

Quel bilan de l'ouverture à concurrence des SPIC en réseau ?

Actes du colloque du 22 janvier 2021, Le centenaire de l'arrêt Bac d'Eloka, Retour sur les SPIC

Cubaynes Camille, Docteur en droit, Enseignant chercheur contractuel, IMH

93 000 caractères

*

**

Introduction.

S'interrogeant, en 1971, sur les incidences du droit communautaire sur certaines formes d'action de l'administration française, le professeur Roland DRAGO, concluait son propos en ces termes : « *la transformation du droit administratif français sous l'effet du droit communautaire n'est pas encore perceptible pour le profane. [...] Une recherche systématique en montrerait [cependant] des exemples dans des domaines inattendus. Une véritable compétence liée est apparue, portant certes sur les objectifs et non sur les moyens, qui conduit les autorités françaises à modifier progressivement les institutions administratives, mêmes celles qu'on pouvait, en 1957, considérer comme totalement étrangères aux objectifs du Marché Commun* »¹. Était ainsi notamment évoquée l'influence naissante du droit communautaire sur le régime des entreprises publiques et sur les grands monopoles nationaux de service public.

Le sujet allait, par la suite, largement faire parler de lui. On ne compte plus les rapports², colloques³, dossiers⁴ ou articles⁵ qui y sont consacrés. Il faut dire que thème est particulièrement

¹ Roland DRAGO, « Les incidences des communautés européennes sur certaines formes d'action de l'administration française » in *Les Communautés européennes et le droit administratif français* (colloque, octobre 1971), Faculté de droit et des sciences politiques et Institut de recherches juridiques de Strasbourg, 1972, p. 189-205.

² Groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques, *Rapport sur les entreprises publiques* (dit Rapport Nora), 1967 ; Conseil d'État, *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, Rapport public 1994, EDCE, n° 46, 1995 ;

³ Les Communautés européennes et le droit administratif français, Faculté de droit et des sciences politiques et Institut de recherches juridiques de Strasbourg, 1972 ; *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, éditions ASPE/Europe, 1995 ; *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, 1998 ; *La documentation française Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, dir. Stéphane BRACONNIER et Jean-Bernard AUBY, L.G.D.J., 2003 ;

⁴ « Les services publics de réseaux dans le cadre du droit communautaire », *Les cahiers du GERSE*, Université de Nancy, II, n° 1/1997 ; « L'impact du droit de l'Union européenne sur les services publics en réseaux », *Énergie — Environnement — Infrastructures*, Octobre 2016, n° 10 ; « Le nouveau pacte ferroviaire » (loi numéro 2018-515 du 27 juin 2018), *RFDA*, Septembre 2018, n° 5.

⁵ Il est impossible de vouloir les répertorier ici. À titre d'exemple on peut rapporter : Dominique BERLIN, « L'adaptation du régime juridique des entreprises publiques aux normes internationales et européennes », *RTDE*, 1983, 233-285 et 393-442 ; Robert KOVAR, « La peau de chagrin ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics », *Europe*, Juillet 1992, p. 1-4 ; Nicole BELLOUBET-FRIER, « Service public et droit communautaire », *AJDA*, Avril 1994, p. 270-285 ; Michèle VOISSET, « De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics

sensible, spécialement dans l'hexagone où la notion de « service public à la française » est aussi tumultueuse qu'elle est protéiforme⁶. Les termes du débat seront rappelés rapidement⁷. Le droit de l'Union européenne ne s'est pas immédiatement intéressé aux activités de service public. Son objet principal était de réaliser le marché commun et c'est pourquoi il s'intéressait spécialement aux relations économiques. Il est pourtant rapidement apparu que les activités désignées par les États membres comme de service public et dont l'Union ne se préoccupait pas jusqu'alors comportaient en réalité des incidences économiques, spécialement les activités marchandes. C'est à ce titre qu'une grande importance a été accordée aux services publics en réseaux qui ont une vocation intégratrice forte. C'est ainsi que, soucieuse de procéder à l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux nationaux, la législation européenne a, par paquets successifs de directives, progressivement réglementé les activités de réseaux, puis les activités de service public de réseaux. Précisément, le mouvement a consisté à ouvrir ces réseaux à la concurrence⁸, ce qui a engendré différentes conséquences, particulièrement fortes en France où les services publics industriels et commerciaux en réseaux étaient souvent gérés sous forme de monopoles publics.

À ce stade de l'étude, la définition des termes clés est importante. Si les réseaux de service public sont largement identifiés aux SPIC en droit interne, ils peuvent désigner dans un sens large tout « *regroupement de gens partageant les mêmes valeurs ou la même finalité [afin] d'obtenir des résultats intéressants pour les membres du groupe ou les idées qu'ils défend[ent]* »⁹. Ainsi que le notait Aurore LAGET-ANNAMAYER dans sa thèse, « *La notion de services publics en réseaux est transversale car elle recouvre non seulement un aspect technique et économique mais également juridique* »¹⁰. L'ingénieur insistera ainsi sur la

industriels et commerciaux », *RFDA*, Avril 1995, n°3, p. 304-319 ; Marceau LONG, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », *RFDA*, Mai 1995, p. 497-503.

⁶ Jean-Marie PONTIER, « Sur la conception française du service public », *Recueil Dalloz Sirey*, Janvier 1996, n°2, p. 9-14 ; Henri OBERDORFF, « Signification de la notion de "service public à la française" », in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché (colloque, octobre 1996)*, dir. Robert KOVAR et Denys SIMON, Tome 2, La documentation française, p. 89-102.

⁷ Sur le sujet, voir notamment Jean-François AUBY, *Les services publics en Europe*, Collection Que sais-je ?, PUF, 1998 ; Michel BAZEX, « L'appréhension des services publics par le droit communautaire », *RFDA*, Avril 1995, p. 295-303.

⁸ L'expression « ouverture à la concurrence » sera préférée à celle de « libéralisation » en ce qu'elle semble plus fidèlement décrire le mouvement opéré. Plus que de procéder à une ouverture totale des secteurs concernés qui seraient désormais déliés de toute contrainte, il s'agit d'une ouverture encadrée à la concurrence, assortie par exemple de régimes d'autorisations préalables. Sur le sujet, voir Benoît DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J., 2^e édition, 2018, p. 438, § 877. Dans le même sens, plus qu'une déréglementation, c'est un nouveau cadre de régulation qui est mis en place : Nicolas CURIEN, *Économie des réseaux*, Collection Repères, 2005, p. 71.

⁹ Alain JUILLET, Préface à l'ouvrage *Les réseaux de service public, Menace ou opportunité pour l'action publique*, dir. Christophe ASSENS, Presses de l'EHESP/RESP, 2015, p. 5. Sont ainsi désignés les réseaux professionnels, les réseaux des écoles de service public, réseaux d'éducation prioritaire...

¹⁰ Aurore LAGET-ANNAMAYER, *La régulation des services publics en réseaux*, Thèse, Paris V, 2001, LGDJ, 2002, p. 11.

prise en compte de la dimension physique du réseau et sur sa topologie. L'économiste retiendra la fonction du réseau qui a pour objet principal la rencontre entre fournisseurs et consommateurs de biens ou de services, c'est-à-dire l'intermédiation¹¹. Le juriste pourra vouloir définir le réseau selon le régime qui lui est imposé¹². Souvent, il est proposé de retenir les deux composantes essentielles du réseau que sont l'utilité publique à laquelle il satisfait, et sa nature particulière de réseau¹³. À cet égard, « *la particularité des réseaux est d'associer intimement une infrastructure de base étendue et lourde à une prestation de services pour satisfaire les consommateurs. [...] Ces infrastructures auxquelles sont connectés de nombreux utilisateurs, dans les domaines des transports, de l'énergie et de l'information, présentent le plus souvent un caractère essentiel pour la population par leurs poids et leurs caractéristiques techniques, juridiques et économiques* »¹⁴. Puisqu'il s'agit ici d'étudier les incidences du droit de l'Union européenne sur les SPIC, ne seront évoqués que les SPIC nationaux. C'est sur eux en effet que les conséquences sont les plus directes. Les SPIC locaux obéissent quant à eux à une gestion et surtout une régulation spécifiques, qui justifient qu'ils soient écartés de l'analyse¹⁵. Plus particulièrement seront étudiés les secteurs des transports à travers la SNCF, celui des télécommunications à travers Orange (ex. France Télécom) et La Poste, et celui de l'énergie au travers des cas de EDF et d'Engie (ex. GDF).

Écrire aujourd'hui sur les SPIC en réseau peut paraître ambitieux, voire téméraire. Le risque est celui d'une répétition sans apport novateur. Quarante ans après que le mouvement d'ouverture à la concurrence ait été initié, il semble cependant instructif de faire un bilan d'étape. Si l'ouverture des monopoles français des SPIC en réseaux suscita en son temps des craintes, nous verrons que celles-ci ont été globalement apaisées, qu'il s'agisse de leur objet, ou de leur ampleur (I). Dans le même temps, les attentes liées à cette ouverture à la concurrence n'ont été que partiellement exaucées. Plus précisément, les retombées positives espérées d'une concurrence effective ne sont pas encore sensibles (II).

Au terme de l'analyse, le regard porté en 2021 sur l'ouverture à la concurrence des SPIC en réseaux est donc moins passionné que celui des années 1980. Il est moins alarmant car les conséquences les plus redoutées ont été corrigées. Il est également peut-être moins candide, car si

¹¹ En ce sens, voir Nicolas CURIEN, *Économie des réseaux*, Collection Repères, 2005, p. 6-8.

¹² Stéphane de la ROSA, « L'accès au réseau » (Dossier sur le nouveau pacte ferroviaire, loi n° 2018-515 du 27 juin 2018), *RFDA*, Septembre 2018, n° 5, p. 874-881 : les réseaux sont « *caractérisés par une dissociation des fonctions d'exploitation et de gestion et un abandon des structures monopolistiques au profit d'une pluralité d'opérateurs* ».

¹³ Benoît DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, 2^e édition, L.G.D.J., 2018, p. 438, § 876.

¹⁴ Aurore LAGET-ANNAMAYER, *La régulation des services publics en réseaux*, Thèse, Paris V, 2001, LGDJ, 2002, p. 12.

¹⁵ S'opposent ici la régulation décentralisée par contrat opérée par les collectivités territoriales et la régulation centralisée par les autorités administratives indépendantes. Sur le sujet, voir Bertrand du MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Amphi, Dalloz, 2004, p. 479. De façon générale, sur le sujet des SPIC locaux, voir la contribution du Pr Julien MARTIN : SPIC nationaux et SPIC locaux.

les conditions de la concurrence ont été posées, celle-ci n'est pas encore effective. Le chemin parcouru n'est à l'évidence pas négligeable, mais il est encore inachevé.

I. DES CRAINTES GLOBALEMENT APAISÉES

Initié dans les années 80, le mouvement d'ouverture à la concurrence des grands monopoles fut assez général. Il trouve son inspiration dans les lois antitrust aux États-Unis d'Amérique, dans une volonté politique de libéralisation au Royaume-Uni et pour beaucoup de pays européens fut opéré sous l'impulsion des différentes directives communautaires¹⁶. Le démantèlement de ces grands monopoles de SPIC suscita, au fur et à mesure que son champ d'action grandissait de nombreuses craintes, tout particulièrement en France. Jusqu'alors exercées par des établissements publics investis de droits exclusifs, contrôlant des infrastructures essentielles, ces activités ont en effet été ouvertes à la concurrence et soumises à différentes autorités de régulation. La littérature juridique de l'époque emprunte alors au lexique guerrier pour décrire ce mouvement¹⁷. Cet emportement traduit de véritables craintes dont la désormais célèbre formule du rapport public du Conseil d'État pour l'année 1994 témoigne nettement : « *L'Europe n'instruit pas le procès du ou des service(s) public(s) ; elle fait pire ; elle ignore largement la notion de service public et l'existence de services publics* »¹⁸. La première de ces craintes portait sur la préservation d'une certaine qualité du service public. Notre bilan d'étape permet de constater que celle-ci fut apaisée, certes non sans combat. Si le contenu des prestations des SPIC en réseau a évolué en raison notamment de leur soumission à la concurrence, leur qualité globale a été maintenue (A). Cette crainte de perte de qualité était également liée à celle d'un désengagement massif de l'État sur les secteurs concernés en raison de leur privatisation. L'influence de celui-ci sur la politique globale des services en réseaux a toutefois pu être maintenue. Les modalités de son expression ont été renouvelées et un meilleur départ entre la figure de l'État puissance publique et de l'État actionnaire doit être salué (B). S'agissant enfin de la crainte de complexité inhérente à la régulation du nouveau système

¹⁶ Il est intéressant de noter que si l'ouverture à la concurrence des grands monopoles trouve sa source dans le droit communautaire, elle a par la suite été prolongée dans des secteurs où le droit européen ne l'imposait pas. On pense par exemple à l'ouverture à la concurrence du secteur des jeux en ligne ou à celle du transport interurbain par autocar.

¹⁷ À titre d'exemple : Nicole BELLOUBET-FRIER, « Service public et droit communautaire », *AJDA*, Avril 1994, p. 270-285 : « *L'idéologie d'un grand marché ouvert s'est rapidement dotée d'armes juridiques efficaces qui peu à peu se sont révélées de véritables machines de guerre contre les entreprises investies d'une mission de service public* » ; « *le service public a été frontalement attaqué* » ; « *Les deux adversaires se font désormais face* ». Pour certains, c'est le « *procès* » même du service public qui est instruit : Marceau LONG, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », *RFDA*, Mai 1995, p. 497-503.

¹⁸ Conseil d'État, *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, Rapport public 1994, EDCE, n° 46, Avril 1995, p. 38.

concurrentiel, celle-ci ne peut être niée. Une forme de rationalisation est cependant en train de s'opérer (C).

A. La baisse de la qualité du service public (de réseau) : une crainte soulagée

1. Les craintes

Sans être spécifique aux services publics industriels et commerciaux exercés en réseaux, la crainte d'une perte de qualité du service rendu en raison des conséquences de l'ouverture à la concurrence posait, en ce domaine, des difficultés supplémentaires. Les SPIC en réseaux ont en effet été profondément bouleversés par l'ouverture à la concurrence, et c'est tout le modèle français d'organisation, basé sur le monopole, qui a été remis en cause¹⁹. À cet égard, l'ouverture à la concurrence, si elle bouleversa les anciens monopoles, justifia également l'évolution du statut de l'opérateur historique de l'établissement public à la société anonyme et fut parfois prolongée par une privatisation²⁰. Le changement de paradigme inquiéta. Ce sont la qualité et l'amplitude des prestations offertes que l'on craignait de voir se réduire ou disparaître²¹. C'est d'ailleurs à cette époque que la référence à la notion de « service public à la française » fut érigée comme « *bannière*

¹⁹ En ce sens Jean-Marie PONTIER, « Sur la conception française du service public », Recueil Dalloz Sirey, Janvier 1996, n°2, p. 9-14 : « *Le débat sur les services publics tend à se centrer, donc à se réduire et, finalement, se fausser, sur les entreprises publiques[...] Les entreprises publiques se trouvent au premier plan de l'actualité et du débat [...] parce que ces entreprises [...] concentrent les contradictions résultant de la juxtaposition d'une logique économique, d'une logique nationale et d'une logique sociale, et parce qu'elles sont le plus directement mises en cause par les règles communautaires relatives à la concurrence* ».

²⁰ La nécessité de procéder à une privatisation de ces établissements est ainsi très rapidement apparue : Michèle VOISSET, « De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux », *RFDA*, Avril 1995, n°3, p. 304-319. Ces privatisations furent, en leur temps, également source d'inquiétude sur la qualité des prestations concernées en raison des spécificités inhérentes à la privatisation d'une entreprise gestionnaire de service public : Frédéric MARTY, « La privatisation des services publics : fondements et enjeux », in *Bientôt privés de services publics ? Regards croisés sur l'économie*, 2007, p. 90-105. Sur le sujet de la sociétisation et de la privatisation, voir *infra*, I, B, spé. 1.

²¹ Michèle VOISSET, « De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux », *RFDA*, Avril 1995, n°3, p. 304-319 : « *Le droit étatique est le produit d'une histoire et d'une culture. Le droit communautaire est pour l'instant a-culturel ou pluri-culturel et n'est pas assis sur un vouloir-vivre ensemble réel. [...] la régulation des services publics s'appuie, aujourd'hui, essentiellement sur les règles de concurrence, « droit commun » en la matière, qui peuvent vider de sens les activités de service public ou amener à un usage pervers des règles internes classiques* » : Michèle VOISSET, « De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux », *RFDA*, Avril 1995, n°3, p. 304-319. Dans le même sens, certains évoquaient « *l'alter[ation] de] la nature même des prestations de service public* » Nicole BELLOUBET-FRIER, « Service public et droit communautaire », *AJDA*, Avril 1994, p. 270-285 ; Jean-Marie PONTIER, « Sur la conception française du service public », Recueil Dalloz Sirey, Janvier 1996, n°2, p. 9-14.

pour la défense de notre conception » du service public²². Elle avait pour objet de traduire les difficultés et surtout le risque, de résoudre cette conception à ce qui était appréhendé comme une « *logique libérale animée par une confiance sereine et à peine tempérée dans les mécanismes du marché et de la concurrence* » du droit communautaire²³.

Cette crainte d'une conception trop commerciale et financière de la gestion du service public était liée à la soumission des entreprises gestionnaires de service public aux logiques du marché. Dans cette situation, tout l'enjeu consiste en la préservation des missions d'intérêt général dont l'accomplissement n'est pas toujours conforme à l'objectif premier de potentiels investisseurs privés — quand bien même ceux-ci ne seraient pas majoritaires — à savoir : assurer la maximisation des profits. C'est donc un risque d'écrémage du marché qui est redouté, c'est-à-dire une concentration sur les activités rentables où les prix sont supérieurs aux coûts et l'abandon des activités non rentables, bien qu'utiles socialement²⁴. Il convient alors, pour protéger le service public, d'assigner les missions concernées à un opérateur et de l'indemniser pour la charge correspondante.

2. La conciliation du marché et du service public²⁵

Les craintes rapportées étaient légitimes. De 1957 jusque dans les années 1990 le droit communautaire avait en effet comme souci principal l'achèvement du marché unique, et notamment l'essor de grands réseaux transeuropéens dans les domaines ferroviaires, aériens, des télécommunications, du gaz, de l'électricité ou des postes²⁶. La Commission européenne a donc privilégié l'application de l'article 86 TCE §1 (nouvel article 106§1 TFUE) qui soumet toutes les entreprises publiques et entreprises dotées de droits spéciaux ou exclusifs aux règles du traité et notamment aux règles de concurrence. Cette application stricte des règles de concurrence se heurta cependant à la résistance des États membres dotés d'une forte tradition de service public et c'est

²² Jean-Marie PONTIER, « Sur la conception française du service public », Recueil Dalloz Sirey, Janvier 1996, n°2, p. 9-14 ; Henri OBERDORFF, « Signification de la notion de "service public à la française" », in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché (colloque, octobre 1996)*, dir. Robert KOVAR et Denys SIMON, Tome 2, La documentation française, p. 89.

²³ Robert KOVAR, « La peau de chagrin ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics », *Europe*, Juillet 1992, p. 4.

²⁴ Nicolas THIRION, « Privatisations d'entreprises publiques, économie de marché et transformation des systèmes juridiques étatiques : un processus inéluctable ? », *Pyramides*, 2, 2000, p. 85-110, spé. § 46.

²⁵ De façon générale, sur le sujet, voir Conseil d'État, Rapport public 2002 : jurisprudence et avis de 2001. *Collectivités publiques et concurrence*, EDCE, 2002, spé. p. 337 et s.

²⁶ À cet égard, l'un des objets principaux de l'Acte unique européen était explicitement d'achever la réalisation du marché intérieur. En ce sens également, voir le Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil Européen, L'achèvement du marché intérieur, COM(85)310 final, Juin 1985, spé. p. 28 et s.

pourquoi la position du droit communautaire évolua. Alors qu'il avait jusque-là surtout été question de l'application des articles 81 et 82 du TCE (nouveaux articles 101 et 102 TFUE) sur la prohibition des accords d'entreprises et l'exploitation abusive de la position dominante, et du §1 de l'article 86 TCE, c'est désormais le §2 qui sera mis en œuvre, principalement au profit des entreprises de réseaux. Celui-ci dispose en effet que la soumission au droit de la concurrence n'est imposée que « dans les limites 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 ». Présente dès le traité de Rome²⁷, cette assertion qui n'a jamais été modifiée dans les différentes versions du traité fera l'objet d'interprétations favorables par la Cour de justice. Celle-ci reconnaîtra dans les arrêts *Paul Corbeau*²⁸ et *Commune d'Almelo*²⁹ la possibilité de conférer à une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG), des droits exclusifs, limitant voire excluant toute concurrence, pour assurer l'accomplissement de la mission qui lui est confiée, dès lors que l'entreprise ne dispose d'aucun autre moyen techniquement possible ou économiquement réalisable pour ce faire. L'État peut par ailleurs valablement opérer une péréquation financière en organisant la compensation entre des secteurs rentables et des secteurs non rentables. Ce faisant la Cour de Justice reconnaît la situation spécifique de l'entreprise chargée du SIEG par rapport à ses concurrents, libres de ne pas prendre en charge cette mission d'intérêt général non rentable. La compensation financière des obligations de service public sera ensuite précisée à la lumière de l'article 87 TCE (nouvel article 107 TFUE) sur les aides d'État dans les arrêts *Ferring*³⁰ et *Altmark Trans*³¹ par la suite complétés et précisés par les paquets Monti-Kroes du 28 novembre 2005³² et par Almunia du 20 décembre 2011³³.

Cette attitude favorable à la reconnaissance et à la préservation des « missions particulières » imparties aux entreprises chargées d'un SIEG sera confortée par la référence à la notion de service universel (SU). Bien qu'elle ait été fortement critiquée en droit interne car assimilée à un « service

²⁷ Sur le sujet : Jean-Yves CHÉROT, « L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau », *AJDA*, Mars 1996, n° 3, p. 171-182.

²⁸ CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, aff. C-320/91.

²⁹ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92. Dans le même sens, CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c/ France*, aff. C-159/94.

³⁰ CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, aff. C-53/00.

³¹ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, aff. C-280/00.

³² Sont ainsi désignés une décision, une directive et un encadrement communautaire.

³³ Désignant une communication, un règlement et une décision. Sur le sujet : Grégory KALFLÈCHE et Jean-Gabriel SORBARA, « Les compensations de service public du Paquet Almunia, une obscure clarté », *Revue Europe*, Juin 2012, n° 6, p. 26-31.

de base »³⁴, sorte de service public *minimum* dans un environnement concurrentiel³⁵, la notion de service universel a évolué. Définie comme reposant « sur le souci d'assurer partout un service de qualité à un prix abordable pour tous », la possibilité a rapidement été reconnue aux États membres de définir des missions supplémentaires à ce titre³⁶. Sans qu'il ne soit ici question de faire l'analogie entre service public et SU³⁷ ni même SIEG³⁸, il est possible d'estimer que ces notions permettent de préserver une certaine amplitude et qualité de la prestation de SPIC en justifiant notamment leur exception au principe et conséquence de la mise en concurrence.

Avec le recul, il apparaît que l'organisation de nos grands SPIC nationaux sous forme de monopoles publics, si elle avait pour mérite d'être plus simple, n'était pas indispensable à l'accomplissement des missions de service public. Leur préservation ne passe pas nécessairement par une propriété et une gestion publiques³⁹. Il importe surtout de s'assurer que ces missions sont toujours exercées et qu'elles le sont à un coût et selon une qualité définie par le législateur⁴⁰. Pour cela, la contractualisation s'avère un outil intéressant en ce qu'elle développe l'autonomie de l'opérateur en charge du service lorsque c'est encore une entreprise publique, de même que son adhésion, du fait de son association à l'édiction de la norme⁴¹. Ce mouvement de contractualisation

³⁴ Michèle VOISSET, « De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux », *RFDA*, Avril 1995, n°3, p. 304-319 : « *Le service universel et/ou de base ne coïncide pas avec la notion française de service public industriel et commercial. Il a un sens plus restrictif* ». Le vice-président du Conseil d'État insistait quant à lui sur la nécessité « de ne pas aligner le service public sur les normes minimales du « service universel » : Marceau LONG, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », *RFDA*, Mai 1995, p. 497-503.

³⁵ Marc DEBÈNE et Olivier RAYMUNDIE, « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA*, Mars 1996, p. 183-191 ; Jean-Yves CHÉROT, « L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau », *AJDA*, Mars 1996, n° 3, p. 171-182.

³⁶ Communication de la Commission du 11 septembre 1996 sur *Les services d'intérêt général en France*, COM (96) 443 final, § 30, p. 7 : « Rien n'empêche les États membres de définir des missions d'intérêt général supplémentaires allant au-delà des obligations du service universel pourvu que les moyens employés restent conformes au droit communautaire. » Il s'agit, ce faisant pour la Commission de « respecte[r][...] la diversité par une prise en compte permanente des conceptions nationales de l'intérêt général, définies par chaque État en fonction de ses traditions et besoins propres ».

³⁷ Sur le sujet, voir Martine LOMBARD, « Service public et service universel, ou la double inconstance », *Les mutations contemporaines du droit publics, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 507-521.

³⁸ Le SU est en effet seulement sectoriel et demeure fondamentalement économique, bien qu'il ait évolué. S'agissant des SIEG, ceux-ci demeurent une exception à la concurrence et non un principe et ne possèdent qu'une dimension économique et non sociale de sorte qu'il est impossible d'affirmer que ces deux notions européennes recouvrent la notion interne de service public.

³⁹ Sur le sujet, voir *infra*, I, B.

⁴⁰ Commissariat général du plan, *Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, dir. Jean BERGOUGNOUX, Janvier 2000, p. 212 : « *il est unanimement reconnu qu'il revient au législateur de définir l'étendue des missions de service public dans chaque secteur* ». À charge pour l'autorité de régulation indépendante d'en préciser les modalités dans la limite qui lui est reconnue.

⁴¹ Sur le sujet, voir par exemple Grégory KALFLÈCHE, « Contractualisation et interventionnisme économique » (*La contractualisation en droit public, bilan et perspectives*), *RFDA*, Mars 2018, n° 2,

s'est d'abord opéré entre l'État et les entreprises publiques, en premier lieu sur les préconisations du rapport NORA de 1967⁴² puis sur la base de la loi du 29 juillet 1982, *portant réforme de la planification*⁴³. Qu'il s'agisse des « contrats de programmes » conclus en 1971 ou des « contrats d'objectifs » conclus à partir de 1982, leur objet consistait essentiellement à « clarifier les attentes de l'État vis-à-vis des entreprises [...] tout en laissant un maximum de liberté d'initiative aux opérateurs et en limitant les interférences de nature politique ». Peuvent ainsi être précisés « les objectifs liés à l'exercice de la mission de service public assignée à l'entreprise, les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre, [...], et les relations financières entre l'État et l'entreprise »⁴⁴. Il en va par exemple ainsi des contrats d'entreprises pluriannuels conclus entre l'État et la Poste⁴⁵. Lorsque l'opérateur historique est privatisé, la définition de ses missions de service public est opérée par le régulateur ou passe également par contrat lorsque ces missions sont attribuées au moyen de contrats de service public⁴⁶. À ce titre, la contractualisation constitue une forme de régulation⁴⁷. Dans le modèle de la régulation sectorielle indépendante retenu par la France⁴⁸, l'objet de la régulation ne consiste en effet pas seulement à introduire et garantir la concurrence, mais plus largement à garantir une concurrence praticable⁴⁹ c'est-à-dire qui ne nuise pas à la qualité du service rendu, ici, au moyen de cahiers des charges spécifiques.

p. 214-220 ; Pascal COMBEAU, « De l'art du trompe-l'œil juridique : la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques », *Les Petites Affiches*, Janvier 2007, n° 20, p. 6-17.

⁴² Groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques, *Rapport sur les entreprises publiques*, dir. Simon NORA, Avril 1967, spé. p. 91 et s. Sur la mise en œuvre de cette contractualisation État/entreprises publiques, voir également Conseil d'État, Rapport public 2008 : jurisprudence et avis de 2007. *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, 2008, p. 60 et s.

⁴³ Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982, *portant réforme de la planification*. Au sujet de ces contrats, voir Commissariat général du plan, Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, dir. Jean BERGOUGNOUX, Janvier 2000, spé. p. 263 et s.

⁴⁴ Article 140 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, *relative aux nouvelles régulations économiques*.

⁴⁵ Le contrat actuel a été conclu le 16 janvier 2018 pour la période 2018-2022. Sur le sujet, voir l'avis n°2017-1084 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 19 septembre 2017.

⁴⁶ En théorie ouverts à tous les opérateurs intervenant sur le marché, nous verrons que ceux-ci sont encore souvent attribués à l'ancien opérateur historique, traduisant une concurrence encore imparfaite. Cf. *infra*, II, B.

⁴⁷ Conseil d'État, Rapport public 2008 : jurisprudence et avis de 2007. *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, 2008, p. 8 : « le contrat apparaît comme un outil essentiel de régulation dans une économie de marché ». Le rapport insiste sur le tournant européen en la matière à partir du début des années 1990 : « La construction européenne, jusque-là plutôt dominée par le droit romano-germanique, devient alors davantage perméable au modèle anglo-saxon de la régulation, qui pousse lui-même à la contractualisation de l'élaboration de la norme et de l'action publique » (p. 61-62).

⁴⁸ Sur les différents modèles de régulation, voir Hervé DUMEZ et Alain JEUNEMAÎTRE « Quels modèles de régulation pour les services publics », in Jean-Marie CHEVALLIER, Ivar EKELAND et Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *L'idée de service public est-elle encore soutenable ?*, PUF, 1999, p. 69 et s ; Stéphane BRACONNIER, « La régulation des services publics », *RFDA*, Janvier 2001, n° 1 p. 43-57 ; Bertrand du MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Amphi, Dalloz, 2004, p. 484 et s.

⁴⁹ Stéphane BRACONNIER, « La régulation des services publics », *RFDA*, Janvier 2001, n° 1 p. 43-57.

À ce titre, il apparaît que l'ouverture des SPIC en réseau à la concurrence et les conséquences de celles-ci (en premier lieu le mouvement de sociétisation et de privatisation) n'a pas annihilé l'influence de l'État. Cette influence s'est modernisée et a permis que soient mieux dissociées les figures de l'État régulateur de celle de l'État actionnaire.

B. Le désengagement de l'État des secteurs en réseaux : une crainte non vérifiée

1. Les craintes suscitées par la sociétisation et la privatisation des anciens EPIC de réseaux

L'ouverture à la concurrence des SPIC en réseaux a nécessité et engendré une révolution des modalités d'intervention de l'État dans l'économie. Il importait en effet de clarifier le rôle de l'État intervenant en qualité de puissance publique et son rôle d'État actionnaire des anciens monopoles⁵⁰. S'agissant de leur statut, on sait que si le droit de l'Union européenne affiche sa neutralité quant au régime de propriété⁵¹ puisque celui-ci considère uniquement le comportement adopté⁵² et non le statut, en pratique ses suspicions envers le statut d'établissement public des SPIC

⁵⁰ En ce sens, la lettre de mission du premier ministre Georges POMPIDOU au groupe NORA insistait à cet égard sur le fait qu'il : « *appartiendra notamment au groupe de travail d'apprécier et de clarifier le double rôle de la puissance publique, comme propriétaire ou actionnaire d'entreprises exerçant une activité économique et comme tutrice de l'intérêt public* » : Groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques, *Rapport sur les entreprises publiques*, dir. Simon NORA, Avril 1967, p. 3. Sur le sujet, voir également, Dominique BERLIN, « L'adaptation du régime juridique des entreprises publiques aux normes internationales et européennes », *RTDE*, 1983, p. 233-285 et 393-442.

⁵¹ Article 295 du traité instituant la communauté européenne (traité de Rome), actuel article 345 TFUE : « *Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres* ». Sur le sujet, voir Christophe ROUX, « Propriété publique et droit de l'Union européenne », *JCL propriétés publiques*, Fasc. 7, Mai 2015. Dans une la Commission affirmait à cet égard que « *La Communauté ne remet nullement en cause le statut, public ou privé, des entreprises chargées de missions d'intérêt général, et n'impose donc aucune privatisation* » : Communication de la Commission des communautés européennes, *Les services d'intérêt général en Europe*, Septembre 1996, spé. § 16 p. 5. On note toutefois ici la confusion opérée entre le statut de l'opérateur c'est-à-dire la nature publique ou privée de la personne morale considérée et la détention publique ou privée du capital.

⁵² Il importe à ce titre que l'État actionnaire se comporte comme un investisseur privé en économie de marché. La jurisprudence sur les aides d'État étudie à ce titre le comportement de l'opérateur public par rapport à celui qui aurait été adopté par un opérateur privé dans les « *conditions normales de marché* », par exemple : CJCE, 11 juillet 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) c/ La Poste*, aff. C-39/94.

en réseaux étaient fortes⁵³. Après une décision de la Commission à propos d'EDF⁵⁴, la Cour de justice mis elle aussi en cause la gestion d'un service en réseau par un établissement public industriel et commercial (EPIC) dans la décision *France c/ Commission* du 3 avril 2014⁵⁵. Celle-ci considère en effet que le statut d'EPIC constitue en lui-même une garantie implicite et illimitée de l'État. Sont particulièrement visées l'inapplicabilité des procédures d'insolvabilité et de faillite de droit commun ainsi que les garanties d'emprunt. Cette garantie est qualifiée d'aide en ce qu'elle a pour conséquence d'améliorer la position financière de l'EPIC bénéficiaire et est, à ce titre, présumée comme incompatible avec le marché intérieur. Si le statut d'EPIC n'était alors pas directement condamné, son recours dans la prise en charge directe d'activités économiques par une personne morale de droit public était donc singulièrement complexifié car l'incompatibilité soulevée relevait de la nature même de la personne publique⁵⁶. Sans en être la cause unique⁵⁷, cette jurisprudence explique en grande partie la vague de sociétisation que connurent les anciens EPIC de réseaux. Au terme de celle-ci on ne compte aujourd'hui plus aucun établissement public parmi les secteurs en réseaux

⁵³ Sur le sujet, voir Pierre LEVALLOIS, *L'établissement public marchand, Recherche sur l'avenir de l'entreprise en forme d'établissement public*, Thèse Lyon III, 2019. Voir également : Philippe COSSALTER, « Les EPIC face au droit de la concurrence », *JCP A*, Septembre 2009, n° 38, p. 39-44 ; Marceau LONG, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », *RFDA*, Mai 1995, p. 497-503.

⁵⁴ Commission européenne, décision 16 décembre 2003 *relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières*.

⁵⁵ CJUE, 3 avril 2014, *France c/ Commission*, aff. C-559/12. Sur le sujet, voir Gabriel ECKERT, « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », *JCPA*, Mai 2014, n° 21, p. 23-27.

⁵⁶ À cet égard, la jurisprudence ultérieure a encore accru la mise en cause du statut d'EPIC. En effet, la Cour de justice a estimé, dans la décision CJUE, 19 septembre 2018, *IFP Energies nouvelles*, aff. C-438/16, que la Commission n'est pas tenue de prouver l'effet réel produit par la garantie pour se prévaloir de la présomption ainsi établie (pt 111), de même que le fait que l'EPIC n'a tiré, dans le passé, aucun avantage économique de son statut ne suffit pas, à lui, seul à renverser la présomption (pt 118). Par ailleurs, la présomption d'avantage en ce qui concerne les relations de l'EPIC avec les institutions bancaires et financières peut être étendue aux relations entre celui-ci et ses fournisseurs ou clients si les conditions plus favorables s'appliquent également à leurs marchés (pt 147 à 150). Sur cette décision, voir Benoit PLESSIX, « L'EPIC de nouveau en danger », *Droit administratif*, Novembre 2018, n° 11, p. 1-2.

⁵⁷ La sociétisation répond encore à une recherche de souplesse et d'efficience dans la gestion de ces activités : elle met fin au principe de spécialité de l'établissement public et au principe d'insaisissabilité qui empêche la constitution de garanties réelles, permet l'ouverture du capital, l'évolution du mode de recrutement et de rémunération des dirigeants, la modification du statut du personnel et donc plus largement l'évolution de l'organisation managériale. Sur les avantages de la sociétisation, voir par exemple s'agissant du secteur ferroviaire : Aurore LAGET-ANNAMAYER, « Le nouveau pacte ferroviaire : *D'un groupe à l'autre* » (Dossier sur le nouveau pacte ferroviaire, loi n° 2018-515 du 27 juin 2018), *RFDA*, Septembre 2018, p. 857-865 ; Gabriel ECKERT, « Concurrence et régulation » (Dossier sur le nouveau pacte ferroviaire, loi n° 2018-515 du 27 juin 2018), *RFDA*, Septembre 2018, n° 5, p. 866-873.

objet de notre étude. De façon chronologique, France Télécom est ainsi devenu une société anonyme en 1996, EDF et GDF en 2004, La Poste en 2010 et la SCNF en 2020.

Il importe de relever que le changement fut parfois double, puisqu'à la sociétésation a souvent succédé une privatisation⁵⁸. Tandis que la première opération consiste dans le changement de la nature de la personne morale, c'est-à-dire le passage d'un statut de personne morale de droit public (EPIC) à celui d'une personne morale de droit privé (société anonyme)⁵⁹, la seconde consiste en un changement de contrôle de l'entité entre une personne publique et une personne privée. Si la Poste et la SNCF⁶⁰ demeurent des entreprises publiques, c'est-à-dire des sociétés anonymes à capitaux 100 % publics, la plupart sont désormais des entreprises à participation publique, c'est-à-dire des sociétés privatisées, dans lesquelles l'État n'est plus actionnaire majoritaire⁶¹. Ces changements de statut sont à l'origine d'une restructuration de l'influence de l'État dans la gestion des activités de réseaux⁶². Cette double évolution fit craindre un désengagement massif de l'État dans le sort et la conduite de ces services en réseaux.

2. La préservation de l'État dans les entreprises à participation publique opératrices de SPIC en réseaux

Lorsque les opérateurs de réseaux étaient encore de grands monopoles à statut public, l'influence de l'État sur la gestion de ceux-ci était directe et résultait de la possession majoritaire du capital. C'est à ce titre qu'il revenait de façon principale au Gouvernement et au Parlement de concevoir et de mettre en œuvre une politique d'ensemble des entreprises publiques de réseau⁶³. À

⁵⁸ Ce mouvement de privatisation avait auparavant été opéré pour les entreprises publiques du secteur concurrentiel n'exerçant aucun service public, puis par la suite, dans le cadre du mouvement d'ouverture à la concurrence, cela a touché les entités exploitant les SPIC. Sur le sujet : Nicolas THIRION, « Privatisations d'entreprises publiques, économie de marché et transformation des systèmes juridiques étatiques : un processus inéluctable ? », *Pyramides*, 2, 2000, p. 85-110, §18. Sur les avantages de la privatisation, voir : Frédéric MARTY, « La privatisation des services publics : fondements et enjeux », in *Bientôt privés de services publics ? Regards croisés sur l'économie*, 2007, p. 94.

⁵⁹ Dans ce cas donc, la société anonyme ainsi créée est encore sous contrôle public et n'est donc pas transférée « au secteur privé ». En ce sens par exemple, Cons. const., 4 février 2010, n° 2010-610 DC, *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*, spé. cons. 4.

⁶⁰ Sur le sujet : Nadège VEZINAT, « L'entreprise publique : un statut fragilisé ou protecteur ? Missions de service public et rapport à l'État de l'entreprise La Poste », *Droit et société*, Décembre 2019, n° 103, p. 669-689.

⁶¹ Sur le sujet, voir Jennifer MARCHAND, *Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques*, Thèse, Toulouse I, 2012, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 2014, spé., p. 187 et s.

⁶² De façon générale sur le sujet, voir André DELION, « De l'État tuteur à l'État actionnaire », *RFAP*, Décembre 2007, n° 124, p. 537-572.

⁶³ André de LAUBADÈRE et Pierre DELVOLVÉ, *Droit public économique*, Précis Dalloz, 5^e édition, 1986, p. 812 et s., § 639.

cet égard, bien que les entreprises publiques soient dotées d'organes nécessaires à leur propre gouvernance tels que le conseil d'administration, le président et le directeur général, les pouvoirs effectifs de ceux-ci étaient largement contraints par la soumission à l'approbation de leurs principales décisions à l'autorité de tutelle. Plus encore, cette autorité était la plupart du temps déjà représentée au sein même de ces organes. En application du décret du 26 mai 1955⁶⁴, était délégué auprès de chaque entreprise publique un « contrôleur d'État » chargé de représenter la tutelle financière (ministère de l'Économie et des finances) et un « Commissaire du Gouvernement » représentant la tutelle technique (ministère à laquelle l'activité concernée est rattachée)⁶⁵. Dans les entreprises à forte contrainte de service public comme c'est le cas des entreprises de réseaux, la tutelle était donc particulièrement lourde, l'État intervenant comme gestionnaire direct sur des sujets aussi importants que l'établissement des prix ou des salaires, le choix des investissements et des opérations immobilières... Le rapport NORA de 1967 constatait à cet égard que ces entreprises étaient « *priv[ées] de l'essentiel de l'autonomie et de la souplesse nécessaires à la gestion industrielle* »⁶⁶ et que cette situation « *engendr[ait] la dilution des responsabilités et atténu[ait] le souci de bonne gestion* »⁶⁷.

L'évolution du statut et de la nature des entreprises de réseau a imposé des modifications de l'intervention de l'État dans la gestion de ces entreprises⁶⁸. Dans les entreprises restées sous capitaux publics majoritaires (La Poste, la SNCF, EDF), la sociétésation a rendu possible l'emploi de techniques de droit privé des affaires et notamment la filialisation qui permet à la fois la diversification et la conclusion d'alliances, ou encore le recrutement de personnel sous statut de droit privé⁶⁹. Un rôle accru a donc été reconnu au marché en ce domaine. De façon plus générale, il faut également souligner une rationalisation et une professionnalisation de la gestion de ces entreprises. Si les mécanismes liés à la tutelle existent toujours, la nomination des représentants de

⁶⁴ Décret n°55-733 du 26 mai 1955, *relatif au contrôle économique et financier de l'État*.

⁶⁵ Sur le sujet, voir André de LAUBADÈRE et Pierre DELVOLVÉ, *Droit public économique*, Précis Dalloz, 5^e édition, 1986, spé. p. 816 et s.

⁶⁶ Groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques, *Rapport sur les entreprises publiques*, dir. Simon NORA, Avril 1967, p. 85.

⁶⁷ Groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques, *Rapport sur les entreprises publiques*, dir. Simon NORA, Avril 1967, p. 85.

⁶⁸ Le constat de la nécessité de faire évoluer la gouvernance des entreprises publiques n'est pas récent, il avait été dressé dans le rapport Simon NORA (1967), dans le rapport du Commissariat général du plan dirigé par Jean BERGOUIGNOUX en janvier 2000, ainsi que dans le rapport René BARBIER DE LA SERRE sur *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques* remis en février 2003.

⁶⁹ Sur le sujet, voir notamment Lucien RAPP, *Les filiales des entreprises publiques*, Paris II, 1982, Bibliothèque de droit public, LGDJ, 1983.

l'État au sein des organes délibérants de ces entreprises est régie par un droit renouvelé⁷⁰ et assurée par des administrateurs dont la formation initiale et continue a été approfondie et harmonisée⁷¹.

La restructuration du rôle de l'État est plus évidente dans les entreprises privatisées⁷². Dans celles-ci, où l'État est devenu actionnaire minoritaire (Orange, Engie), l'ouverture de capital a permis de bénéficier de la présence de capitaux privés. Dans ces entreprises « à participation publique », l'influence de l'État ne pouvait donc plus prendre appui sur sa possession majoritaire du capital social. Cependant, alors que l'on craignait en conséquence un désengagement massif de l'État, on constate que cette influence a pu être maintenue et trouve à s'exprimer selon des modalités nouvelles « *plus conformes au droit des sociétés* »⁷³. Celle-ci s'exprime au travers d'outils institutionnels tels que les actions à droit de vote double et le droit de veto⁷⁴. La détention de droits de vote est ainsi susceptible de modifier l'équilibre des pouvoirs lié au capital social⁷⁵. On pense par exemple aux entreprises Orange et GDF dans lesquelles l'État est actionnaire à hauteur de 27 % et 24 %, mais où il bénéficie du mécanisme des droits de vote double conférés aux actionnaires stables⁷⁶.

⁷⁰ Il serait fastidieux et complexe de citer les nombreux textes : au-delà des textes généraux s'appliquent en effet des textes propres à certaines entreprises. Citons à titre d'exemple la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983, *relative à la démocratisation du secteur public* et l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, *relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique* en tant que texte général et loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003, *relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom*, et la loi n° 2004-803 du 9 août 2004, *Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, à titre de textes spécifiques. Voir Sophie NICINSKI, « L'ordonnance n°2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique », *RFDA*, Janvier 2015, n° 1, p. 93-106.

⁷¹ Elle a été confiée par l'Agence des participations de l'État à l'Institut français des administrateurs.

⁷² Sur le sujet, Anémone CARTIER-BRESSON, *L'État actionnaire*, Thèse, Paris II, 2005, L.G.D.J., 2010.

⁷³ Michel DURUPTY, « Les ouvertures de capital des entreprises publiques », in *Bientôt privés de services publics ? Regards croisés sur l'économie*, 2, 2007, p. 110. Sur le sujet, voir également : Fabien HOFFMANN, « Les personnes publiques actionnaires », (Les figures de l'associé), *Droit des sociétés*, Mars 2016, n° 3, p. 32-34.

⁷⁴ Michel DURUPTY, « Les ouvertures de capital des entreprises publiques », in *Bientôt privés de services publics ? Regards croisés sur l'économie*, 2, 2007, p. 110. Ainsi que le note Jennifer MARCHAND dans sa thèse « *Le principe "une action = une voix" est loin d'être une réalité universelle dans le monde de l'entreprise. Nombreux sont, en effet, les mécanismes utilisés pour obtenir une déconnexion, au moins partielle entre les droits de vote et la part du capital détenue* » : Jennifer MARCHAND, *Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques*, Thèse, Toulouse I, 2012, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 2014, spé., p. 178-179.

⁷⁵ En ce sens : « [...] *si dans la logique des privatisations, l'État descend au-dessous de la barre auparavant considérée comme fatidique des 50 %, il y a bien privatisation au sens juridique, il n'y a pas privatisation au sens managérial et pratique. L'État peut donc franchir en baisse cette barre sans perdre le pouvoir* » : André DELION, « Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? », *RFDA*, Septembre 2005, n° 5, p. 977-984.

⁷⁶ Article L. 225-123 du code de commerce tel que modifié par la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014, *visant à reconquérir l'économie réelle*. Sur le sujet, voir Grégory KALFLÈCHE, « Les sociétés à participation publique et l'État actionnaire après la loi Macron », in *Colloque « La loi Macron et l'activité économique »*, 2015, Toulouse.

A ainsi pu émerger une véritable figure de l'État actionnaire dont la ligne de conduite est établie et menée par des organes professionnels spécialisés⁷⁷. Bien que l'on puisse rapporter la création du Haut conseil du secteur public⁷⁸ ainsi que l'autonomisation au sein du ministère de l'économie d'un service des participations de l'État⁷⁹, c'est la création, en 2004 de l'Agence des participations de l'État qui marque une véritable modernisation de la gestion financière des groupes publics par l'État. Conformément à son décret institutif, celle-ci exerce, « *en veillant aux intérêts patrimoniaux de l'État, la mission de l'État actionnaire dans les entreprises et organismes contrôlés ou détenus, majoritairement ou non, directement ou indirectement, par l'État qui figurent sur la liste annexée au présent décret* »⁸⁰. Parmi ces entreprises figurent bien sûr les grandes entreprises publiques ou à participation publique des secteurs en réseaux que sont : EDF, La Poste, Orange, la SNCF et Engie. Alors qu'ils avaient longtemps été confondus, les rôles d'État puissance publique et régulateur et son rôle d'actionnaire ont été identifiés et s'exercent désormais selon des voies distinctes⁸¹. Ce faisant, les objectifs poursuivis par chacune de ces figures, et qui peuvent être contradictoires — recherche de l'intérêt général d'un côté, recherche du profit de l'autre — sont désormais délimités et peuvent chacun trouver à s'exprimer et retrouver une cohérence nouvelle après avoir été longtemps mélangés.

Force est cependant de constater que la clarification de ces rôles n'est cependant pas source simplification de l'organisation ainsi établie.

⁷⁷ Sur le sujet de l'identification organique de l'État actionnaire et sa personnalisation, voir Jennifer MARCHAND, *Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques*, Thèse, Toulouse I, 2012, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 2014, spé., p. 221 et s.

⁷⁸ Article 53 de la loi n°82-155 du 11 février 1982 de nationalisation. Chargé de « *suivre l'évolution du secteur public, sa gestion et ses activités* », il ne s'agissait néanmoins que d'un organe de proposition et non d'un organe de coordination ni de direction.

⁷⁹ Arrêté du 2 novembre 1998, portant organisation de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

⁸⁰ Article 1, II du décret n°2004-963 du 9 septembre 2004, portant création du service à compétence nationale Agence des participations de l'État.

⁸¹ Cette séparation avait été préconisée par le rapport du groupe de travail présidé par René Barbier de La Serre sur *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques* remis en février 2003.

C. Le péché de complexité : une crainte partiellement justifiée

1. Des craintes légitimes de complexité du nouveau système de régulation des services publics en réseaux

La complexité ici dénoncée est liée aux conséquences organisationnelles engendrées par l'ouverture à la concurrence des SPIC en réseaux. La fin du modèle monopolistique, si elle présente des vertus nettes⁸², complexifie également la gestion de l'activité en multipliant les acteurs qui vont intervenir⁸³. En parallèle à ce mouvement, le passage de la réglementation — jugée trop rigide et mal adaptée au rythme de l'économie — à la régulation⁸⁴ a ajouté à la complexité. L'approche sectorielle de la régulation retenue par la France, si elle est justifiée par la recherche d'un organisme expert, a en effet engendré la multiplication des autorités. Ces institutions publiques possèdent en effet des statuts⁸⁵, des missions et des budgets très hétérogènes, ce qui ajoute à la complexité au-delà même de leur nombre.

La complexité de la régulation économique⁸⁶, spécialement en matière de réseaux, apparaît alors nettement⁸⁷. Celle-ci semble même inhérente aux secteurs en réseaux qui se caractérisent intrinsèquement par leur diversité. Il existe en effet des réseaux physiques classiques (grandes infrastructures de transport, canalisations, câbles électriques), mais encore des réseaux plus immatériels ou « humains » : on pense ici particulièrement au réseau de la Poste et ses différents points d'accueil sur le territoire et au rôle crucial du « postier » dans les secteurs isolés. À la complexité des réseaux eux-mêmes, répond donc la complexité de leur régulation. Est alors

⁸² D'efficacité et de souplesse notamment, *cf. supra*, I, B, spé. 2.

⁸³ Commissariat général du plan, Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, dir. Jean BERGOUIGNOUX, Janvier 2000, spé. p. 209 : « Lorsque la concurrence est introduite, le mode d'intervention de l'État se complique nécessairement ».

⁸⁴ Plus souple, celle-ci « apparaît à beaucoup d'égards comme le modèle privilégié de contrôle public des services publics ouverts à la concurrence » : Stéphane BRACONNIER, « La régulation des services publics », *RFDA*, Janvier 2001, n° 1 p. 43. Sur le sujet, voir également Laurence CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Thèse, Toulouse 1, 2005, LGDJ, 2009.

⁸⁵ D'autorités administratives ou publiques indépendantes : Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017, portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. De façon générale, sur le sujet : Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public annuel pour 2001, EDCE, n°52, voir spé. p. 257. Voir également : Stéphane BRACONNIER, « La régulation des services publics », *RFDA*, Janvier 2001, n°1 p. 43-57 ; Gabriel ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, Octobre 2012, n° 143, p. 630.

⁸⁶ J. CHEVALLIER, « L'État régulateur », *RFAP*, Décembre 2004, n° 111, p. 473-482 : « Appliquée au domaine économique, la régulation étatique s'inscrit au mieux dans un édifice complexe, formé de plusieurs niveaux superposés et emboîtés, dont la cohérence est aléatoire ; et l'État est tout autant régulé que régulateur. »

⁸⁷ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La prochaine régulation des services publics de réseaux », *La gazette du palais*, 15 octobre 1996, p. 3-5 : « il semble bien que la complexité sera la marque de la régulation » (§7, p. 4).

dénoncé le caractère « *bureaucratique* »⁸⁸ de cette dernière, de même plus largement qu'une « *dérive technicienne* »⁸⁹. À un niveau supérieur, les différentes autorités internes coexistent avec les autorités européennes (la Commission, ou les réseaux de régulateurs européens). Le problème de l'interrégulation est ainsi posé⁹⁰. C'est donc effectivement un sentiment d'enchevêtrement, et plus largement de complexité qui prédomine.

2. Un mouvement naissant de simplification de la régulation des SPIC en réseaux

La crainte de la complexité était donc fondée, et le constat se vérifie encore aujourd'hui. Il faut cependant constater qu'un mouvement d'extension des compétences des régulateurs des SPIC en réseaux est en marche, de même que l'organisation de leur coopération au niveau interne et européen.

C'est d'abord le progrès technique et notamment la numérisation qui a favorisé cette rationalisation. Celle-ci est en effet venue souligner les convergences entre les réseaux, au-delà des différences qui les caractérisent par ailleurs. Il en va par exemple ainsi de l'élargissement des compétences de l'autorité de régulation des télécommunications (ART) à l'ensemble des communications électroniques⁹¹ puis au secteur postal⁹², devenant ce faisant l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). Plus récemment, il faut également saluer, bien qu'il ne s'agisse pas d'une fusion entre les deux autorités (sujet qualifié de « serpent de mer »), de l'instauration en mars 2020 d'un pôle commun de coopération entre l'ARCEP et le Conseil supérieur de l'audiovisuel au sujet des marchés du numérique⁹³.

Ce rapprochement entre des secteurs différents peut encore être justifié par leur proximité pour les usagers⁹⁴. C'est tout l'enjeu, en matière de transport, de l'instauration d'une politique

⁸⁸ Michèle VOISSET, « De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux », *RFDA*, Avril 1995, n°3, p. 304-319 : « *La fonction de régulation se complexifie (cf. régimes d'autorisations, de licences) et devient multipolaire. Les progrès dans la libéralisation des secteurs se traduisent par une régulation de plus en plus détaillée et bureaucratique* ».

⁸⁹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La prochaine régulation des services publics de réseaux », *La gazette du palais*, 15 octobre 1996, p. 3-5.

⁹⁰ La spécificité de la régulation des SPIC locaux en France, opérée largement par les collectivités territoriales via leur contrat, épargne un niveau de complexité en supprimant les régulateurs locaux.

⁹¹ Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004, *relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*.

⁹² Loi n° 2005-516 du 20 mai 2005, *relative à la régulation des activités postales*.

⁹³ Convention entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et de la distribution de la presse (ARCEP), 2 mars 2020, disponible en ligne.

⁹⁴ C'est ce que suggérait déjà le Professeur Marie-Anne Frison Roche comme remède à la complexité du système juridique de régulation. Elle suggérait que soit instauré 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* » : Marie-

intermodale. En ce sens, constatant les risques d'une concurrence nuisible entre régulateurs en charge des transports ferroviaires et routiers, ainsi que les difficultés liées au morcellement de la régulation sectorielle, l'Autorité de la concurrence avait elle-même préconisé la mise en place d'une autorité indépendante de régulation multimodale⁹⁵. L'ouverture progressive à la concurrence du transport public routier fut ainsi l'occasion de renforcer les missions du régulateur initial, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), plutôt que d'instituer de nouveaux régulateurs sectoriels⁹⁶. Créée en 2009 pour procéder à la régulation des activités ferroviaires, l'ARAF a ainsi vu ses missions s'élargir considérablement⁹⁷. Désormais ARAF et routières (ARAFER), celle-ci est également en charge de la régulation des transports routiers interurbains de personnes, du contrôle de l'exploitation des gares routières ainsi que des sociétés concessionnaires d'autoroutes. L'augmentation du champ de ses compétences participe ce faisant à la rationalisation espérée⁹⁸ et favorise la prévisibilité et la sécurité juridique des décisions. L'ARAFER constitue aujourd'hui un véritable régulateur de transport multimodal que sa nouvelle appellation a pour objet de traduire. Depuis l'ordonnance n° 2019-761 du 24 juillet 2019 *relative au régulateur des redevances aéroportuaires*, il est en effet question de l'Autorité de régulation des transports (ART). C'est le même souci de rationalisation qui a justifié l'extension des compétences de la Commission de régulation de l'électricité au marché du gaz pour devenir la Commission de régulation de l'énergie (CRE). Cette dernière a par ailleurs intégré différents réseaux de régulateurs européens tels que le Conseil des régulateurs de l'Agence de coopération des régulateurs de l'Énergie (ACER) ou encore le Conseil des régulateurs européens de l'énergie (CEER). En ce qu'elles permettent la réunion des régulateurs nationaux, ces assemblées facilitent le partage d'expérience, la mise en commun de bonnes pratiques et une forme collaboration au niveau européen. Sans qu'il existe encore une agence européenne unique de régulation⁹⁹, on note donc la création de régulateurs européens sectoriels¹⁰⁰

Anne FRISON-ROCHE, « La prochaine régulation des services publics de réseaux », *La gazette du palais*, 15 octobre 1996, p. 3-5, spé. § 17.

⁹⁵ Autorité de la concurrence, avis n° 14-A-05 du 27 février 2014, *relatif au fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar*, p. 88 et s.

⁹⁶ Sur le sujet : Philippe S. HANSEN et Benjamin de SEVIN, « L'extension des compétences de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires par la loi Macron », *JCPA*, Juillet 2016, n°28, p. 31-37.

⁹⁷ Ce, à la faveur de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* ainsi que de l'ordonnance n° 2016-79 du 29 janvier 2016 relative aux gares routières.

⁹⁸ S'agissant du secteur autoroutier la régulation était jusqu'alors assurée par les services du ministère des transports.

⁹⁹ Plaidant en ce sens : Nicole BELLOUBET-FRIER, « Service public et droit communautaire », *AJDA*, Avril 1994, p. 270-285. S'interrogeant à ce sujet, voir également, Commissariat général du plan, Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, dir. Jean BERGOUGNOUX, Janvier 2000, spé. p. 225.

¹⁰⁰ On pense également à l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques créé en par le 3^e paquet télécoms en 2009 et reformée en 2018 (Règlement (UE) 2018/1971 établissant

dont la mission consiste à assister et conseiller les agences de régulation nationales et à organiser leur coordination.

La complexité inhérente à la régulation des secteurs en réseaux pourrait aussi se résoudre, ou à tout le moins se réduire, à mesure de la progression de la montée en puissance d'une concurrence effective. La régulation sectorielle caractériserait à cet égard une phase de transition du marché vers la pleine concurrence, la régulation globale renvoyant à un marché concurrentiel¹⁰¹. À ce sujet, il apparaît que les bénéfices attendus de la libéralisation des secteurs en réseaux ne sont pas encore au niveau de ce que l'on peut espérer d'un marché entièrement ouvert à la concurrence. Si les conditions de la concurrence sur les marchés de SPIC en réseaux ont été posées, celle-ci ne semble pas encore effective.

II. UNE OUVERTURE EFFECTIVE À LA CONCURRENCE ENCORE INACHEVÉE

La motivation principale de l'ouverture à la concurrence des secteurs en réseaux tenait à lever les barrières aux différentes libertés reconnues par le droit de l'Union. Plus largement ce sont les bienfaits d'une concurrence réelle qui étaient espérés : baisse des prix, incitation à l'innovation et à la diversification des prestations ...

À l'heure du bilan, il apparaît cependant que la concurrence n'a pas encore fait pleinement sentir ses effets. Bien qu'instituée par les textes, elle reste en pratique toujours limitée, l'opérateur historique conservant toujours une place prépondérante sur chacun des marchés¹⁰². Il en va ainsi s'agissant de la concurrence *sur* le marché, qui constitue la modalité classique d'accès au marché (**A**), mais encore s'agissant de la concurrence *pour* le marché dans laquelle les opérateurs sont mis en concurrence afin que l'un d'entre eux soit désigné comme attributaire d'un contrat de service public (**B**). Si la concurrence *sur* le marché semble un peu plus développée que la concurrence *pour* le marché, il s'agit toutefois, dans les deux cas, plus d'une question de temps que d'une question de méthode.

l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) et de l'Agence de soutien à l'ORECE).

¹⁰¹ Le professeur Bertrand du MARAIS parlant à cet égard de maturité du processus de libéralisation : Bertrand du MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Amphi, Dalloz, 2004, p. 498.

¹⁰² Selon la distinction établie au début du XIXe siècle par l'économiste Edwin CHADWICK entre la concurrence *dans/sur* le marché et la concurrence *pour* le marché.

A. Une concurrence *sur* le marché textuellement instituée mais encore pratiquement limitée : le maintien d'une place prépondérante de l'opérateur historique de réseau

1. Une ouverture totale du marché actée dans les textes

L'ouverture à la concurrence des secteurs en réseau s'est réalisée par étapes. Dans chaque secteur, au gré des différentes vagues de directives, les activités ont pu être soumises à la concurrence, que cette soumission soit organisée seuil par seuil, comme ce fut le cas dans les secteurs énergétique (électricité/gaz) et postal, ou service par service, comme ce fut le cas en matière de téléphonie et de transport ferroviaire¹⁰³. La lecture de la réglementation en vigueur en droit interne laisse apparaître qu'une pleine concurrence est déjà établie ou a vocation à l'être dans les années à venir s'agissant de l'ensemble des activités du réseau. En ce sens, on peut ici rapidement rapporter les étapes et services concernés pour chacun des réseaux étudiés.

En matière de téléphonie, l'ouverture à la concurrence fut rapide. Elle concerna tout d'abord le marché intérieur des télécommunications autres que la téléphonie vocale pour laquelle des droits spéciaux et exclusifs pouvaient être conservés au bénéfice des opérateurs nationaux (directive de 1990). L'ouverture totale à la concurrence fut actée par le premier paquet télécoms et pris effet le 1^{er} juillet 1998.

S'agissant du secteur de l'électricité, on peut retenir deux dates importantes que sont la directive de 1996 qui prévoyait l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence en 3 étapes s'agissant des industriels consommant plus de plus de 40 gigawattheures par an. Par la suite, la directive de 2003 désigna comme clients éligibles l'ensemble des consommateurs, le marché étant totalement ouvert à la concurrence à compter du 1^{er} juillet 2007. Le mouvement fut similaire dans le secteur du gaz, où un premier paquet énergie est venu définir les clients éligibles à l'ouverture à la concurrence parmi lesquels les producteurs d'électricité de même que certains distributeurs désignés (paquet énergie, 1998). Par la suite, il fut acté que l'intégralité du marché national serait ouverte à la concurrence pour les clients industriels à compter du 1^{er} juillet 2004 et du 1^{er} juillet 2007 pour les clients domestiques (paquet énergie, 2003).

En matière postale, l'ouverture à la concurrence fut organisée progressivement. Une première directive est venue réduire le périmètre des services échappant à la concurrence, le monopole étant limité aux services de levée, de tri, de transport et de distribution des envois ordinaires de correspondance intérieure et transfrontière entrante, d'un poids inférieur à

¹⁰³ Arnaud SÉE, « Le réseau, modèle de régulation ? », *Énergie, Environnement, Infrastructures*, Octobre 2016, n° 10, p. 28-35.

100 grammes (directive de 1997). Ce monopole fut ensuite réduit aux envois de moins de 50 grammes (directive de 2002) avant que ne soit programmée l'ouverture totale à la concurrence au 1^{er} janvier 2011 (directive de 2008).

En matière ferroviaire enfin, c'est d'abord le trafic international de fret qui fut ouvert à la concurrence (premier paquet ferroviaire, 2001). Cette concurrence fut ensuite élargie à l'ensemble du fret c'est-à-dire également au fret national ou domestique (deuxième paquet ferroviaire, 2004). Ce fut par la suite, le tour du trafic de passagers. La fin du monopole en matière de transports internationaux de voyageurs fut d'abord actée, ainsi que la possibilité de cabotage (troisième paquet ferroviaire, 2007), avant que ne soit finalement concerné le transport national de voyageurs (quatrième paquet ferroviaire, 2016), en décembre 2020 s'agissant des services librement organisés.

2. Le maintien de freins à la mise en œuvre de la pleine concurrence

Si l'ouverture totale à la concurrence est donc actée dans les textes, des limites à la concurrence demeurent toujours et sont de plusieurs ordres.

Certaines, bien que peu nombreuses, sont conjoncturelles, et tiennent au calendrier d'ouverture à la concurrence. En matière ferroviaire, l'ouverture à la concurrence pour les services librement organisés (c'est-à-dire hors services conventionnés, ce qui correspond en France au TGV, à InOui et OUIGO) n'a débuté que mi-décembre 2020. Au-delà du fait qu'il importe de laisser les opérateurs s'organiser, il est raisonnable d'estimer que cette concurrence sera d'abord, en pratique, limitée aux concurrents historiques de la SNCF. En effet, seuls ceux-ci disposent « *d'une surface financière importante, d'une longue expérience d'exploitation ferroviaire et d'un personnel qualifié* »¹⁰⁴. On pense ici à l'opérateur historique allemand (La Deutsche Bahn) ou italien (Trenitalia) par exemple.

D'autres limites à la concurrence existent et sont plus structurelles. Elles tiennent pour une part au fait que certains secteurs ne sont pas ouverts à la concurrence « de bout en bout ». Il en va ainsi du secteur de l'énergie ou des transports. En ce domaine en effet, si la prestation de service suppose une infrastructure de base lourde, elle nécessite un séquençage. La fourniture d'énergie, qu'il s'agisse d'électricité ou de gaz, requiert en effet d'abord la production, puis le transport, la distribution et enfin la fourniture (ou vente au consommateur final). Force est de constater que seulement deux de ces segments sont ouverts à la concurrence : il s'agit de l'activité de production

¹⁰⁴ Benoît DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J., 2^e édition, 2018, p. 517, § 1060.

et de fourniture¹⁰⁵. À cet égard, la production d'électricité, qui peut être fossile, nucléaire ou renouvelable, voit différents opérateurs se concurrencer. On pense à la société EDF bien sûr, mais c'est encore le cas de la société Engie, Enercoop ou E.on. Il en va de même en matière de fourniture, où interviennent des opérateurs tels que EDF, Engie, ou encore Eni. Les activités de transports et de distribution d'électricité demeurent en revanche des activités de monopoles naturels, les infrastructures ne pouvant être raisonnablement dupliquées¹⁰⁶. Il en va de même en matière de transport ferroviaire où seules les activités de service c'est-à-dire celles de l'opérateur de transport sont ouvertes à la concurrence et non les activités d'infrastructures. C'est pourquoi il importe d'organiser une gestion indépendante des activités de production et de gestionnaire de réseau afin d'assurer un droit d'accès aux réseaux publics dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires. De la même façon, si certains secteurs sont en théorie complètement ouverts à la concurrence, ce qui est par exemple le cas du secteur postal depuis le 1^{er} janvier 2011¹⁰⁷, on constate en pratique que la concurrence est effective sur des segments seulement de celui-ci et notamment sur des « *activités de niches* » que sont l'activité de colis et de courrier express¹⁰⁸. Ce sont en effet les secteurs les plus rentables et en forte expansion¹⁰⁹. Il en va de même en matière ferroviaire où la concurrence ne concerne pour le moment que les lignes à grandes vitesses. En conséquence, dès lors qu'elle ne se développe encore que sur certains segments du marché, « *il est de faible probabilité de voir émerger à moyen terme des concurrents aptes à rivaliser avec les opérateurs historiques sur l'ensemble des activités des secteurs concernés* »¹¹⁰.

Un autre indice d'une ouverture imparfaite à la concurrence d'un marché pourtant libéralisé tient au maintien des tarifs réglementés. En situation de monopole, l'instauration d'un tarif réglementé, c'est-à-dire d'un tarif fixé par les pouvoirs publics et non par le marché, a pour objet de limiter les marges de manœuvre trop importantes dont disposerait sans cela l'opérateur historique en situation de monopole. Dès lors que le marché est ouvert à la concurrence, c'est à lui seul qu'il incombe en principe le soin de fixer le prix par équilibrage de l'offre et de la demande. Les tarifs réglementés ont pourtant perduré en France au-delà de l'ouverture à la concurrence. Il

¹⁰⁵ Article L. 111-1 du code de l'énergie : « *Les activités de production et de vente aux consommateurs finals ou de fourniture s'exercent au sein de marchés concurrentiels* ».

¹⁰⁶ À titre d'exemple, la gestion du transport d'électricité de même que la maintenance de ce réseau incombent ainsi au seul gestionnaire du réseau transport (RTE).

¹⁰⁷ Loi n° 2010-123 du 10 février 2010, *relative à La Poste et aux activités postales*.

¹⁰⁸ Benoît DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J., 2^e édition, 2018, p. 447, § 894.

¹⁰⁹ Dans son dernier rapport l'ARCEP note à propos des colis que « *depuis 2017, le nombre de colis distribués en France [...] dépasse le milliard et continue de progresser d'année en année* », l'année 2019 marquant une croissance de 6,6 % en un an : ARCEP, *Les marchés du courrier, du colis et des activités connexes en France, Année 2019*, Observatoire du courrier et du colis, Octobre 2020, spé. p. 15.

¹¹⁰ Benoît DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J., 2^e édition, 2018, p. 447, § 894.

en va par exemple ainsi du marché de l'énergie pourtant totalement libéralisé à compter du 1^{er} juillet 2007. En vertu de la réglementation, l'État imposait ainsi à certaines entreprises, d'offrir à des catégories de clients, des prestations à des prix établis sur la base de critères et barèmes qu'il définissait. C'est pourquoi les tarifs réglementés du gaz ont rapidement fait l'objet d'examen¹¹¹, puis de condamnations de la Cour de justice¹¹². Si ces tarifs réglementés peuvent se justifier¹¹³, ils doivent l'être dans le cadre d'obligations de service public et doivent pour cela respecter les conditions prévues à ce titre¹¹⁴. À la suite de cette décision, le Conseil d'État a lui-même constaté pour l'essentiel l'illégalité des tarifs réglementés du gaz naturel¹¹⁵, ce qu'a entériné par la suite, la loi du 8 novembre 2019, *relative à l'énergie et au climat* décidant la suppression totale des tarifs réglementés en ce domaine au 30 juin 2023¹¹⁶. Il en va différemment des tarifs réglementés en matière d'électricité. L'électricité a ceci de spécifique en effet qu'elle constitue un « *produit de première nécessité* »¹¹⁷ et n'ayant pas de source substituable. La Commission avait mis en demeure la France à ce sujet pour mise en œuvre incomplète des obligations européennes¹¹⁸ et ouvert une enquête¹¹⁹. Saisi, le Conseil d'État n'avait pas remis en question dans son principe les tarifs réglementés de l'électricité, mais avait jugé la réglementation non conforme au droit européen car disproportionnée, en raison de son caractère permanent, ne prévoyant pas un réexamen périodique du principe même de la nécessité d'une intervention sur les prix (cons. 26) et d'application trop

¹¹¹ CJUE, 20 avril 2010, aff. C-265/08, *Federutility e.a* (gaz) et CE, 21 décembre 2011, aff. C-242/10, *Enel* (électricité).

¹¹² CJUE, 7 septembre 2016, aff. C-121/15, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)* : « *une détermination de tarifs résultant d'une intervention des autorités publiques affecte nécessairement le jeu concurrentiel et que, dès lors, une réglementation telle que celle en cause au principal s'oppose à l'objectif de réalisation d'un marché du gaz naturel ouvert et concurrentiel* » (pt 31).

¹¹²

¹¹³ Ainsi que le note le Professeur André Georges DELION, le maintien de tarifs réglementés en matière d'électricité s'est avéré nécessaire lors de libéralisation de ce marché tant celle-ci « *a entraîné une envolée des prix, comme ses initiateurs ne s'y attendaient certes pas, mais qui était logique eu égard au rapport entre offre et demande et au peu d'appétit des nouveaux entrants pour des investissements à très long terme qui réduisent les profits.* » : André DELION, « Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? », *RFDA*, Septembre 2005, n° 5, p. 545.

¹¹⁴ L'intervention poursuit un objectif d'intérêt économique général, respecte le principe de proportionnalité et prévoir des obligations de service public clairement définies transparentes, non discriminatoires et contrôlables. Sur le sujet : CJUE, 20 avril 2010, aff. C-265/08, *Federutility e.a* et CJUE, 21 décembre 2011, aff. C-242/10, *Enel* ; mais encore article 106§2 TFUE et article 3 § 2 et s. de la directive 2009/72/CE (électricité) du 13 juillet 2009 et 2009/73/CE (gaz naturel).

¹¹⁵ CE, 19 juillet 2017, *ANODE*, n° 370321, publié au recueil *Lebon*, spé. cons. 15.

¹¹⁶ Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019, *relative à l'énergie et au climat*, spé. article 63. Des mesures d'accompagnement sont néanmoins prévues afin d'assurer la fourniture de secours ou de dernier recours en gaz naturel aux clients finals domestiques raccordés au réseau public de distribution de gaz naturel.

¹¹⁷ Article L.121-1 du code de l'énergie.

¹¹⁸ Avis motivé du 4 avril 2006.

¹¹⁹ Procédure d'examen au titre des aides d'État en date du 13 juin 2007.

large (cons 27)¹²⁰. Finalement, les dispositions de la nouvelle directive électricité¹²¹ qui posent des conditions très strictes s'agissant du maintien des tarifs réglementés ont été intégrées en droit français par la loi du 8 novembre 2019 qui prévoit que ne peuvent bénéficier de ces tarifs que les consommateurs finals domestiques et les consommateurs non domestiques employant moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires est inférieur à 2 millions d'euros¹²².

Dans certains cas enfin, c'est la préservation de l'équilibre économique des contrats de service public qui préjudicie à la bonne concurrence des services librement organisés. Il en va notamment ainsi en matière de transport ferroviaire. Au terme de la réglementation en effet, la préservation de l'équilibre d'un contrat de service public (concurrence *pour* le marché), pourra justifier la limitation de la concurrence *sur* le marché¹²³. L'opérateur souhaitant exploiter une ligne internationale et pratiquer à cette occasion le cabotage ferroviaire, doit donc d'abord obtenir les autorisations classiques telles que la licence d'entreprise ferroviaire¹²⁴ et le certificat de sécurité. Il importera ensuite que le gestionnaire de réseau (ART) s'assure d'une part, du caractère secondaire du cabotage par rapport à l'objet principal du service proposé (qui reste le transport international), et d'autre part du fait que le projet ne porte pas atteinte à l'équilibre économique du contrat de service public¹²⁵ (procédure du test d'équilibre économique). Si au terme de la réglementation « *Les entreprises ferroviaires ont, dans des conditions équitables, transparentes et non discriminatoires, un droit d'accès à l'ensemble du réseau ferroviaire* »¹²⁶, le processus peut s'avérer long et semé de conditions, si ce n'est d'embûches. Une fois ces autorisations obtenues, celles-ci peuvent être contestées, comme ce fut le cas de la liaison internationale Milan-Marseille de l'entreprise ferroviaire Thello et que la région PACA contesta auprès de l'ART¹²⁷, puis du Conseil d'État¹²⁸. Celle-ci estimait que le cabotage ainsi autorisé entre Menton et Marseille mettait en péril le contrat de service public qu'elle avait conclu

¹²⁰ CE, 18 mai 2018, *Sté Engie*, n° 413688, publié au recueil Lebon : admettant le principe d'un tarif réglementé mais jugeant la réglementation française disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi (intérêt économique général de stabilité des prix).

¹²¹ Directive 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019, *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité* et modifiant la directive 2012/27/UE (refonte).

¹²² Article 64 de la loi et article L. 337-7 du code de l'énergie.

¹²³ Article L. 2133-1 du code des transports.

¹²⁴ Article 2122-10 du code des transports.

¹²⁵ C'est la procédure dite du « test de l'équilibre économique » : Décret n° 2018-1275 du 26 décembre 2018, *relatif à l'obligation de notification des offres de services de transport ferroviaire de voyageurs et à la procédure du test de l'équilibre économique*.

¹²⁶ Article L. 2122-9 du code des transports.

¹²⁷ Alors ARAFER, cf. Avis n° 2013-022 du 8 octobre 2013 *relatif à l'impact du service de transport de voyageurs envisagé par l'entreprise ferroviaire Thello entre Milan, Gênes, Monaco, Nice et Marseille sur l'équilibre économique du contrat de service public de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur*.

¹²⁸ CE, 30 janvier 2015, *Région PACA*, n° 374022.

avec la SNCF en tant qu'autorité organisatrice de transport collectif d'intérêt régional¹²⁹. En l'espèce la requête fut rejetée, mais l'exemple montre que la préservation (légitime) d'un intérêt de service public est susceptible de réduire la concurrence sur le marché des services non conventionnés.

La concurrence sur le marché, si elle doit encore être améliorée, est indéniablement amorcée. Certains secteurs en réseaux sont déjà fortement concurrentiels, on pense par exemple au secteur de la téléphonie et de l'internet fixe et mobile. Dans les autres domaines, le maintien temporaire de certaines barrières à l'émergence effective de la concurrence ne signifie pas l'échec de son établissement. Force est à cet égard de constater que toutes les entreprises et notamment les anciens opérateurs historiques « *doivent pleinement tenir compte des ouvertures à la concurrence, dans leur stratégie comme dans leur gestion quotidienne* »¹³⁰. Il en va sensiblement de même s'agissant de la concurrence *pour* le marché.

B. Une concurrence *pour* le marché très limitée : des services conventionnés encore exclusivement attribués à l'opérateur historique de réseau

Le degré de pénétration de la concurrence dans les SPIC en réseau doit encore être évalué s'agissant de la seconde modalité d'ouverture du marché qui réside dans l'instauration d'une concurrence *pour* le marché. En ce domaine, c'est la vigueur du lien unissant l'opérateur historique et la prise en charge du service public qui doit être prise en considération. Dans un marché pleinement concurrentiel, et eu égard au fait que la prise en charge de l'activité de service public puisse faire l'objet d'une compensation¹³¹, il semble que l'attribution de celle-ci fasse l'objet d'une concurrence effective entre tous les opérateurs. Est donc ici visée la concurrence *pour* le marché, c'est-à-dire une concurrence établie entre plusieurs entreprises afin que l'une d'elle obtienne le droit d'exercer une activité pour une période définie en vertu d'un contrat de service public. À l'heure actuelle pourtant, force est de constater que cette activité est presque toujours prise en charge par l'ancien opérateur historique de réseau.

Si l'on s'en tient aux prescriptions des différents codes, il apparaît que certains secteurs, ou certaines composantes d'un secteur sont plus ouverts à la concurrence. En ce qui les concerne la gestion des obligations de service public est attribuée au terme d'une procédure de sélection et

¹²⁹ Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982, *d'orientation des transports intérieurs* et plus récemment loi n° 2015-991 du 7 août 2015, *portant nouvelle organisation territoriale de la République*.

¹³⁰ André DELION, « Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? », *RFDA*, Septembre 2005, n° 5, p. 546.

¹³¹ Sur le sujet, voir *supra*, I, A, spé. 2.

donne lieu à la conclusion d'un contrat de service public. Dans les autres cas, le code prévoit lui-même que tel opérateur — l'opérateur historique en l'occurrence — sera en charge de ce service. Prenons des exemples. En matière de télécommunications et spécialement du service universel postal, le Code des Postes et des Communications Électroniques (CPCE) prévoit que « *La Poste est le prestataire du service universel postal pour une durée de quinze ans à compter du 1er janvier 2011* »¹³². Celle-ci bénéficie donc encore du monopole du service universel jusqu'au 31 décembre 2025. Le contenu de ce service est précisé par le code lui-même¹³³ et les objectifs et moyens à mettre en œuvre pour l'assurer font l'objet de contrats d'entreprises pluriannuels conclus entre l'État et La Poste¹³⁴. Il en va à peu près de même pour le secteur de l'énergie puisque le code de l'énergie désigne lui-même les opérateurs en charge du service public de l'électricité¹³⁵ et parmi lesquels Électricité de France figure en bonne place. S'agissant du service public du gaz naturel, celui-ci se contente d'en prévoir les composantes¹³⁶ ainsi que les modalités de compensation des charges qui en résultent¹³⁷, ce qui laisse penser que ce service est attribué au terme d'une mise en concurrence. Cependant, le code dispose de façon générale que ces prestations de service public « *font l'objet de contrats conclus entre l'État, d'une part, et Electricité de France, Engie ainsi que les filiales gestionnaires de réseaux de transport ou de distribution issues de la séparation juridique imposée à Électricité de France et à GDF [...], d'autre part, chacune à raison des missions de service public qui lui sont assignées, sans préjudice des contrats de concession* »¹³⁸. Le fait que les prestataires soient directement cités dans le code laisse donc penser que ce sont bien ceux-là, indépendamment donc de toute mise en concurrence, qui sont titulaires de ce service. On note que ce sont une fois encore les opérateurs historiques. Il faut relever que l'article suivant fait certes référence à la conclusion de contrats « *avec les autres entreprises du secteur de l'électricité et du gaz assumant des missions de service public* » mais ceux-ci semblent subsidiaires (« *l'État peut également conclure* »)...¹³⁹.

Les choses semblent *a priori* plus ouvertes s'agissant de la téléphonie et de l'Internet. À cet égard, c'est bien en vertu d'un contrat de service public conclu après appel à candidature, que la Société Orange est en charge d'assurer le service universel des communications électroniques s'agissant de la composante « internet à haut débit »¹⁴⁰. Cette prestation qui suppose le

¹³² Article L. 2 CPCE.

¹³³ Article L. 35 et suivant CPCE.

¹³⁴ Article 140 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, *relative aux nouvelles régulations économiques*. Le contrat actuel a été conclu le 16 janvier 2018 pour la période 2018-2022.

¹³⁵ Article L21-4 II du code de l'énergie.

¹³⁶ Article L. 121-35 et L. 121-36 du code de l'énergie.

¹³⁷ Article L. 121-36 et s. du code de l'énergie.

¹³⁸ Article L. 121-46 du code de l'énergie.

¹³⁹ Article L. 121-47 du code de l'énergie.

¹⁴⁰ Arrêté du 27 novembre 2017, *portant désignation de l'opérateur chargé de fournir les prestations « raccordement » et « service téléphonique » de la composante du service universel prévue au 1° de l'article L. 35-1 du code des postes et des communications électroniques*.

raccordement à un réseau fixe ouvert au public, ainsi que la fourniture d'une offre de service téléphonique, lui incombe pour une durée de trois ans. Il en va de même en matière de transport puisqu'au terme de la dernière réglementation, il est prévu que les contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs seraient attribués après publicité et mise en concurrence au plus tard au 25 décembre 2023¹⁴¹. Depuis décembre 2019, chaque région dispose donc du choix de soumettre ces contrats à la concurrence, ou de continuer à les attribuer à l'opérateur historique jusqu'à la date butoir de décembre 2023¹⁴².

Si donc la lecture des différentes législations pourrait laisser penser que certains secteurs sont plus en avance que d'autres s'agissant de la remise en cause du lien entre la gestion du service universel et l'opérateur historique, il faut relever, que, en pratique, les contrats de service public sont presque toujours exclusivement attribués à cet opérateur. En matière de téléphonie/internet, si c'est la Société Orange qui est aujourd'hui titulaire du service universel, il faut rapporter qu'il en était déjà allé de même lors de l'attribution en 2012 d'une composante du service¹⁴³, et en 2013¹⁴⁴ pour l'ensemble des prestations du 1° de l'article L.35-1 CPCE. Sur le principe pourtant, les règles établies par le droit de l'Union européenne permettent la prise en charge de cette activité de service universel par n'importe quel opérateur, celui-ci bénéficiant en contrepartie d'une compensation économique ou de l'octroi d'un secteur réservé. Sans doute que cette situation s'explique également par un manque d'engouement pour la fourniture du service universel. Celle-ci suppose en effet d'une part de se plier à des exigences et contraintes spécifiques ainsi que dans la nécessité de posséder une infrastructure adaptée à sa fourniture. Par ailleurs, il faut remarquer que celui-ci est souvent déficitaire et doit faire l'objet d'adaptations constantes. Il en va par exemple ainsi du service universel postal qui se trouve fortement concurrencé par la montée en puissance des nouvelles technologies et nécessite en conséquence de revoir à chaque fois les modalités de son financement¹⁴⁵. En matière de transport ferroviaire de voyageurs, plusieurs régions ont d'ores et déjà fait part de leur intérêt pour la mise en concurrence¹⁴⁶. Le code fixe les informations que

¹⁴¹ Loi n° 2018-515 du 27 juin 2018, *pour un nouveau pacte ferroviaire* et Ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018, *portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs*.

¹⁴² Sur le sujet, voir Aurore LAGET-ANNAMAYER et Stéphane de LA ROSA, « L'ouverture de la concurrence dans le transport ferroviaire de voyageurs en France ou la vitesse de l'omnibus », *JCPA*, Décembre 2020, n° 50, 2326.

¹⁴³ Arrêté du 14 février 2012.

¹⁴⁴ Arrêté du 31 octobre 2013.

¹⁴⁵ C'est ce que souligne l'ARCEP dans chacun de ses rapports en rapportant la « la « *baisse structurelle des volumes de courriers relevant du service universel postal* ». Par exemple, ARCEP, *Communiqué de presse : Tarifs 2021 : L'Arcep publie son avis sur les tarifs 2021 du service universel postal*, Juillet 2020, p. 1.

¹⁴⁶ Il en va notamment ainsi de la Région des Hauts de France, mais encore des régions Auvergne-Rhône-Alpes, Bourgogne-Franche-Comté, Grand-Est, PACA et Pays-de-la-Loire.

L'autorité organisatrice de transport communique aux opérateurs participants à la procédure. On comprend que le succès de l'ouverture à la concurrence en ce domaine dépendra en grande partie de ces éléments, qui doivent permettre d'assurer l'égalité de traitement entre les opérateurs, et notamment entre ceux-ci et l'opérateur historique qui bénéficie évidemment d'une rente informationnelle. Jusqu'alors, SNCF mobilité disposait en effet d'un monopole sur ce segment.

Que l'on considère les services commerciaux ou les services conventionnés, il apparaît que les opérateurs historiques de réseaux conservent aujourd'hui encore une place « *nettement dominante* » sur leurs marchés respectifs¹⁴⁷. En dépit de l'ouverture à la concurrence des secteurs en réseau, il apparaît qu'à l'ancien monopole légal dont disposait les opérateurs historiques, succède encore souvent, pour le moment, un monopole de fait. Cela signifie que ces marchés se trouvent encore en phase de transition et que si les conditions de la mise en concurrence ont été établies en matière d'activité de réseaux, la concurrence elle-même ne semble donc pas totalement effective. Ce sera tout l'enjeu des années à venir.

¹⁴⁷ Fabien TESSON, « Monopoles historiques et libéralisation : que reste-t-il du service public ? », *Énergie, Environnement, Infrastructures*, Octobre 2016, n° 10, p. 36-41.