par son appellation même, ce dernier permettrait donc de mieux poser à plat les enjeux.

5. La régulation publique d'activités essentielles accessibles à chacun constitue la formulation moderne, éco-

Ph. Jourdan, La formation du concept de service public, RDP 1987.89. D'une façon plus générale, sur la tendance nouvelle de décliner désormais les services publics au pluriel, voir A.-S. Mescheriakoff, Droit des services publics, coll. « Droit fondamental », PUF 1991, p. 9 ; D. Linotte, A. Mestre et R. Romi, Services publics et droit public économique, 2^e éd., Litec, 1992, Ch. Stoffaès (dir.), Services publics. Question d'avenir, O. Jacob 1995, et le rapport du Conseil d'État pour 1994, Service public, services publics : déclin ou renouveau.

(7) De Laubadère, J.-Cl. Venezia, Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, 11^e éd., LGDJ, t. 1, p. 683 n° 1108.

(8) Voir par ex., J.-M. Auby et J.-B. Auby, Institutions administratives, 6^e éd., Dalloz p. 49 n° 25.

(9) Sur cette analyse et l'influence en la matière de la dualité de juridictions, voir P. Weil et D. Pouyaud, Le droit administratif, PUF, 1994, p. 71.

(10) J. Rivero et J. Waline, Droit administratif, 15^e éd., Dalloz, 1994 p. 392 n° 461.

(11) Au-delà même des degrés que comporte le caractère industriel et commercial, De Laubadère, J.-Cl. Venezia, Y. Gaudemet, précités note 7, p. 648 n° 1108.

(12) P. Sandevor, Les vicissitudes de la notion de service public industriel et commercial, Mélanges Stassinopoulos, 1974 p. 317.

nomiste donc moderne, du concept de service public. Mais les termes en sont changés dans la mesure où cette régulation publique, prenant souvent, et surtout en France, la forme d'attribution de monopoles, n'avait pas à se justifier sous l'angle du service public dont l'État reste le maître en ce qu'il est le premier garant de l'intérêt général (13), alors qu'elle doit aujourd'hui, à l'aune du marché et du droit de la concurrence qui le sert (14), démontrer sa compatibilité avec lui ou justifier son caractère exorbitant. Ce *basculement dans la charge de preuve* désigne fondamentalement un basculement de pouvoir.

C'est par ce biais qu'est aujourd'hui remise en cause la gestion monopolistique des réseaux d'infrastructures (I), prenant de plein fouet ce qu'il y a de plus élémentaire, donc de plus fondamental, dans notre système juridique (II).

I. La remise en cause de l'attribution monopolistique par l'État des activités économiques de réseaux

6. Au titre des services publics, l'État français organise, généralement sous la forme de monopole, ce que l'on désigne comme les infrastructures essentielles, que sont l'électricité, le rail, le téléphone, etc. Il en paie le prix, par le biais de subventions par exemple ; il en récolte les fruits par le jeu d'une tarification notamment. L'intérêt général défini a priori suffit à justifier cette action des pouvoirs publics. On sait que cette perspective est remise en cause par le droit communautaire. Cela est salutaire par principe car les présomptions irréfragables de légitimité dans l'action administrative — marque la plus tangible de la démarche idéologique — ne conviennent pas à l'impératif d'incitation, que sert quant à lui le marché libéral. Mais au sein du droit communautaire, il faut encore distinguer ce qui relève de l'élaboration d'une doctrine économique globale (1) et ce qui relève de la prise en charge secteur technique par secteur technique (2).

A. La remise en cause par une doctrine juridique et économique globale

7. Les textes tout d'abord, la jurisprudence ensuite.

1. L'article 90 du Traité de Rome

8. Il s'agit essentiellement de l'article 90 du Traité de Rome, dans ses trois paragraphes. Le premier pose que les États membres, lorsqu'ils accordent des droits spéciaux et exclusifs aux entreprises ou à l'égard de leurs entreprises publiques, ne doivent pas se mettre ou les mettre en contradiction avec le droit de la concurrence.

(13) Sur la question fondamentale du lien entre service public et légitimité de l'État, voir not. A.-S. Mescheriakoff, Droit des services publics, p. 61 n° 24, le service public participant « à la fois au fondement de la légitimité et au processus de légitimation ». Dans le même sens, voir rapport du Conseil d'État précité note 6, p. 15.

(14) Sur la « négation de principe du droit public économique » par l'ordre libéral, voir, par ex. A.-S. Mescheriakoff, Droit public économique, coll. « Droit fondamental », PUF 1994 p. 42 s. n° 25 s.

Le deuxième pose que les entreprises en charge d'un « intérêt économique général » sont également soumises à cet impératif mais « dans la limite où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière, qui leur a été impartie ». C'est autour de cette phrase-là que se noue le nœud gordien.

Le troisième confère à la Commission le pouvoir d'édicter des directives pour assurer le respect des deux premiers.

9. Le lien logique entre ces trois paragraphes est un enjeu à part entière. Il est certain que le troisième paragraphe est l'instrument d'effectivité des deux premiers, sorte de voie d'exécution des principes préalablement dégagés. Mais qu'en est-il du rapport logique entre les deux premiers ?

On peut considérer que l'article 90-2 pose une exception par rapport à l'article 90-1. Si l'on considère que l'article 90-1 concerne l'impératif des lois du marché — lesquels voient sous le monopole se profiler l'abus et préfèrent toujours le prix au tarif (15) — et que l'article 90-2 vise le pouvoir et le devoir du pouvoir étatique de concevoir une politique économique au service d'un intérêt général grâce à des attributions monopolistiques de droits, alors il faut fondamentalement en conclure que *l'impératif de la souveraineté de l'État est inférieur à l'impératif du fonctionnement du marché concurrentiel*, puisque le premier n'est que l'exception du second. En cela, l'on a pu dire que « le droit communautaire oppose la logique du marché concurrentiel au service public » (16).

10. Plus techniquement, cela influera sur les charges de preuve, élément fondamental en la matière : puisque l'État, le service public, l'organisation monopolistique des entreprises publiques, etc., est l'exception, ils doivent justifier leur existence, dérogeant à une organisation concurrentielle du marché. Leur légitimité n'est plus donnée (17) ; elle est à construire selon les techniques probatoires, en établissant notamment l'équivalence entre service public, au sens français, et intérêt économique général, au sens communautaire, à travers sans doute cette notion médiane de service universel.

En cela, il serait inexact de soutenir que le service est condamné par le Traité de Rome. Mais il devient autre (18) ; il est simplement condamné à justifier de son existence. La tâche est nouvelle, inhabituelle, ample et périlleuse. Le chantier fut ouvert par la voie contentieuse.

2. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

11. En effet, ces problématiques sont restées longtemps enfouies et l'article 90, avec à ses crochets la

prohibition des comportements anticoncurrentiels (articles 85 et 86) et des aides d'État (article 92), appartenait à des textes que la sociologie qualifie de textes « en latence ». C'est le contentieux qui a réveillé *la belle au bois dormant*. On observera d'une façon générale que le juge, en contrôlant l'action administrative, entraîne d'un côté une juridicisation de cette dernière et tend, par un retour dialectique, à reprendre d'un autre côté sa tâche d'administrateur (19). Toujours est-il que les affaires sont tombées comme autant de scoops ! L'arrêt « Corbeau » tout d'abord, rendu par la Cour le 19 mai 1993 (20). Ses termes sont les suivants : « L'article 90 du traité CEE s'oppose à ce qu'une réglementation d'un État membre qui confère à une entité telle que la Régie des postes le droit exclusif de collecter, de transporter ou de distribuer le courrier, interdise, sous peine de sanctions pénales, à un opérateur économique établi dans cet État d'offrir certains services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers des opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas, dans la mesure où ces services ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif. Il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si les services qui sont en cause dans le litige dont elle est saisie répondent à ces critères ».

12. L'émoi fut grand, les gloses nombreuses et le plus souvent alarmistes. L'enseignement qu'on peut en tirer est plus nuancé sans doute mais il demeure qu'indépendamment du caractère raisonnable de la solution retenue, c'est l'inversion des prémisses et la manière a-juridique par laquelle les éléments de départ sont posés qui doivent retenir l'attention. En effet, le raisonnement se construit sur la notion de service de base, à savoir la prestation qui doit correspondre à un service universel (21), c'est-à-dire la prestation qui doit être accessible à chacun, y compris du point de vue matériel et technique ou financier.

Mais lorsque nous ne sommes plus en présence d'un service de base, comme dans l'hypothèse d'un courrier rapide, moins indispensable pour tous, plus cher et concernant une catégorie particulière de consommateurs, ayant donc vocation naturelle à être soumis à une logique de marché, alors le monopole ne se justifie plus et la concurrence doit pouvoir jouer, notamment par le droit pour les entreprises privées de proposer également un tel service.

13. Mais l'entreprise privée, qui cherche à maximaliser son profit, entend ne proposer que le service rentable et non le service de base si celui-ci ne l'est pas. En outre, elle entend profiter de l'infrastructure mise en place pour rendre possible le service de base (les rails pour les wagons ; les poteaux pour l'électricité ; les

(15) Sur le fait que le marché a le prix pour conséquence tandis que la régulation a le tarif pour condition, voir l'intervention de F. Jenny aux rencontres franco-britanniques de la concurrence, à paraître.

(16) L. Dubouis, « Présentation », in *Le service public et la construction communautaire*, RFDA 1995, p. 292. V. aussi D. Truchet, *État et Marché*, Archives de philosophie du droit, 1995, à paraître.

(17) Voir, supra n° 5.

(18) M. Voisset, *Le service public autrement. De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux*, RFDA 1995 p. 304 s.

(19) Sur ce mouvement récent, v. Y. Gaudemet, *Le juge administratif, futur administrateur*, Revue marocaine de droit, 1995, p. 45 s.

(20) Rec. I, p. 2563 ; RJDA 1/94 n° 54 som.

(21) Le caractère normatif du glissement de vocabulaire a été souligné. Voir supra n° 3. Voir aussi la présentation que la Vie judiciaire fit du rapport du Conseil d'État précité, comme une « mise en garde du Conseil d'État contre le « service universel » (Vie judiciaire du 10 avril 1995).

bureaux de poste pour le courrier, etc.) pour offrir le service annexe.

Cela correspond d'ailleurs à une tradition du service public qui prend en charge le déficit lorsque l'intérêt général est en jeu — ce qui rejoint la notion économique de monopole naturel lorsqu'il faut imposer le caractère unifié des infrastructures essentielles — tandis que l'on privatise les profits. On a alors affaire à un phénomène d'écrémage. Il prive de recettes l'organe qui supporte la charge de l'infrastructure et doit fournir par ailleurs le service de base. C'est pourquoi la Cour ne tolère cette répartition entre service public et concurrence, entre service de base et recherche de profit, entre charge de l'infrastructure et utilisation de l'infrastructure, que si la concurrence ne compromet pas le service public. En effet, parce que le service de base constitue un impératif supérieur au service accessoire ou sur mesure, le monopole au profit de l'établissement en charge du service public doit perdurer même pour le service annexe, si c'est le profit retiré sur la prestation marchande qui permet l'exécution de la mission de service public. Ce raisonnement paraît exemplaire de ce que nous voulons appeler « service public marchand ».

14. Voilà l'enseignement raisonnable de l'arrêt « Corbeau » qui prend en compte le service public, dans une traduction tout à la fois communautaire et économique, et approfondit sa corrélation avec le monde marchand. Mais, par la résolution même que la décision apporte, elle ouvre d'autres difficultés : la détermination de ce qu'est « l'intérêt économique général », avec notamment la distinction de ce qui relève de l'économique, de la cohésion sociale, de la culture, de la politique de santé, etc. ; la détermination de ce « service de base » ; la quantification du degré d'universalité du service ; et principalement la démonstration de l'impératif d'équilibre financier justifiant le monopole non seulement pour le service de base mais encore pour le service accessoire.

15. Il faut encore souligner l'accroissement considérable que cette évolution entraîne sur le terrain des objets de preuve. En effet, non seulement le service public doit justifier la légitimité financière de sa présence exclusive sur des services accessoires, voire sur des marchés connexes, mais on doit encore considérer qu'est objet de preuve la légitimité de son privilège monopolistique concernant le service de base. C'est ce qui résulte de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes « Hofner c/ Macroton » du 23 avril 1991 (22). Un office administratif allemand ayant le monopole de l'activité de placement a pu être condamné pour abus de position dominante parce qu'il était concrètement incapable de satisfaire efficacement sa tâche ; il ne pouvait dès lors prétendre bénéficier d'un droit exclusif devenu de ce fait indu.

Si l'objet de preuve est déterminé, la charge de la preuve reste ambiguë : est-ce à l'entité bénéficiant du droit exclusif d'apporter la preuve qu'elle sert effectivement l'intérêt économique général ou à celui qui conteste le monopole de démontrer qu'il n'en est rien ? On doit tout de même considérer que le service public

marchand doit bénéficier d'une présomption de service du public (23) et qu'elle doit être renversée par celui qui la conteste.

16. Vint alors l'arrêt « Almelo », rendu par la Cour de justice le 27 avril 1994 (24). Il ne s'agit plus du service postal mais du secteur électrique. La Cour relève que l'entreprise en question, bénéficiaire en l'espèce d'un droit d'achat exclusif interdisant au distributeur local d'importer de l'électricité, a été chargée de la gestion de service d'intérêt général et qu'elle est notamment chargée à ce titre d'une obligation de fourniture ininterrompue sur l'intégralité du territoire à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients.

Dès lors, « des restrictions à la concurrence (voire l'exclusion de toute concurrence) doivent être admises, dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires pour permettre à l'entreprise investie d'une telle mission d'intérêt général d'accomplir celle-ci. A cet égard, il faut tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise ».

17. Le courant jurisprudentiel amorcé par l'arrêt « Corbeau » se nuance et l'on sera notamment sensible au fait que la problématique n'est plus exclusivement économique, la formule « intérêt général » est préférable à celle, textuelle, d'« intérêt économique général » ; ainsi l'exigence du respect de la nature peut être prise en considération et l'impératif de cohésion sociale être pris en compte.

On observera alors que les deux démonstrations sont certes de nature économique mais relèvent d'une approche générale. A lire les arrêts, il semble bien que le secteur technique considéré, la poste ou l'électricité, ne vaut qu'à titre factuel et que le raisonnement peut être repris et appliqué quel que soit le secteur. En cela, le raisonnement, basé sur la distinction du fait et du droit et aboutissant à une subsomption des faits divers sous une règle de droit unique, reste familier dans sa démarche au juriste romaniste. Mais c'est une tout autre approche qu'adopte le droit communautaire, dans son activité non plus contentieuse mais normative, à travers les directives, qu'elles prennent pour source l'article 90-3 ou le pouvoir général d'édition.

3. L'organisation communautaire des secteurs techniques considérés isolément

18. On ne peut prétendre ici à l'exhaustivité face à l'accumulation de réglementations techniques. Mais, qu'il s'agisse de la directive du Conseil du 28 juin 1990 sur les services de télécommunications, de celle du 29 octobre 1990 sur le transit d'électricité, de celle du 29 juillet 1991 sur les chemins de fer, du règlement du 22 décembre 1993 sur le service de réservation

(22) Rec. I. 1979.

(23) Mais il s'agirait d'une présomption simple et non d'une présomption irréfragable (v. supra n° 6).

(24) AJDA 1994, 637, note F. Hamon.

aérienne, du projet de directive sur la dérégulation électrique, etc., il s'agit toujours d'appréhender, à partir d'une perspective technique, qui relève plus du savoir de l'ingénieur que de celle de l'économiste ou du juriste, des secteurs particuliers qui ne semblent pouvoir être « mis dans le même sac », c'est-à-dire dans la même norme juridique. La méthode anglo-saxonne triomphe.

19. On relève alors une certaine contradiction entre les deux flancs communautaires ici en cause et on observe que la complexité de la question vient du croisement étroit et non encore hiérarchisé des pouvoirs technique, économique et juridique. Chacun ayant sa méthode propre et intervenant sur un même objet à différents titres et par divers procédés, la vue d'ensemble en est affectée et l'évolution difficile à prévoir.

Vu du côté de l'approche juridique, cela explique sans doute la crainte et la crispation qu'entraîne cette évolution dans la mesure où le droit interne ne se construit pas au même rythme et reste essentiellement juridique (25). Cela provient du fait que ces avancées du droit communautaire signifient pour le droit interne une sorte de retour aux sources, des retrouvailles avec l'élémentaire.

II. Le retour inévitable à l'élémentaire du système français

20. Même s'il est concevable de le regretter, le système juridique français est ainsi constitué depuis deux siècles que, sauf remise en cause fondamentale, notamment de la dualité des ordres de juridictions, la question du public ou du privé est première, si ce n'est préalable (A). En outre et à travers cela, le risque d'affrontements, notamment celui entre l'État et le marché, n'est pas négligeable (B).

A. La question préalable du public et du privé

21. Vouloir poser *a priori* l'absence de pertinence de la problématique du service public en matière de service universel ou de facilité essentielle serait de mauvaise méthode, en ce que passer sous silence un obstacle, si désuet puisse-t-il être jugé, ne peut que l'incruster (26). En effet, lorsque deux traditions s'opposent, ou plus encore n'ont rien à voir l'une avec l'autre, la plus mauvaise chose serait d'ignorer l'une pour imposer l'autre, avec pour seul fondement une préférence pour la modernité ou la tradition et finalement pour seule justification une préférence pour l'un plutôt que pour l'autre. On ne pourra adopter un raisonnement communautaire en faisant l'économie de la problématique du service public, ne serait-ce que pour faire jouer une dialectique.

(25) Sur la question de savoir si le droit de la concurrence est un droit particulièrement soucieux de l'objet économique qu'il a en charge ou s'il s'agit de règles économiques se contentant de recourir à la force obligatoire des normes juridiques, voir, not. Les pouvoirs normatifs en jeu dans le droit de la concurrence, rapport du Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Rapport pour la Chancellerie, 1994.

(26) J.-M. Chevallier, précité note 3.

22. On observera ainsi que les différents rapports publiés, non seulement ceux qui parlent des problématiques juridiques classiques (27) mais encore ceux relatifs à la réalité technique des réseaux d'infrastructure et à leur régulation, s'efforcent de faire référence dès le départ à la perspective du service public et à la difficulté corrélative du choix entre secteur public et secteur privé. Le rapport sur « L'utilité publique en Europe » (28) ou celui relatif au thème des « Services publics de réseau et Europe » (29) sont exemplaires de cela.

23. Avant de songer à dépasser la distinction par exemple par l'idée d'un « service public marchand », empruntant au public le service et au privé le marchand, la question du privé et du public est préalable au sens non seulement théorique mais encore procédural du terme, ne serait-ce que pour désigner la juridiction compétente (30). Si l'on veut desserrer l'étau juridique traditionnel ou parvenir à se dégager de traditions entravantes, il faut mesurer l'obstacle. Il ne faut pas poser, même implicitement, que la pratique peut faire l'économie d'une théorie, peut en perturber une impunément, peut se dispenser d'en penser une nouvelle. D'autant moins quand c'est l'ensemble du système qui est en jeu.

B. Les affrontements théoriques au sein du système juridique français

24. Le droit français est construit et fonctionne en système, ce qui n'est pas le cas du droit anglo-saxon, et explique sans doute que ce dernier appréhende plus aisément la question qui nous occupe. La culture économique américaine, qui est une culture de marché, accroît cette facilité. Mais puisqu'il faut faire avec le droit français, quel que soit le désir novateur qui peut animer les personnes qui se penchent sur la régulation des réseaux techniques, il faut prendre en premier en considération la problématique des catégories juridiques et des branches du droit. Dans cette perspective, les catégories premières et la répartition des qualifications et des régimes juridiques dépendent en droit français de l'organisation des sources du droit. Mais la question actuelle de la régulation juridique des réseaux techniques d'infrastructures essentielles cristallise non seulement un conflit de source, mais encore un conflit de systèmes normatifs et un conflit de systèmes de pensée.

25. Le système français continue d'être imprégné d'un positivisme légaliste qui confère à l'État un pouvoir

(27) Rapport du Conseil d'État, 1994, Service public, services publics : déclin ou renouveau, précité note 6.

(28) Ch. Stoffaes, L'Europe de l'utilité publique Des industries de services publics rénovés dans l'Europe libérale. Rapport au ministre de l'Économie, 1995, ASPE Europe. V. aussi CEEP, Europe, concurrence et service public, Masson/Armand Colin 1995, et notamment au titre des « contributions à l'approche économique », B. Thiry, Services publics : conceptions et réalités, p. 71 s.

(29) M. le Duc, Services publics de réseau et Europe. Les exemples de l'Allemagne, de l'Espagne, de l'Italie et du Royaume-Uni (fer, route, air et eau-assainissement), Étude de la documentation française, 1995, spéc. l'introduction « Les réseaux d'infrastructure : service public ou privé ? » p. 11.

(30) Sur cette question annexe mais pesante, voir infra n° 25 et d'une façon plus générale, Le juge administratif face au droit de la concurrence. Rev. Concurrence, 1995, à paraître.

d'édiction de règles de droit. Sa souveraineté, puisqu'il faut bien prononcer aussi ce mot, est attaquée sur son flanc par une régulation technique des réseaux issue d'un droit européen et l'on a pu en conclure que « le temps de la liberté des États dans la conception de leur secteur public est bel et bien révolu » (31). En outre, l'exercice du pouvoir législatif de l'État s'opère par le jeu de la distinction du droit privé et du droit public fondée sur la considération de l'objet sur lequel ils portent. La dualité des ordres de juridictions, qui en fut longtemps la conséquence, en est aujourd'hui le socle, empêchant le retour à quelque unité (32). Dès lors que le droit communautaire de la concurrence qui, s'il reconnaît la spécificité de l'État (33), ne le prend pas pour source, il sera délicat de transposer les règles en droit interne sans affronter les digues bâties par la jurisprudence « Ville de Pamiers » et l'interprétation qui en a été faite (34).

26. En outre, le système juridique français se trouve mis en concurrence avec les normes techniques telles qu'elles forment notamment l'ossature des directives communautaires prises en la matière (35). La prévalence de l'objet technique de la régulation (la ligne téléphonique ou le tuyau conducteur d'eau, par exemple) sur le mode de la régulation (la loi générale, la réglementation particulière), contrairement à la hiérarchie classique qui soumet le fait au droit, incite à concevoir des normes techniques élaborées par les techniciens spécialistes de l'infrastructure technique et non par des juristes connaissant le système juridique en général. Ainsi, concrètement, les ingénieurs des télécommunications décident de la régulation de ce

mode de communication. Du droit, il ne reste rien que la forme dès l'instant que les décisions techniques se moulent dans une norme juridique dont l'effet obligatoire est seul sollicité.

27. Le phénomène n'est pas nouveau. L'on a déjà étudié le rapport entre droit et normes techniques (36) et l'importance grandissante de la certification en droit conduit à s'y pencher (37). Mais c'est réduire le droit à sa forme, résurgence étonnante d'un formalisme juridique kelsénien, voie d'exécution de décisions techniques détachées du droit substantiel. Plus que jamais, le droit ne serait qu'une procédure, démarche pour rendre obligatoire une décision a-juridique, nouveau bras séculier non plus de l'État mais du savoir technique.

28. Reste enfin l'affrontement des systèmes de pensée. L'ouverture des monopoles publics à la concurrence ne fait qu'accroître l'âpreté du débat et l'enjeu politique car tout processus de libéralisation met en discussion le système plus sûr que si celui-ci s'était conservé en l'état, dès l'instant que la question de l'avenir se pose alors (38). A travers cet affrontement de l'État et du marché (39), c'est la pensée dogmatique française et la pensée pragmatique anglo-saxonne qui sont face à face.

Il est bien difficile d'apprécier cette tectonique des plaques. Il convient simplement de rappeler que le pragmatisme, contrairement à ce que le sens commun inspire, est lui-même une théorie et qu'il ne suffit pas de faire valoir l'importance des faits, la vitesse des changements et l'évolution technique pour anéantir la première théorie. La question de la régulation juridique des infrastructures techniques essentielles a pour premier mérite de poser clairement l'enjeu de système et l'expression de « service public marchand » le second mérite de contraindre à en reconnaître l'existence.

(31) B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, 5^e éd., 1994, p. 769, n° 970.

(32) M.-A. Frison-Roche, *Le poids des idées dans la répartition des compétences entre juges judiciaire et administratif en matière de concurrence*, au regard de la loi du 8 février 1995, *Gaz. Pal.*, 1^{er} juillet 1995.

(33) R. Saint-Esteben, in *Le juge administratif face au droit de la concurrence*, précité note 30.

(34) *Ibidem*.

(35) Voir, *supra*, n°s 18 s

(36) Voir par ex., A. Penneau, *Règles de l'art et normes techniques*, préf. G. Viney, LGDJ 1989.

(37) A. Couret et al., *La certification*, coll. *Que sais-je ?*, PUF 1995.

(38) Voir not. J.-L. Lesquins, *Droit de la concurrence et avenir des monopoles publics*, *Revue Concurrence* 1995 n° 85 p. 5.

(39) V. *supra* n°s 9 s. et les références citées.