

- 1^{re} PARTIE -

DOCTRINE

LA PROCHAINE RÉGULATION
DES SERVICES PUBLICS DE RÉSEAUX

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE,

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

1. Les services publics d'infrastructure essentielle, que l'on englobe juridiquement dans les services publics industriels et commerciaux, tels le rail, l'électricité, l'eau ou la télécommunication, furent naguère régis comme les autres services publics, dont ils n'étaient qu'une déclinaison un peu particulière, par l'intégration dans l'Etat ou une réglementation s'appliquant directement à des entreprises publiques bénéficiant de droits monopolistiques mais mises en tutelle. Aujourd'hui, la copie est à revoir. Sommes-nous conduits (certains diraient condamnés) à passer de la réglementation à la régulation ?

2. Il s'agirait alors de confier à une personne, le régulateur, ou à un organe de régulation, le soin d'édicter des règles permettant l'équilibre du secteur technique considéré. En France, il est probable que le régulateur prendra la forme d'une autorité administrative indépendante. Bien que les hypothèses soient très diverses, on peut dire d'une façon générale que l'organe de régulation veille à ce qu'un secteur caractérisé par l'existence d'un monopole naturel conserve son équilibre. Le régulateur pourra alors favoriser les entrants sur le marché, obliger le gestionnaire de l'infrastructure à l'ouvrir à des entreprises concurrentes, veiller à la rectitude des prix pratiqués, voire fixer lui-même les prix, imposer des calculs de péréquation, etc.

3. Rarement question technique, juridique, politique, a autant occupé la presse générale, voire occupé les rues lorsque des mouvements sociaux se sont appuyés sur la défense du service public, notamment dans son lien naturel avec l'Etat. Faut-il couper aujourd'hui le cordon ombilical ? Il faudrait alors passer de la réglementation et de la tutelle administrative sur des entreprises publiques monopolistiques à la régulation par un organe indépendant d'un secteur mis en concurren-

rence dans lequel l'entreprise en question, privatisée ou non, continue d'occuper une place de choix, si ce n'est une position dominante. La régulation fleurit bon l'expérience anglaise : voilà pour beaucoup une raison supplémentaire de la considérer avec grande circonspection. Les importations de produits anglais ne semblent guère nous réussir.

4. Si le Gouvernement ou divers groupes liés souvent à des entreprises publiques, ont suscité rapports sur rapports sur le thème de la régulation, c'est sans doute en raison de la technicité de la question, mais c'est aussi pour se rassurer devant cette nouveauté cruciale qu'il faut aujourd'hui envisager : la transformation de secteurs techniques vitaux régis désormais par un corps de règles dont l'origine n'est ni l'Etat ni le juge ; l'arrivée de ce personnage mystérieux qu'est le régulateur et entre les mains duquel semblent se concentrer tous les pouvoirs. Nous n'en avons en France que des expériences limitées et incomplètes. Sans doute la C.O.B. et le C.S.A. sont les seuls organismes pouvant se prétendre régulateurs. Ils ne manquent d'ailleurs jamais de le faire tant le discours de la régulation semble bien porté, frappé par le sceau de la modernité et de la technicité.

5. Mais la régulation est bien davantage qu'une astuce terminologique, anglicisme douteux choisi pour rajeunir de vieilles idées, comme on le soupçonne lorsqu'on lit par exemple sous des plumes de sociologues distingués que le juge est un « régulateur » de la société. Il faut éviter d'affadir ainsi ces vocables car le thème de la régulation n'est pas né de l'imagination langagière, mais dans la théorie économique de la régulation. La régulation, dont le cœur est le plus souvent constitué par les calculs de péréquation, vise à échapper à la détermination des prix par le marché sans s'en remettre à l'arbitraire d'une administration. En cela, ni le juge, qui ne peut jouer que le rôle de garde-fou d'un fonctionnement correct d'un marché dont les mécanismes lui échappent, ni l'administration classique, qui édicte des règles sans rendre compte de leur substance, ne peuvent être régulateurs.

6. A cette nouvelle façon d'édicter des règles et essentiellement des prix, des charges d'accès aux réseaux, etc., correspond naturellement cette autorité de régulation dont on voit la première figure dans la nouvelle loi sur les télécommunications. L'évolution est rapide et ses résultats relativement imprévisibles. Il est donc fort difficile de poser *ex cathedra* ce qu'est la régulation des services publics de réseaux. A chaque auteur, semble correspondre une conception. A chaque secteur technique, semble s'attacher un régulateur original.

7. On peut cependant souligner ici ce qui semble caractériser la régulation : la complexité. Il s'agit même d'une dialectique de la complexité. En effet, c'est la complexité d'un secteur, sa complexité technique et celle des objectifs qu'on veut lui imposer, sa complexité sociale, qui justifie la régulation. Mais celle-ci va nécessairement engendrer une complexité grandissante dans l'ordre juridique.

Cette complexité s'opère en transitivité : les complexités techniques et sociales justifient un mécanisme qui, dans le même temps qu'il satisfait ces deux premières, accroît à son tour la complexité du système juridique. Qu'on l'approuve au nom de la complexité grandissante des sociétés ou qu'on s'en désespère en évoquant un âge d'or de la simplicité, il semble bien que la complexité sera la marque de la régulation. Elle est déjà celle de notre temps, la régulation ne faisant que lui donner acte. Et si l'on ne peut échapper à la complexité technique et sociale des secteurs considérés, il faudra en revanche comprendre et juguler le plus rapidement possible les difficultés juridiques nouvelles nées d'une régulation qui s'impose.

I. - La complexité des services publics de réseaux, cause de la régulation.

8. Il convient d'envisager plusieurs types de complexité qui peuvent caractériser un secteur d'infrastructure de réseaux. Suivant que l'on fait prévaloir l'un ou l'autre, la régulation peut changer de nature. Ici, la complexité peut venir de la technique elle-même. On peut penser par exemple que les progrès fulgurants des télécommunications ont fait naître des enjeux jusqu'ici inconnus, tels l'interopérabilité des réseaux téléphoniques, qui engendrent de nouveaux types de stratégies et de conflits et nécessitent une régulation spécifique. Il s'agit alors d'une régulation par expertise.

9. Si l'on privilégie cette perspective, l'organe de régulation doit avant tout être composé de personnes compétentes et reconnues par les opérateurs. La régulation peut même s'incarner dans une personne physique : le régulateur, selon le modèle anglais. Si l'on en reste à une tradition de collégialité et d'une plus grande neutralité, il convient alors de composer l'organe de régulation en grande partie des professionnels eux-mêmes. On peut évoquer sur ce modèle le Conseil des bourses de valeur.

10. L'importance de la dimension technique du secteur considéré conduit à mettre en place autant de régulateurs qu'il y a de réseaux concernés. Après le régulateur des télécommu-

nications, vont peut-être venir, comme dans bien d'autres pays européens, le régulateur de l'électricité, le régulateur du rail, etc. Il y aura alors comme une hachure de la régulation qui correspond à une autonomie technique. Cette prévalence trop marquée des différences techniques par rapport à ce qui peut être facteur d'unité, notamment les considérations de service public, risque de morceler excessivement la régulation et peut constituer une dérive technicienne d'un droit fait par les ingénieurs.

11. Mais la complexité peut être **juridico-économique**, lorsqu'elle tient au fait que le passage d'un secteur technique, d'une organisation de monopole, à une organisation en concurrence, constitue une période délicate de turbulence. Il faut en effet susciter des concurrents et éviter la reconstitution de monopoles. La qualité de cette transition est le gage de l'établissement d'un marché concurrentiel satisfaisant. Pour cela, le droit commun de la concurrence et les autorités ordinaires ne suffisent pas dans la mesure où les déséquilibres, déjà inhérents à cette transition, ne prennent pas nécessairement la forme de comportements anticoncurrentiels ou de prix discriminatoires. Il peut s'agir de regroupements d'entreprises par des procédures financières ou boursières licites ou bien de pratiques ordinaires de prix de marché.

12. Si l'on considère cela, le régulateur est avant tout un **organe de transition**. Il l'est au double sens du terme, dans la mesure où il a pour fonction de permettre le passage d'une situation de monopole à une organisation de marché concurrentiel et où il cessera d'exister le jour où celle-ci sera établie. Le régulateur général, constitué en France par le Conseil de la concurrence, pourra alors retrouver son empire. La régulation comme coup de pouce vers la concurrence.

13. Mais la complexité perdurera si elle puise sa source dans l'existence d'autres impératifs que ceux du marché concurrentiel. Il s'agit de la complexité sociale que prend en considération la théorie classique du **service public**. A travers la notion plus communément partagée en Europe de service universel, il s'agit d'imposer que chacun puisse avoir accès pour une somme raisonnable à un service que l'on estime essentiel dans l'état du développement économique et social d'une société donnée. Il en est ainsi de l'eau, de l'électricité, du téléphone ordinaire et du service postal de base. Or, le marché ne peut prendre en charge de telles préoccupations de nature politique puisqu'il repose sur un mécanisme d'exclusion. La justice sociale prendra alors la forme d'une régulation contraignante.

14. Si l'on estime que la régulation englobe cet objectif, on pourrait résister ici au courant moderniste et relever que seul l'Etat et son administration ont le pouvoir et la souveraineté nécessaires pour imposer l'existence de mécanismes de justice distributive, par exemple à travers des fonds de péréquation. On peut aussi penser que l'Etat a le pouvoir de poser de tels objectifs et le régulateur de veiller à les mettre en œuvre. Toujours est-il que dans une telle perspective, où le service du public devient primordial, l'organe de régulation devrait accueillir en son sein des représentants des consommateurs, voire des représentants de services sociaux.

15. Et si, reprenant l'ensemble, l'on devait considérer que les secteurs considérés sont tout à la fois d'une technicité grandissante, dans une situation de grande fragilité en raison

d'un passage, acquis, programmé ou probable, d'une situation de monopole à une situation de concurrence, et devant néanmoins garder l'empreinte d'impératifs sociaux essentiels, alors la régulation s'impose.

Certes, il ne s'agit pas de faire table rase car la régulation s'articule elle-même sur l'Etat et le législateur qui fixent la mission du régulateur, et sur le juge qui a vocation à contrôler l'activité du régulateur. En cela, la régulation va entraîner une complexité grandissante du système juridique.

II. - La complexité du système juridique, conséquence de la régulation.

16. La première complexité à laquelle on peut songer tient dans la multiplication des régulateurs. Certains avaient évoqué les conflits de compétence susceptibles de naître par exemple entre le Conseil de la concurrence et la C.O.B. Mais qu'en sera-t-il entre le régulateur du rail et le régulateur du transport aérien, par exemple, si ceux-ci doivent voir le jour ? On mesure aisément les difficultés à venir lorsqu'on observe les difficultés du Parlement à répartir les compétences entre le C.S.A. et le nouveau régulateur des télécommunications. Tant les conflits positifs que les conflits négatifs sont à craindre et plus la frontière est dentelée, comme en l'espèce, plus les difficultés d'application sont probables.

17. Certes, en dehors de l'hypothèse d'une régulation de transition qui épuiserait son existence à l'aune de la réussite de son activité, - rêve que dément souvent la loi sociologique comme quoi tout organe créé déploie beaucoup plus d'activité à se maintenir qu'à se retirer de la scène -, on pourrait songer à regrouper sous un même organe de régulation des secteurs techniquement éloignés mais qui sont proches pour les usagers. On pourrait donner un prolongement institutionnel à l'existence de la concurrence intermodale, telle qu'elle se développe par exemple entre l'avion, le rail et la route. Une régulation intermodale pourrait en outre permettre d'éviter des distorsions dommageables.

18. Mais ce resserrement du nombre de régulateurs spécialisés ne permettra pourtant pas d'éviter des conflits. Seul un régulateur unique pourrait l'éviter et l'argument est alors avancé de la supériorité à ce titre du Conseil de concurrence. L'existence de celui-ci souligne un autre type de conflit : celui du droit commun de la concurrence et de la technique spéciale de la régulation. Ainsi, lorsque la régulation s'opère par les prix, le droit de la concurrence peut aussi jouer, sauf au législateur à l'exclure. Il peut fonctionner en concurrence avec le régulateur, lorsqu'il s'agit de surveiller les opérateurs. On ne peut exclure qu'il puisse intervenir contre le régulateur, si celui-ci favorise un opérateur par rapport à un autre. La multitude d'études sur ce que l'on appelle la capture du régulateur fait penser que l'hypothèse ne restera pas d'école.

19. Enfin, la complexité du système juridique née de la régulation va venir des voies de recours. Il est impératif que tout intéressé puisse contester la décision d'un régulateur devant un organe de contrôle. Il pourra s'agir d'un organe administratif ou d'un juge, administratif ou judiciaire. L'autorité même du régulateur est à ce prix, la juridictionnalisation du contrôle étant très fortement marquée en France, qu'il s'agisse des autorités de l'audiovisuel, du marché financier ou du marché des biens et services. Ce contrôle juridictionnel paraît aller de soi.

20. Mais nous allons alors malheureusement passer de la complexité à la complication, comme on peut le craindre à travers la loi sur les télécommunications. Pour un même régulateur, le recours sera parfois devant le juge administratif et parfois devant le juge judiciaire. Il est probable que nous retrouverons sous d'autres formes les affaires de la *Ville de Pamiers* et de la *Compagnie des Diamantaires d'Anvers*...

21. Mais il convient d'observer ici que l'ampleur de la complication ne résulte pas de la régulation elle-même mais de cette spécificité française aujourd'hui inopportune d'une *summa divisio* entre l'ordre des juridictions administratives et l'ordre des juridictions judiciaires. Il est certain que le droit français, s'il mettait fin à cette complication devenue sans objet, pourrait mieux accueillir une complexité inévitable née d'évolutions techniques et sociales en matière de services publics de réseaux, complexité à laquelle il doit s'efforcer d'être adéquat.

DROIT DE LA CONCURRENCE INTERNE ET COMMUNAUTAIRE

GROSSISTE EN SALONS DE CUIR



INTER DECOR

6/8, rue Henri Luisette 94800 VILLEJUIF

Tél. 01 46 77 82 00

Fax. 01 46 77 81 82



FOURNISSEUR
COMITÉ D'ENTREPRISE
DEPUIS 1989

350 m²
d'EXPOSITION

Livraison Gratuite France entière

RECOMMANDÉ
PAR LES REVUES
« PARIS PAS CHER »
« PARIS COMBINE »



Canapé 3 places
+ 2 fauteuils :
Vachette, Buffalo,
Cuoiletto, Nubuk,
Alcantara, Taureau

Vendu de
28 000 F
à 75 000 F

CÉDÉ de
9 900 F
à 33 500 F