

Droit commun de la Régulation

École d'Affaires publiques . Cours magistral du semestre d'automne 2020

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon n°6



**Réguler
par le
droit de propriété**

25 novembre 2020

INTRODUCTION

Conception traditionnelle du Droit Economique :

inutilité des « droits subjectifs »

- **Définition du droit subjectif par rapport au Droit objectif** / minuscule et Majuscule
- **Droit de la Concurrence, construit sur les libertés garanties par le Droit**
 - La suffisance de la liberté d'action (sa traduction par la « liberté contractuelle »)
 - Les trois libertés, base de l'Union européenne
- **Droit de la Régulation, expression de la puissance unilatérale de l'Etat**
 - Explique la métonymie entre *régulations* et Régulation
 - Le Droit de la Régulation : Institutions et décisions unilatérales

INTRODUCTION

L'apparition et utilisation des droits subjectifs dans le Droit de la Régulation

- **Apparition nouvelle des « droits subjectifs processuels »**
 - Renvoi à la leçon sur le Régulateur et à la leçon sur le Juge
- **Utilisation du droit subjectif de propriété comme « outil » de Régulation »**
 - Le Droit de la Régulation : Institutions et décisions unilatérales

- La régulation d'un secteur par la propriété des infrastructures
- La régulation d'un secteur par la propriété des titres sociétaires de l'entreprise qui gère l'infrastructure
- Le lien entre la Régulation et le Droit des sociétés
- Car l'on tient un secteur si l'on a une « influence déterminante » dans l'entreprise qui a une « influence déterminante » dans le secteur

I. L'USAGE PAR L'ÉTAT DE LA PROPRIÉTÉ POUR RÉGULER L'ACTIVITÉ : L'ENTREPRISE PUBLIQUE

A. L'EFFICACITÉ DE LA PROPRIÉTÉ COMME INSTRUMENT DE « POUVOIR »

1. Propriété des actifs corporels et titularités des titres sociaux

Rappel sur la façon dont une entreprise apparaît juridiquement....

- L' « entreprise » est une réalité, un fait : une « unité économique et sociale ». Un fait ne peut pas « entrer dans le commerce juridique ». Seule une « personne » peut le faire. La « personnalité est une « invention juridique ». *De jure* pour les individus, *artificiellement* pour les organisations : « personnalité morale » (peut-on en créer autant qu'on veut ?....).
- Le législateur propose une palette d'organisations juridiques dotées d'aptitude juridique (définition du « sujet de droit »). Par exemple: société, ou GIE, ou GIP ; qui nouent des contrats = groupe (sans personnalité morale (ex. : LVMH)).
- Les personnes peuvent créer des personnes: c'est la « volonté » qui crée le « contrat de société » : article 1832 du Code civil.

Le Droit des Sociétés : article 1832 du Code civil

La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

A son immatriculation, la personnalité morale apparaît :

- dénomination
- siège (sorte de domicile). Le siège est le lieu de l'activité. (flexibilité totale ?).
- Ce que la « personne fera » = son objet social (distinction entre l'**objet social** et son **intérêt social**)

La « capacité » de la personne morale est plus large que celle de l'établissement public

Le droit des sociétés : la fabrication des groupements

Par exemple l'Etat veut façonner le secteur électrique. Il fonde un établissement public industriel et commercial, *Electricité de France (EDF)*.

- Etablissement public industriel et commercial
- Loi du 9 août 2004 autorise la transformation d'EDF en Société Anonyme
 - Permet d'échapper au principe très étroit de spécialité des établissements publics
 - Permet d'émettre des titres (de capital ou d'emprunt) sur les marchés financiers

Le droit des sociétés : le fonctionnement des groupements

Le principe : « loi des volontés »

- Sociétés de personnes / société de capitaux
- Loi du capital = la propriété donne le pouvoir politique
= lien entre le capitalisme et le libéralisme
- « démocratie sociétaire » = les associés décident de l'avenir (AGO) et ratifient les actes faits en leur nom
- Les dirigeants sont des « mandataires » sociaux (révocable *ad nutum*)
- Donc, selon le Droit classique, si c'est l'État qui est le propriétaire d'une part déterminante du capital d'une entreprise dont l'activité est déterminante dans le secteur, il est le maître du secteur. Il peut poursuivre « l'intérêt général »

- Définition juridique d'une « entreprise publique » par la référence à la détention par l'État d'une influence déterminante :
 - Par une détention du capital
 - Par une présence dans les organes sociétaires
 - Même définition qu'en Droit des sociétés et en Droit financier de la notion de « contrôle » (unicité de la définition importante en pratique pour les « prises de contrôle »)
- Définition de la jurisprudence administrative
- Définition de la Directive du 25 juin 1980 sur la *transparence entre l'État et ses entreprises publiques* (soupçon d'aides d'État)

I. L'USAGE PAR L'ÉTAT DE LA PROPRIÉTÉ POUR RÉGULER L'ACTIVITÉ : L'ENTREPRISE PUBLIQUE

A. L'EFFICACITÉ DE LA PROPRIÉTÉ COMME INSTRUMENT DE « POUVOIR »

2. La définition juridique de « l'entreprise publique »

- Que fait l'État, propriétaire des titres ?
- Théorie de l'État-actionnaire
- Faire « ce qu'il veut » : poursuivre l'intérêt dont il a la charge : l'intérêt général
- Rappel :
 - Intérêts particuliers
 - Intérêts collectifs
 - Intérêt général
- Les « parties prenantes » sont plutôt dans la poursuite de « l'intérêt collectif »

I. L'USAGE PAR L'ÉTAT DE LA PROPRIÉTÉ POUR RÉGULER L'ACTIVITÉ: L'ENTREPRISE PUBLIQUE

A. L'EFFICACITÉ DE LA PROPRIÉTÉ COMME INSTRUMENT DE « POUVOIR »

3. La notion d' « État-Actionnaire »

- Choc en deux temps :

Premier choc: par la **définition par le Droit de la Concurrence** de ce qu'est une « entreprise », qui neutralise la personnalité du titulaire des titres pour concentrer le critère sur l'activité

- **CJUE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH***

I. L'USAGE PAR L'ÉTAT DE LA PROPRIÉTÉ POUR RÉGULER L'ACTIVITÉ : L'ENTREPRISE PUBLIQUE

B. LA RÉCUSATION DE L'ÉTAT-ACTIONNAIRE

1. Le choc causé par le Droit de la concurrence

CJUE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH*

Prétention de l'Etat: *La partie défenderesse au principal et le gouvernement allemand ont estimé, en revanche, que les activités d'un office pour l'emploi ne relevaient plus du champ d'application des règles de concurrence dès lors qu'elles étaient exercées par un organisme public*. Le gouvernement allemand a précisé à cet égard qu'un office public pour l'emploi ne pouvait être qualifié d'entreprise, au sens de l'article 86 du traité, *dans la mesure où les services de placement étaient fournis à titre gratuit*. La circonstance que ces activités sont financées principalement par les contributions des employeurs et des travailleurs n'affecterait pas, à son avis, leur gratuité, car il s'agirait de contributions générales qui n'ont aucun lien avec chaque service concret rendu.

Réponse de la Cour:

dans le contexte du droit de la concurrence, d'une part la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement et ... d'autre part, l'activité de placement est une activité économique

- Choc en deux temps :
deuxième choc: obligation pour l'État de se comporter comme un « actionnaire ordinaire »
- Principe de la prohibition des aides d'État (spécificité européenne)
- Présomption d'aide d'État lorsqu'une aide publique est apportée à une entreprise publique
- Présomption qu'un comportement sociétaire anormal est constitutif d'une aide d'État

I. L'USAGE PAR L'ÉTAT DE LA PROPRIÉTÉ POUR RÉGULER L'ACTIVITÉ : L'ENTREPRISE PUBLIQUE

B. LA RÉCUSATION DE L'ÉTAT-ACTIONNAIRE

1. Le choc causé par le Droit de la concurrence

- Sanction pour aide d'État si l'État ne se comporte pas comme un « investisseur » normal, dans l'attente de son « retour sur investissement.
- Étau entre la prohibition de l'abus de position dominante et l'aide d'État
- Art renouvelé de la constitution de « groupe public »
 - Groupe EDF – rapport avec ENEDIS
 - 2017 : *Groupe public ferroviaire*
 - 2020: *Groupe financier public*

I. L'USAGE PAR L'ÉTAT DE LA PROPRIÉTÉ POUR RÉGULER L'ACTIVITÉ : L'ENTREPRISE PUBLIQUE

B. LA RÉCUSATION DE L'ÉTAT-ACTIONNAIRE

1. Le choc causé par le Droit de la concurrence

- Art renouvelé de la constitution de « groupe public »
 - Groupe EDF – rapport avec ENEDIS
 - 2018 : *Groupe Public Unifiés ferroviaire*
 - 2020: *Groupe financier public*

I. L'USAGE PAR L'ÉTAT DE LA PROPRIÉTÉ POUR RÉGULER L'ACTIVITÉ : L'ENTREPRISE PUBLIQUE

B. LA RÉCUSATION DE L'ÉTAT-ACTIONNAIRE

2. La constitution des « Groupes Publics Unifiés » et le Droit de la Régulation

Art renouvelé de la constitution et la gestion de « groupes publics »

Quelques exemples du difficile croisement Droit des sociétés / Droit de la Régulation

Groupe EDF – rapport avec RTE, sa filiale à 100 %

- quid de l'indépendance de RTE, gestionnaire de l'infrastructure par rapport à son actionnaire, qui ne peut donc être son « maître » ?

solution du « **Code d'indépendance** » (solution de « Droit de la Compliance », articulation avec la « gouvernance »)

- quid de l'obligation d'entretien du réseau d'infrastructure par rapport à sa volonté (voire obligation) de retour maximal sur investissement

élaboration des plans d'investissements « validés » par le Régulation »: CRE, déc. 30 juillet 2020. Le régulateur entre les deux.

Art renouvelé de la constitution et la gestion de « groupes publics » Quelques exemples du difficile croisement Droit des sociétés / Droit de la Régulation

Groupe public ferroviaire

– loi du 27 juin 2018 *pour un nouveau pacte ferroviaire*. Maintien de la distinction des activités dans la chaîne (rails et gares monopolistiques, ouverture progressives à la concurrence de l'activité de transport) mais intégration dans un même groupe composé de S.A.

- Ordonnance du 3 juin 2019 sur « la gouvernance du groupe SNCF » : la « gouvernance » est le terme a-juridique pour viser le Droit des sociétés

- SNCF, à la fois pouvoir de holding, mutualisant des fonctions et ayant des activités directes (contestations au nom du Droit de la concurrence et du Droit de la Régulation) : **Avis A.R.T. 9 mai et 8 décembre 2019**

- Supervision d'un régime général (droit des sociétés) et du régime légal propre (GPU et ordonnance spécifique)

Extrait de l'avis de l'Autorité de Régulation des transports sur le décret d'application de l'Ordonnance sur la gouvernance du Groupe Public Unifié ferroviaire

*dans un contexte où la **gestion de l'infrastructure est verticalement intégrée** dans le groupe public unifié, l'**indépendance du gestionnaire** d'infrastructure constitue, ainsi que l'Autorité l'a régulièrement rappelé, un **prérequis indispensable** à l'exercice par les entreprises ferroviaires et les candidats autorisés d'un **droit d'accès** au réseau dans des conditions équitables, transparentes et non discriminatoires. Les garanties d'indépendance du gestionnaire des gares doivent être analysées avec le même degré d'exigence, compte tenu de l'importance stratégique de ces infrastructures essentielles. Au-delà, la répartition des missions entre les différentes entités du groupe public ferroviaire et les règles de fonctionnement de chacune d'entre elles ne doivent pas créer d'incertitudes quant à la capacité de l'organisation mise en place à garantir l'accès de l'**ensemble des entreprises ferroviaires au marché** et, plus généralement, à faire bénéficier l'ensemble du secteur ferroviaire des effets positifs attendus de l'ouverture à la concurrence, conformément à l'objectif porté par la loi du 27 juin 2018, en particulier sur la qualité de service offerte aux usagers*

Art renouvelé de la constitution et la gestion de « groupes publics »

Quelques exemples du difficile croisement Droit des sociétés / Droit de la Régulation

Groupe financier public

- projet de 2018
- Mis en place en mars 2020.

- Droit des sociétés par des prises de participations croisées : Banque Postale / CNP / Caisse des Dépôts

- Objectifs d' « intérêt général » : financement « de proximité »

- Développement de « bancassurance »

- La Poste reste sous le « contrôle » de l'État



- **CNP :**
Banque postale : 62%
- BPCE : 21%
- Flottant : 23 %
- **La Poste SA :**
- État : 100%
- Contrat de régulation
- Convention avec les municipalités

- La fonction de l'Agence française des participations

La création de l'APE en 2004 : service du Trésor (autonomie de conception par rapport au Trésor)

Le poids juridique de l'APE ?

- Conseil du ministre (face aux directions)
- Représentant de l'État ; élabore la doctrine de l'État-actionnaire
- Mais le Droit des sociétés prévaut (cas Engie/Veolia/Suez) et le Droit de la concurrence limite et conforte

I. L'USAGE PAR L'ÉTAT DE LA PROPRIÉTÉ POUR RÉGULER L'ACTIVITÉ : L'ENTREPRISE PUBLIQUE

B. LA RÉCUSATION DE L'ÉTAT-ACTIONNAIRE

2. La volonté par l'État même de se comporter comme un actionnaire ordinaire

- Le principe de l'accroissement de pouvoir politique en droit des sociétés
- Le mécanisme juridique spécifique de « l'action spécifique »
- Les conditions de validité en Droit de la concurrence : CJUE, *Total* , 4 juin 2002 : « raison impérieuse d'intérêt public »
- L'accroissement de sa possibilité par la Loi dite PACTE : transformation à tout moment d'une action ordinaire en action spécifique

II. LA RECONNAISSANCE DE LA PÉNÉTRATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ET COLLECTIF DANS LES ENTREPRISES

A. LES TITRES ET ACTIONNAIRES « PARTICULIERS »

1. *Les golden shares* (action spécifiques)

- Les représentants de l'État dans les structures sociétaires
- Le cas en cours Véolia / Engie sur la prise de contrôle des titres de Suez
- L'État présenté comme un « actionnaire ordinaire »

II. LA RECONNAISSANCE DE LA PÉNÉTRATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ET COLLECTIF DANS LES ENTREPRISES

A. LES TITRES ET ACTIONNAIRES « PARTICULIERS »

2. Les représentants de l'État dans les structures sociétaires des entreprises

- Les effets pervers des distinctions du branche du droit (Droit des sociétés, droit des marchés, droit de la concurrence, droit public)
- Le principe européen de la « neutralité du capital »
- La porosité de la volonté des actionnaires et de la volonté des États dans le système juridique desquels ils vivent : les capitaux extra-communautaires

II. LA RECONNAISSANCE DE LA PÉNÉTRATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ET COLLECTIF DANS LES ENTREPRISES

B. LE BLOCAGE DE LA MISE EN CONTRÔLE DE LA PROPRIÉTÉ DU CAPITAL AU NOM DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

1. Le principe de base de la neutralité du capital

- Les « entreprises nationales »
- Les secteurs protégés des prises de contrôle « extérieures »
- Les lois nouvelles (R.U.)
- Extension des secteurs
- Rapprochement avec la notion proposée d' « entreprises cruciales »
- Les gestionnaires d'infrastructure
- Les gestionnaires de données
- La donnée comme infrastructure

II. LA RECONNAISSANCE DE LA PÉNÉTRATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ET COLLECTIF DANS LES ENTREPRISES

B. LE BLOCAGE DE LA MISE EN CONTRÔLE DE LA PROPRIÉTÉ DU CAPITAL AU NOM DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

2. La multiplication récente du contrôle des entreprises « cruciales »

- Le rapport Notat-Sénard sur l'intérêt collectif
- Le modèle britannique de l'entreprise à mission
- La réforme de l'article 1833 et 1835 du Code civil par la loi du 22 mai 2019 (Loi dite PACTE)

II. LA RECONNAISSANCE DE LA PÉNÉTRATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ET COLLECTIF DANS LES ENTREPRISES

C. L'INTÉRÊT GÉNÉRAL/COLLECTIF DANS L'ENTREPRISE PARTICULIÈRE

1. L'au-delà de l'intérêt particulier dans l'entreprise particulière

Article 1833 du Code civil

Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.

La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.

Article 1835 du Code civil

Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement. Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité.

- Réguler les entreprises sans en être propriétaire et même si elles ne sont pas saisissables dans l'espace tenu par l'Autorité publique
- L'enjeu premier du numérique
- L'enjeu de la Régulation des contenus dans l'espace digital

II. LA RECONNAISSANCE DE LA PÉNÉTRATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ET COLLECTIF DANS LES ENTREPRISES

C. L'INTÉRÊT GÉNÉRAL/COLLECTIF DANS L'ENTREPRISE PARTICULIÈRE

2. L'intérêt général imposé à l'intérêt de l'entreprise elle-même : Réguler les entreprises plutôt que Réguler les espaces

Transformation totale des systèmes de régulation

L'avenir du Droit de la Régulation : LE DROIT DE LA COMPLIANCE