



**HAL**  
open science

**PLURALITE ET DYNAMIQUE DES CONVENTIONS  
DE REGLEMENTATIONUNE ANALYSE  
ECONOMIQUE DE LA JURISPRUDENCE DU  
CONSEIL DE LA CONCURRENCE RELATIVE AU  
SECTEUR ELECTRIQUE**

Frédéric Marty

► **To cite this version:**

Frédéric Marty. PLURALITE ET DYNAMIQUE DES CONVENTIONS DE REGLEMENTATIONUNE ANALYSE ECONOMIQUE DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE RELATIVE AU SECTEUR ELECTRIQUE. Economies et finances. École normale supérieure de Cachan - ENS Cachan, 2002. Français. NNT: . tel-00011560

**HAL Id: tel-00011560**

**<https://theses.hal.science/tel-00011560>**

Submitted on 8 Feb 2006

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ECOLE NORMALE SUPERIEURE DE CACHAN

**THESE**

Pour l'obtention du grade de  
DOCTEUR de l'ECOLE NORMALE SUPERIEURE de CACHAN

**Discipline : Sciences Economiques**

Présentée et soutenue publiquement devant la commission d'examen par

**Frédéric MARTY**

le 3 décembre 2002

PLURALITE ET DYNAMIQUE DES CONVENTIONS DE REGLEMENTATION  
UNE ANALYSE ECONOMIQUE DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL DE LA  
CONCURRENCE RELATIVE AU SECTEUR ELECTRIQUE

**Directeur de thèse :**

Robert SALAIS : Administrateur I.N.S.E.E, Directeur de l'Unité Mixte de Recherche  
CNRS "Institutions et Dynamiques Historiques de l'Economie".

**Jury :**

François MORIN : Professeur des Universités, Commissaire à la Commission de  
Régulation de l'Electricité. *rapporteur*

Jacques PERCEBOIS : Professeur de Sciences Economiques à l'Université de Montpellier,  
Directeur du Centre de Recherche sur l'Economie et le Droit de  
l'Energie. *rapporteur*

Simon DEAKIN : Professeur des Universités, Cambridge (Royaume-Uni)

François LEVEQUE : Professeur d'Economie, Ecole des Mines de Paris

Michel MARGAIRAZ : Professeur d'Histoire à l'Université Paris-8.



*Pour Agnès,  
qui partage ma vie  
et a été à mes côtés à chaque instant*



Ce travail de thèse fut tout sauf un effort solitaire. Il n'aurait pu être mené à bien sans le soutien résolu, attentif, toujours compréhensif et souvent indulgent de mes proches : fiancée, parents et amis. De la même façon, ces années de travail sont inséparables de l'accueil et de la formation apportée par l'IDHE. Je tiens donc à remercier l'ensemble des membres du laboratoire pour l'amitié, les conseils et l'exemple de sérieux et de rigueur, qu'ils m'ont toujours fournis.

Je tiens aussi à exprimer ma reconnaissance à l'Ecole Normale Supérieure de Cachan. Celle-ci m'a accueilli en septembre 1994 dans son Département d'Economie et Gestion. Elle m'a donné l'occasion de poursuivre un cheminement passionnant au travers du DEA de son Département de Sciences Sociales "Action Publique et Sociétés Contemporaines". J'ai enfin eu la chance de pouvoir poursuivre cette déjà longue histoire au sein de l'IDHE-ENS Cachan dans le cadre d'une A.M.N. couplée avec l'Université Paris X Nanterre. Je remercie l'ensemble de mes professeurs et plus particulièrement Catherine Paradeise, Marie-Laure Cabon-Dhersin, Patrice Duran et Nicolas Drouhin.

Les travaux dirigés, que j'ai assurés au sein de l'UFR de Sciences Economiques, de Gestion, de Mathématique et d'Informatique de Paris X Nanterre, me procurèrent des moments enthousiasmants au point de vue professionnel. J'en garderai le souvenir d'étudiants remarquables et d'équipes pédagogiques et administratives dévouées à notre mission de service public. J'adresse des remerciements particuliers à François-Eymard Duvernay et à Guy Gilbert pour l'ensemble de leurs conseils et de leur encadrement tant pour mes enseignements que pour mon travail de thèse.

Je tiens à exprimer toute ma gratitude à Jacques de Lajugie, Directeur des Affaires Financières du ministère de la Défense. Après avoir eu la remarquable opportunité d'effectuer mon Service National au sein de l'Observatoire Economique de la Défense, j'ai eu l'honneur de revenir au sein de la DAF, grâce à un détachement du ministère de l'Education Nationale.

J'ai achevé ce travail de thèse dans des conditions privilégiées et dans un environnement intellectuellement passionnant. Qu'il me soit possible d'en remercier Jacques de Lajugie, l'ensemble des personnels de la direction et particulièrement mes collègues de l'Observatoire Economique de la Défense.

Ce travail est le fruit de longues discussions avec mon directeur de thèse, Robert Salais. Ses conseils furent toujours avisés et fructueux.

L'ouverture de ce travail vers le droit et l'histoire est le produit de l'immersion dans le creuset que constitue l'IDHE.

J'ai eu la rare chance de pouvoir travailler au contact de collègues historiens, grâce au caractère interdisciplinaire de notre UMR. Mon intérêt pour les dynamiques historiques pu s'enrichir des conseils de Michel Margairaz, Denis Woronoff et Jean-Pierre Daviet. Le volet historique de ce travail n'aurait jamais pu devenir ce qu'il est sans la disponibilité et le soutien de la Fondation EDF, d'Electricité de France et, plus particulièrement, du service EDF-GDF Archives. Je tiens à remercier tous les personnels d'Electricité de France qui ont bien voulu donner de leur temps pour m'aider dans ce travail. J'adresse des remerciements chaleureux à Sophie Coeuré et à Marcel Boiteux, avec lequel j'ai eu la chance d'avoir une discussion passionnante, suite à une étude réalisée pour le compte de la Direction de la Technologie du ministère de la Recherche sur le devenir des dispositifs de soutien mis en place par EDF pour la recherche et développement des PME.

L'appartenance à l'IDHE ne m'a pas seulement permis de donner un éclairage historique à ce travail. Outre avoir fait naître une véritable amitié, les longues discussions et l'expérience du travail en commun avec Evelyne Serverin, Claude Didry et Thierry Kirat m'ont fait découvrir l'importance de l'inscription juridique des actions économiques. L'intérêt pour la dimension juridique traverse et structure cette thèse. Le travail sur les matériaux juridiques a constitué l'une de ses étapes les plus enthousiasmantes. La "rencontre avec le droit" a transformé l'économie et le sens de celle-ci. Il ne s'agit plus de l'aboutissement d'un cursus, de la réalisation d'un projet personnel, mais d'une étape, en appelant de nouvelles. Il convient d'adresser toute ma gratitude envers Thierry Kirat, qui m'a accompagné de ses conseils durant tout ce travail et qui assumé la lourde tâche de la relecture.

Je souhaiterais remercier l'ensemble de l'équipe de notre laboratoire, notamment Luc Tessier, Pierre-Paul Zalio et Erwan Lamy, mon collègue de bureau, dont la bonne humeur et les convictions d'épistémologue ne se sont jamais démenties. Je voudrais exprimer toute ma gratitude envers Esther Sanchez et Gilles Raveaud pour tout l'intérêt des discussions que nous avons eues autour de nos travaux et pour nos réalisations communes.

J'adresse, enfin, mes plus sincères remerciements aux membres du jury, Simon Deakin, François Lévêque, Michel Margairaz, François Morin et Jacques Percebois qui me font l'honneur d'examiner ce travail.







*L'Ecole Normale Supérieure de Cachan n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme celles de l'auteur.*



*« Certes il est peu d'âmes si réglées, si fortes et bien nées, à qui on ne puisse fier de leur propre conduite : et qui puissent avec modération et sans témérité, voguer en liberté de leur jugemens, au delà des opinions communes. Il est plus expédient de les mettre en tutelle. »*

Michel de Montaigne

Essais- Livre II

Chapitre XII

Apologie de Raimond de Sebonde



# Introduction

La réflexion sur l'action publique, ses fins, ses modalités et sa mise en œuvre peut s'enrichir, à notre sens, de l'application du cadre conceptuel fourni par l'économie des conventions en général et par la notion de convention de l'Etat en particulier. Les flux et reflux de l'intervention publique au fil des temps ne sauraient s'analyser seulement comme la résultante de chocs exogènes ou comme le produit de "lois de développement historique", conduisant les économies par une succession de phases inéluctables. La mutation que nous observons, depuis ces vingt dernières années, dans l'action publique procède en partie de ce que nous appellerions un basculement conventionnel. Là où l'intervention publique semblait nécessaire et allant de soi, son retrait ou du moins la transformation de ses voies d'intervention, paraissent maintenant acceptés. L'idée que nous voulons défendre est que ce recul de l'intervention publique directe procède non seulement d'arguments de stricte efficacité, mais aussi des perceptions des agents économiques, de leurs préférences et de leurs attentes vis-à-vis de l'Etat.

Etudier les mutations de l'action publique peut conduire à s'intéresser à de multiples dispositifs ou domaines d'interventions. Nous nous proposons ici de nous attacher à la réglementation du service public de l'électricité. L'existence d'une forte entreprise publique fit de ce secteur une sorte de symbole de l'excellence de ce qui fut le "service public à la Française". La libéralisation du secteur électrique et l'acceptation diffuse mais peu à peu majoritairement partagée de la sortie de l'entreprise en charge des missions de service public du giron étatique, constituent un exemple archétypal du changement de paradigme de politique publique que nous observons. L'intérêt du secteur de l'électricité réside aussi dans la très forte dimension collective du produit. Élément clé du service public, le secteur électrique tient aussi une place centrale dans l'action publique au travers des politiques d'indépendance énergétique nationale et de la politique industrielle. L'électricité constitue donc un terrain d'investigation particulièrement riche pour apprécier la nature et les ressorts de la dynamique de transformation de l'intervention de l'Etat en matière économique.

- Premiers enseignements des débats théoriques en matière de réglementation du secteur électrique.

Un autre intérêt du choix du secteur électrique tient au registre des arguments mobilisés tant pour la promotion de la libéralisation que pour la défense du *statu quo ex ante*. La controverse s'est focalisée sur les efficacités productives comparées de deux modèles polaires que sont la firme publique et le marché de concurrence. La thématique de l'efficience économique fait écho à la volonté de construire, par la loi, les conditions d'une allocation concurrentielle du bien économique "électricité". Il en découle un rôle spécifique et inédit dévolu au droit public économique. La réglementation publique doit organiser son propre effacement du secteur, créer les conditions de son inutilité.

Cependant, la spécificité des actifs mis en œuvre dans la production, le transport et la distribution de l'électricité et les externalités produites par cette industrie font qu'il est impossible de voir se créer des infrastructures concurrentes, permettant de satisfaire aux conditions de concurrence pure et parfaite. Le rôle de la réglementation est donc de construire une architecture institutionnelle permettant de contourner ces blocages productifs pour conduire à une "gouvernance concurrentielle" du secteur. La loi de février 2000 répond à cette logique de construction, via la règle publique, de conditions de marché permettant de rendre inutile ou impossible l'intervention publique. La séparation de l'infrastructure en monopole naturel (le Réseau de Transport de l'Electricité) du reste de l'entreprise nationale (EDF *stricto sensu*), l'accès obligatoire et réglementé de tous les participants au marché à cette infrastructure essentielle participent à cette logique. Les spécificités productives du secteur électrique (risques de congestion et de *black-out*, équilibrage en temps réel de l'offre et de la demande) ont conduit à accorder un rôle particulier au gestionnaire du réseau en charge du *dispatching*. Celui-ci prend en charge l'ensemble des dimensions commerciales et techniques indispensables au fonctionnement du marché et du système électrique lui-même. Il gère le *dispatching* (injections et soutirages d'énergie). Il assure la fourniture et la mobilisation des services auxiliaires (réserves, énergie réactive). Il équilibre l'offre et la demande en temps réel (*balancing*). Il assure le règlement commercial des déséquilibres physiques (*settlement*). Comme l'écrit J.-M. Glachant<sup>1</sup>, « ainsi, sur la plupart des réseaux d'électricité, les spécificités de site et les spécificités d'actifs dédiés ont pu être réduites à leur minimum par le

---

<sup>1</sup> Glachant J.-M., (2002), « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseau », *Revue Economique*, vol. 53, n° 3, mai, pp. 425-435.

*nouveau cadre réglementaire ou par le maillage des réseaux entre les compagnies et entre les pays* ». La réglementation publique a alors pour objet de supprimer les fondements de sa propre intervention (notons que ceux-ci ne sont considérés que comme techniques). La construction de marchés concurrentiels, à partir de règles d'organisation promulguées par l'Etat est donc admise. « *Dans ces conditions, comme Joskow l'avait anticipé dès 1983, une activité concurrentielle a pu s'implanter aux deux extrémités des réseaux : en amont dans la production d'énergie, et en aval dans la commercialisation. Les opérateurs concurrentiels y supportent individuellement la responsabilité financière des équilibres de leurs opérations d'achat et de vente d'énergie, tandis que la responsabilité de l'équilibre physique des flux demeure gérée collectivement par le gestionnaire assermenté du réseau*<sup>2</sup> ».

Le nouveau rôle dévolu à la réglementation publique doit être interrogé. Ce questionnement doit porter non seulement sur ses fins, mais aussi sur sa viabilité. Pour quelle raison l'Etat doit-il utiliser la réglementation pour prévenir son intervention dans le secteur électrique ? La réglementation publique peut-elle rendre cette intervention inutile ? La motivation du changement réglementaire lui-même est à considérer. Le changement institutionnel est motivé par les développements récents de l'analyse économique en matière de réglementation des industries opérant dans des rendements croissants. La présentation de Jean-Michel Glachant est des plus instructives. Prenant acte de la disparition du « *consensus [qui] s'était établi autour de la nouvelle économie du bien-être*<sup>3</sup> », il souligne le fait que ces industries ne se caractérisent plus par des spécificités les exonérant du droit commun de la concurrence. De ce fait, l'intervention publique ne saurait plus se justifier au point de vue de l'efficacité économique, seule variable ici prise en compte. Il est donc nécessaire « [d'] *introduire des mécanismes concurrentiels et [de] créer des marchés ouverts* ». Deux éléments sont ici à mettre en exergue. La justification de l'intervention de l'Etat dans les services publics ne procède que d'une logique économique. Si l'efficacité de l'intervention publique n'est plus établie, le désengagement de l'Etat est tenu comme inéluctable. La mutation de l'action publique procède donc d'un changement de convention de l'Etat.

---

<sup>2</sup> Glachant J.-M., (2002), *Ibid.* p.433.

<sup>3</sup> Glachant J.-M., (2002), *Ibid.* p.425

Nous reprenons le concept de convention de l'Etat, développé par Robert Salais et Michael Storper<sup>4</sup>, que nous présenterons plus en détail *infra*. Nous pourrions définir une convention de l'Etat comme l'idée dominante que les agents se font de ce que doit être l'intervention des pouvoirs publics dans la sphère économique. Second élément à noter, il apparaît que cette dynamique conventionnelle est intimement liée aux développements de la science économique.

Nous montrerons que l'économie du bien-être a fourni le cadre théorique sous-jacent à la réglementation des industries de réseau, telle qu'elle a été mise en œuvre en France, jusqu'à la libéralisation. L'économie du bien-être tire ses racines de la contestation théorique de la validité des résultats de l'économie publique classique. Sa justification, présentée par Glachant, est particulièrement significative du rôle des développements et débats de la science économique dans les changements de paradigmes de politique publique. La condamnation d'une politique publique active repose sur une remise en cause théorique des capacités de l'Etat de se substituer aux marchés (désignés comme « *le fonctionnement réel des institutions d'encadrement des échanges* ») et de substituer le calcul économique aux processus de fixation des prix de marché<sup>5</sup>. Partant des défaillances de l'Etat, les néo-institutionnalistes, rejoignent les néo-classiques et se proposent « *de créer des marchés en dispersant la propriété publique d'infrastructure de réseaux* ». S'ensuit alors, la recherche de mécanismes d'arrangements alternatifs à la réglementation publique, allant des arrangements purement privés (dont nous montrerons qu'ils peuvent se rattacher à une optique autrichienne de la réglementation) à l'attribution des concessions de service public au moyen de mécanismes d'enchères<sup>6</sup>. Reconnaisant la difficulté de garantir par cette sélection *ex ante* la fourniture des prestations et la qualité du service, les néo-institutionnalistes accordent qu'il est nécessaire de s'assurer de la réalité des prestations par un contrôle assuré *ex post*. Dans une logique proche de celle qui a conduit à l'indépendance des banques centrales, une autorité administrative indépendante devra se charger de cette mission. Nous touchons ici le volet prescriptif de cette approche. Si la loi et les règlements publics doivent, autant que possible, s'effacer devant les solutions d'"ordre privé", reposant sur les accords entre agents et les arbitrages extrajudiciaires, l'action publique n'en conserve pas moins un rôle central. Il s'agit de construire le marché en jouant sur les coûts de transaction qu'induisent la spécificité des

---

<sup>4</sup> Salais R. et Storper M., (1993) *Les mondes de production. Enquête sur l'identité économique de la France*, éditions de l'EHESS, 467 p.

<sup>5</sup> Coase R., (1988), *The Firm, the Market and the Law*, Chicago university Press.

<sup>6</sup> Demsetz H., (1968), « Why regulate utilities ? », *Journal of law and economics*, 11, pp.55-66.

infrastructures de réseau (c'est-à-dire le monopole naturel), les externalités et les problèmes de mesure. La loi doit garantir l'accès non discriminatoire de tous au réseau et imposer le démantèlement des opérateurs historiques pour rendre crédible *ex ante* le caractère équitable de cet accès.

- L'intuition de l'existence d'une pluralité de modalités de réglementation du secteur électrique

Nous reviendrons sur les termes du débat sur les modalités et les finalités de l'action publique appliquée au domaine électrique. Nos réflexions sur le changement institutionnel et sur la place des théories économiques dans sa motivation (ou sa rationalisation) pourront se compléter d'une réflexion sur le rôle du droit et des règles publiques en la matière. Il s'agit de revenir sur les deux approches de la réglementation qui sont communément opposées dans le débat public. Cependant, la prise en compte de l'irréductibilité des expériences nationales et de la persistance d'une diversité dans les réglementations nationales malgré les transpositions de la directive européenne de libéralisation, nous conduira à nous interroger sur la possibilité de traduire ces prescriptions normatives dans les faits. De là, nous essaierons de mettre en évidence l'existence d'une pluralité d'approches et de pratiques quant à la réglementation des secteurs électriques.

Notre objectif est de mettre en évidence l'existence d'une cohérence dans chacune des diverses expériences nationales et des précédents historiques. Il s'agit donc de s'attacher aux dynamiques de celles-ci dans le cadre des transformations induites par la directive européenne de 1996, relative à la libéralisation du marché intérieur de l'électricité. Nous ambitionnons de mettre en évidence des schémas de cohérence entre la dynamique technologique du secteur, le mode institutionnel de gouvernance du secteur électrique et les liens de marché et / ou hors marché qui se tissent entre les entreprises et les pouvoirs publics. Après avoir présenté la dynamique historique de longue période qui fut à l'origine de la constitution du modèle EDF de calcul économique et de coordination industrielle<sup>7</sup>, nous nous attacherons à ses trajectoires possibles dans le cadre du nouvel environnement créé par la libéralisation du marché.

---

<sup>7</sup> Conciliation d'une efficacité interne et d'une efficacité dynamique externe assise sur la coopération avec les constructeurs notamment via les paliers techniques.

Nous apprécierons les nouveaux modèles de gouvernance du secteur électrique sous l'angle de l'efficacité économique, dans la mesure où c'est celle-ci qui est mise en avant dans le mouvement actuel de dérégulation. Il s'agit d'analyser les cadres de pensées théoriques qui sous-tendent les divers modèles de gouvernance des services publics de réseau. Nous mettrons en évidence l'apparent paradoxe de l'organisation électrique anglaise<sup>8</sup>. En effet, dans l'organisation britannique, le régulateur doit créer le marché et distordre l'évolution spontanée de celui-ci si celle-ci ne se fait pas dans un sens conforme au modèle de concurrence pure et parfaite pris comme référence externe. Il s'agit de réglementer en vue de ramener la réalité à un modèle théorique qui définit un optimum économique. L'objectif de la réglementation sera donc de "formater" les conditions de marché afin de les faire coïncider avec un modèle théorique défini de l'extérieur et devant permettre de maximiser le bien-être social. Ce schéma théorique conduit même le régulateur à refuser toute concentration au nom de la nécessité de l'hypothèse d'atomicité. Or, l'économie de tradition autrichienne souvent invoquée pour justifier la réglementation (notamment au Royaume-Uni) conduit à rejeter les politiques publiques visant à construire le marché par des règles d'organisation. De la même façon, ce cadre théorique indique que l'efficacité dynamique du marché suppose d'accepter l'existence de monopoles ou d'autres distorsions si elles apparaissent spontanément. En fait, l'ensemble de la logique de la nouvelle économie des réseaux est antinomique avec l'approche autrichienne. L'existence même d'une régulation spécialisée n'est pas conforme aux enseignements du modèle. La réglementation ne devrait se faire qu'*a posteriori* via la saisine des juridictions civiles.

Il apparaît donc qu'il existe deux logiques antithétiques de la libéralisation. La spécificité d'une approche de tradition "autrichienne" de la réglementation conduit à distinguer deux corpus de prescriptions radicalement opposés. La réglementation néo-classique (que nous nommerons réglementation absente) prescrit la mise en œuvre d'une régulation spécialisée, intervenant *ex ante* et dont les interventions ont pour objet de construire des marchés de concurrence pure et parfaite. La volonté de rapprocher le fonctionnement des marchés des enseignements du cadre théorique induit des prescriptions de régulation asymétrique (pour favoriser l'entrée de nouveaux compétiteurs) et une hostilité vis-à-vis des concentrations (pour préserver l'atomicité). L'origine des divergences entre ces deux approches de la réglementation (nous dirons deux conventions) tient en grande partie aux différences quant à

---

<sup>8</sup> Dont la commission européenne s'est explicitement inspirée pour élaborer la directive de libéralisation du secteur, comme en attestait le premier projet de 1992.

la théorie de la connaissance sous-jacente à chacune d'entre-elles. Nous verrons que dans la théorie autrichienne, il est impossible de construire une fonction de bien-être social à maximiser ou de construire sciemment des structures de marché. Le rejet de tout projet constructiviste dans la réglementation oppose l'approche autrichienne tant au modèle EDF (nous parlerons de réglementation extérieure, en ce sens qu'elle s'impose aux acteurs) qu'à la réglementation actuelle.

En outre, l'étude de la dynamique historique du secteur de l'électricité en France, nous conduira à distinguer deux étapes bien distinctes dans la constitution du "service public à la française". Le modèle EDF, tel qu'il s'est construit dans l'après-guerre, ne saurait, en effet, résumer à lui seul la tradition française de régulation des services publics. Nous verrons que le modèle originel de réglementation du secteur électrique français divergeait d'avec le nôtre tant par ses modalités d'organisation que par ses missions. Comme l'écrit Michel Margairaz<sup>9</sup>, « *In energy and transport, public intervention was most often designed to extend to the greatest number of people. According to an ideology derived from Radicalism, control did not primarily reflect a preoccupation with economic rationalisation, but a republican compromise between private interests and public services, guaranteeing users general and egalitarian access* ». Si les objectifs de service public étaient affirmés par la loi et si l'action publique était résolument active, la réglementation du secteur n'impliquait ni l'étatisation des firmes, ni, dans un premier temps, l'immixtion de la puissance publique dans leurs choix productifs. Le schéma de l'action publique était à la fois territorialisé et réflexif. Les collectivités territoriales occupaient une place centrale dans la régulation du secteur. L'élaboration de la loi du service public se faisait progressivement au travers des saisines des tribunaux administratifs. Elle ne procédait pas seulement des injonctions de l'Etat central, motivées par les prescriptions issues d'un modèle théorique permettant de maximiser le bien-être social. Elle était construite, en situation, par la sédimentation des décisions des tribunaux réglant les litiges entre les acteurs et précisant le droit en situation. Nous verrons que ce modèle de réglementation fait écho en de nombreux points à la réglementation des *public utilities* américaines du début du XX<sup>ème</sup> siècle. Dans les deux cas, l'objectif de l'action publique est de s'assurer que les mécanismes de marché permettent de respecter les objectifs de "solidarité sociale" ou de fonctionnement "raisonnable" du système économique. Outre ce

---

<sup>9</sup> Margairaz M., (1998), « Companies under Public Control in France 1900-1950 », in Whiteside N. et Salais R., *Governance, Industry and Labour Markets in Britain and France. The modernising state in the mid-twentieth century*, Routledge, London, p.30.

souci d'équité, l'action publique poursuit un objectif d'efficience productive en favorisant un développement rationnel du secteur (favoriser les interconnexions, éviter les duplications d'infrastructures). La place secondaire accordée à l'Etat central (au profit des collectivités territoriales en France, des commissions étatiques aux Etats-Unis) et le caractère réflexif et jurisprudentiel de la législation sont deux caractères communs à ces deux expériences. Elles forment un modèle de réglementation que nous qualifierons de service public<sup>10</sup>. Elles partagent avec l'approche autrichienne une hypothèse de construction réflexive des institutions. Elles s'en distinguent radicalement quant à la place de l'action publique.

- Le cadre théorique de l'étude

Cette pluralité des modes de réglementation du secteur électrique sera saisie au travers d'un cadre théorique combinant l'économie des conventions et l'économie institutionnelle du droit. Celui-ci nous permettra de caractériser ce que nous appellerons des "conventions de réglementation".

Plutôt que d'employer le terme de régulation, nous préfererons utiliser le terme de réglementation. Ce dernier, nous apparaît, en effet, plus proche dans ses acceptions du terme anglais *regulation*. Le terme français de régulation nous semble se rattacher au vocabulaire de la régulation des infrastructures essentielles, telle que la préconise la nouvelle économie des réseaux. En d'autres termes, la régulation appartient à la convention de la réglementation absente. De la même façon, nous emploierons le terme de convention de réglementation plutôt que modèle de réglementation. Un modèle de réglementation fait sens à l'intérieur d'un paradigme de politique publique. Il s'appuie sur les prescriptions d'un modèle théorique. Il résulte donc d'une approche déductive. La convention, telle que nous l'employons ici, ne correspond pas à la convention de Lewis. Elle ne traite pas directement des problèmes de coordination. Il s'agit des conventions de l'Etat au sens de Salais et Storper. Une convention de réglementation peut se définir comme un *pattern of expectations* quant à l'action publique en matière réglementaire : *«La conception et le développement des politiques publiques en direction de l'économie dépendent des rôles de l'Etat qui sont tenus pour légitimes par les*

---

<sup>10</sup> Marty F. et Salais R., (2001), *Nous vous devons plus que la lumière. Le devenir du soutien apporté par EDF aux PME / PMI au sein d'un marché européen d'électricité ouvert et dérégulé*, Rapport pour la Direction de la Technologie du Ministère de la Recherche, janvier.

*acteurs de l'économie. Ceux-ci intègrent la conception qu'ils ont de ces rôles dans leurs anticipations, dans leurs actions et réponses aux actions des autres. (...) [La] convention [de l'Etat] définit la manière dont il est attendu de l'Etat qu'il aide à la construction du bien commun<sup>11</sup>».*

En effet, les deux traits saillants de l'actuel phénomène de changement réglementaire (le rôle des théories économiques sous-jacentes et la place des règles et dispositifs juridiques), nous conduisent à nous appuyer sur deux approches complémentaires, lesquelles peuvent, à notre sens, se relier, dans une certaine mesure, à la tradition du vieil institutionnalisme. Il s'agit de l'économie des conventions et de l'économie du droit. Toutes deux permettent de saisir les dynamiques de changements institutionnels au travers des actions économiques situées et instituées. Le positionnement théorique adopté reviendra donc à se situer à l'intersection de l'économie de la réglementation avec les approches de l'économie des conventions et de l'économie du droit dans leurs dimensions se rattachant à l'héritage institutionnaliste.

- L'économie des conventions et notamment le concept de convention de l'Etat de Salais et Storper

Dans notre analyse de la pluralité et la dynamique des modalités de réglementation du secteur électrique, nous formons l'hypothèse sous-jacente que celles-ci reposent sur une pluralité de conventions de l'Etat entre les personnes telles que les ont mis en évidence Salais et Storper dans *Les Mondes de production*<sup>12</sup>. Ces conventions se déclinent dans tous les domaines de l'intervention publique, notamment dans le domaine de la réglementation économique. Il est possible de mettre en regard des conventions de l'Etat, des conventions de réglementation. Celles-ci structurent le cadre institutionnel et guident l'action publique. Le mouvement de libéralisation des industries de réseau, entamé depuis les années soixante-dix pourrait donc être rattaché au recul de la convention de l'Etat extérieur au profit de la convention de l'Etat absent. Ces deux conventions permettent, en effet, d'offrir une première clé de lecture pour structurer le débat économique.

---

<sup>11</sup> Salais R. et Storper M, (1993), *op. cit.* p.331.

<sup>12</sup> Salais R. et Storper M., (1993) *Ibid.*

Pour reprendre les termes de Robert Salais et Michael Storper, la conception et le développement de l'action publique dépendent de ce qui est tenu pour légitime par les agents économiques. Il en résulte, pour ces auteurs, que l'action publique doit s'appuyer sur les anticipations des agents. Celles-ci sont elles-mêmes en partie fondées sur des représentations issues des résultats communément admis de la science économique en un lieu et en un instant donné. Les prescriptions normatives issues de deux conventions de l'Etat entre les personnes, la convention de l'Etat extérieur et la convention de l'Etat absent vont jouer un rôle crucial dans notre analyse. La convention de l'Etat extérieur fait écho au modèle du service public à la Française, dans lequel l'Etat fait figure de dictateur omniscient et bienveillant. Celui-ci se propose alors de corriger par l'action publique les résultats spontanés du marché. Il s'agit de prendre des mesures correctives de caractère Pareto-améliorant. Le modèle EDF, fondé sur la théorie du rendement social de Maurice Allais, constitue un exemple archétypal de cette approche. La convention de l'Etat extérieur peut se rapprocher de la notion d'Etat "Colbertiste" proposée par Elie Cohen<sup>13</sup>. Notre premier chapitre, consacré à la construction du modèle EDF, illustrera la mise en œuvre de cette convention notamment à travers le calcul économique et les choix techniques de la firme.

La convention de l'Etat absent s'ancre pour partie dans la logique du libéralisme classique. Pour celui-ci l'action publique se fait par nature au détriment des plans individuels et donc de l'Intérêt Général. Selon les termes de Salais et Storper, « *le bien commun est défini, d'abord et avant tout, comme la création d'une structure d'opportunités qui maximise la possibilité pour chaque personne de poursuivre ses intérêts propres* ». De cette prémisse, naît la volonté de l'Etat de s'extraire, autant que faire se peut, de toutes les situations d'action économique. De là, dérivent des politiques publiques des plus actives et des plus performatives qui soient sur les structures institutionnelles et organisationnelles. Elles visent à organiser l'effacement de l'Etat. Les politiques de libéralisation du secteur de l'électricité en fournissent un des plus parfaits exemples.

Dans les deux cas, il s'agit de conventions pour lesquelles la définition de l'Intérêt Général est issue des enseignements d'un modèle théorique défini en surplomb (et donc extérieurement) à

---

<sup>13</sup> Cohen E., (2000), « De la réglementation étatique et administrative à la régulation », *Paysans*, n°261, mai-juin.

la coordination située<sup>14</sup>. L'optimum parétien est dans les deux cas accessible à la connaissance du décideur public, lequel peut alors mettre en place les politiques nécessaires afin d'atteindre celui-ci. Les théories économiques fournissent les conclusions normatives *ad hoc* pour mettre en place des politiques publiques Pareto-améliorantes. Les principes de justice et les métathéories définissant l'intérêt général étant socialement admis, ces conventions vont s'incarner dans les règles guidant et encadrant l'action publique. Ceci concernera principalement les règles de droit et de façon conséquente les règles de gestion et de calcul économique à disposition des acteurs. En fait, la convention s'appuie sur une théorie économique sous-jacente. Celle-ci façonne les représentations des agents et détermine les règles juridiques et comptables utilisées.

Il faut cependant exploiter toute la richesse du cadre théorique des conventions de l'Etat en introduisant dans notre analyse les conventions de l'Etat situé. Le débat autour de la réglementation des services publics ne se limite pas à l'opposition manichéenne d'une logique étatique opposée à une logique marchande. Au contraire, l'analyse historique et l'étude des fondements théoriques des prescriptions de politique publique permettront de caractériser une pluralité de conventions de réglementation.

L'application à l'économie de la réglementation du cadre général défini par Salais et Storper nous a conduit à nous rapprocher d'une économie institutionnaliste du droit. L'étude des textes législatifs, des débats juridiques et des litiges soumis aux tribunaux nous permettra d'analyser la cristallisation institutionnelle des conventions de réglementation autour des règles de droit construites pour structurer le secteur et mobilisées par les acteurs économiques pour faire valoir leurs intérêts.

#### - L'économie du droit dans sa tradition institutionnaliste

L'économie du droit constituera l'un des fils directeurs de notre travail. Celle-ci se divise en trois approches distinctes<sup>15</sup>. La première s'attache aux relations entre le système juridique et

---

<sup>14</sup> La coordination est située en ce sens qu'elle mobilise des connaissances propres aux circonstances de lieu et de temps.

<sup>15</sup> Pour la présentation de l'analyse économique des règles de droit voir : Kirat T., (2000), « Action juridique et calcul économique. Regards d'économie du droit » in Kirat T. et Serverin E., *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, Paris, 237 p.

l'allocation des droits et ressources. Le projet normatif de cette tradition tient à la recherche de règles minimisant les coûts sociaux de certains comportements ou de certaines situations. Elle se rattache donc à la question de l'efficacité économique des règles et ce faisant à une approche fondée sur le calcul. Une seconde sensibilité peut être qualifiée de transactionnelle. Elle aborde les contrats sous l'angle de leur efficacité procédurale. Il s'agit de l'approche de la nouvelle économie institutionnelle de Williamson. La dernière approche est celle de la *Law and Economics* de tradition institutionnaliste. Cette dernière place au cœur de son objet et de sa démarche l'interdépendance des sphères juridiques et économiques. Elle procède d'une méthode axée sur le traitement des conflits d'intérêts par les règles de droit. Elle s'oppose à un positivisme normativiste, recherchant une cohérence logique dans l'ensemble des règles juridiques et à une approche déontique concevant le droit comme une architecture de règles de conduites obligatoires. Cette approche s'ancre sur l'étude des actions économiques situées dans leur cadre institutionnel.

Il s'agit de s'attacher aux modes d'activation des règles de droit dans la résolution des conflits d'intérêts et dans la réglementation économique. Nous nous inscrivons résolument dans cette tradition en proposant une analyse de la réglementation du service public de l'électricité en grande partie fondée sur l'influence des décisions du juge de la concurrence dans le cadre d'un secteur d'activité caractérisé par de rapides évolutions du cadre réglementaire et des conditions productives.

L'économie du droit constitue, dans cette branche, un angle d'analyse particulièrement pertinent pour apprécier l'influence des dispositifs et décisions juridiques sur l'efficacité économique du secteur. L'accent sur le droit jurisprudentiel nous permettra de saisir à la fois les dispositifs juridiques en action et les voies de règlement des conflits d'intérêts liés à la structure concurrentielle du secteur. L'accent sur le rôle de la jurisprudence dans l'efficacité économique de la réglementation du secteur électrique ne nous conduira pas cependant à faire nôtre l'angle d'analyse de Posner quant à l'efficacité économique de la jurisprudence. Dans sa théorie des décisions judiciaires dans le cadre de la *Common Law* anglo-saxonne, Posner vise à démontrer la logique économique de la sédimentation jurisprudentielle. Il fait l'hypothèse selon laquelle la *Common Law* du droit judiciaire tendrait spontanément vers l'efficacité économique du fait d'un processus de "sélection naturelle" des règles. Ce darwinisme juridique suppose que la *Common Law* est à même de sélectionner les meilleures règles et que la régulation judiciaire est intrinsèquement supérieure aux régulations législatives et

administratives. Notre point de départ sera, bien au contraire, la reconnaissance de l'imbrication de ces différents types de régulation dans l'action économique.

Les règles juridiques seront au cœur de notre analyse non seulement par rapport à la dynamique même du changement institutionnel mais aussi au travers des registres d'action qu'elles ouvrent aux acteurs économiques<sup>16</sup>. Trois registres d'action peuvent être dégagés. Le premier aspect réside dans le fait que le droit est constitutif de situations d'action. Il développe des matrices d'actions. Les règles publiques contribuent à créer des acteurs et des procédures de coordination. Notre analyse des actes du Conseil de la Concurrence relatifs au secteur électrique nous permettra de mettre en évidence les bouleversements des jeux d'acteurs induits par l'introduction de nouvelles dispositions juridiques. Le second registre d'action réside dans la création d'institutions et de procédures stabilisant les anticipations et les représentations. A ce titre, le droit facilite la coordination et l'engagement dans l'action économique. Si le contrat est déterminé par les intérêts des parties, il n'en est pas moins soutenu par la connaissance commune de l'existence de garanties juridiques. Les conflits portés devant le Conseil de la Concurrence ou devant la Commission de Régulation de l'Electricité attestent de l'existence de recours organisés par le droit et de l'importance de ceux-ci pour l'engagement dans la relation contractuelle. Le troisième registre à prendre en considération est un registre stratégique. Comme le notent T.Kirat et E.Serverin, « *le droit en tant que tel peut faire l'objet d'actions visant à l'interpréter, le modifier ou à le préserver, à l'initiative d'acteurs individuels ou collectifs qui ont un intérêt à la règle. La règle juridique est alors endogénéisée dans un champ stratégique ou calculatoire (...) l'action visant la règle ne se résume pas à un jeu de lobbying exercé par des groupes d'intérêts sur le décideur public, mais s'exerce chaque fois qu'un sujet (individuel ou collectif) est intéressé par le sens donné à la règle, et agit en conséquence. Ces actions sont observables à la fois devant les tribunaux (par la demande de jurisprudences), dans la sphère privée (interprétation de la règle dans un but utilitaire) et dans l'espace administratif (circulaires et instructions destinées à guider l'action des agents dans l'application des dispositions juridiques<sup>17</sup>)* ». Ce troisième registre d'action sera peut être le plus fondamental dans notre étude dans la mesure où la production juridique du Conseil de la Concurrence et de la Commission de Régulation

---

<sup>16</sup> Kirat T. et Serverin E., (2000), « Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action », in Kirat T. et Serverin E., *op. cit.*

<sup>17</sup> Kirat T. et Serverin E., (2000), *Ibid.* p.9.

de l'Electricité revêt une importance particulière en matière de précision et de mise en œuvre de la réglementation.

Nous retrouvons ici, la méthode exposée par Thierry Kirat pour une approche pragmatique de l'analyse économique du droit<sup>18</sup>. Il s'agit de se saisir le droit en mouvement en considérant tout à la fois sa dynamique interne, mue par le travail législatif, réglementaire et le jeu de la jurisprudence et les impulsions externes à la sphère juridique *stricto sensu* liées à « *l'existence de rapports actifs entretenus par les acteurs aux dispositifs juridiques, dans des activités économiquement finalisées* »<sup>19</sup>.

- Identification d'une pluralité de conventions de réglementation

L'identification de quatre approches de réglementation du secteur électrique constitue notre intuition théorique. A partir de celle-ci, nous interrogerons les théories économiques et les faits empiriques. Nous analyserons la pluralité et les dynamiques de ces modèles de réglementation au travers du modèle théorique des conventions de l'Etat. Celles-ci se rapportent aux attentes des acteurs économiques quant aux finalités, aux périmètres et aux modalités de l'action publique. Nous déclinons ce modèle au niveau d'un segment spécifique de l'action publique, celui de la réglementation. Nous dériverons donc des conventions de l'Etat des conventions de réglementation, catégories idéal-typiques, caractérisant les diverses modalités de régulation du secteur électrique que nous avons distinguées.

---

<sup>18</sup> Kirat T., (2002), *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, LGDJ, à paraître.

<sup>19</sup> Kirat T., (2002), *Ibid.* p.12.

Les quatre conventions de réglementation qui émergent de notre analyse peuvent se distribuer comme suit :

	Possibilité d'atteindre l'optimum économique par l'action sur les règles de droit	Construction réflexive des institutions
Prise en compte d'un intérêt collectif dans l'action publique imposant d'interférer avec les mécanismes de marché	Modèle EDF ou convention de réglementation "extérieure"	Modèle originel du service public à la Française ou convention de réglementation de "service public"
Refus d'interférer dans les mécanismes concurrentiels	Modèle actuel du marché de l'électricité libéralisé ou convention de la réglementation "absente"	Modèle d'une réglementation non spécifique ou convention de réglementation "autrichienne"

#### Le choix d'un terrain empirique

Notre objectif, dans cette thèse, ne sera pas de statuer sur la définition de règles optimales de réglementation du secteur électrique. Nous ambitionnerons seulement de saisir les règles en action. A partir de l'observation de celles-ci, notamment au travers des faits historiques, des débats théoriques et de la production juridique, nous essaierons de reconstruire les objets traditionnels de l'économie publique. Notre objectif sera d'éclairer le débat sur la structure institutionnelle du secteur électrique en adoptant un point de vue situé à l'intersection de l'économie des conventions et de l'économie du droit. Nous interroger sur ces institutions nous mènera à étudier les conditions d'émergence de ces conventions de réglementation ou *patterns of expectations*. De ceci découle le recours, pour partie, à une démarche historique, laquelle structurera notre premier chapitre. Les chapitres I et II souligneront que la dynamique d'émergence de telles conventions mobilise des dynamiques techniques, théoriques et politiques. Nous verrons comment ces conventions de réglementation sont susceptibles de se cristalliser en institutions.

L'économie institutionnaliste va constituer à la fois l'un de nos objets d'étude, à travers le cas de la réglementation des services publics du Wisconsin, mais aussi la trame de notre démarche méthodologique. Nous rechercherons moins une structure de gouvernance ou d'une réglementation optimale du secteur, que le développement d'une induction raisonnée à partir de l'intuition théorique de nos quatre modèles de réglementation. Nous interrogerons les théories économiques, l'histoire des faits et les débats actuels à partir de faits stylisés. Nous ne viserons pas à statuer sur l'efficacité de chacun des modèles de réglementation. Nous viserons à les saisir en pratique au travers de l'expérience historique et de la construction du nouveau cadre réglementaire français. Notre travail historique se fonde sur le dépouillement et l'analyse des archives d'Electricité de France et des anciennes sociétés de l'électricité. Les archives nous permettent de saisir la construction de l'entreprise nationale, de ses équipements théoriques (ses règles de gestion, ses choix d'investissement, ses pratiques tarifaires, ses liens avec la tutelle publique...) et de ses équipements productifs (liens avec les constructeurs d'équipements électromécaniques, contrats, exportations d'usines clefs en mains...). Les archives du Conseil d'Administration d'EDF, de ses principales directions techniques et de ses services d'études économiques nous permettent de retracer la constitution et le déploiement de la convention de la réglementation extérieure. L'accent mis sur les contrats d'équipements d'EDF, la co-définition des trajectoires technologiques des équipements, les aides à l'innovation et à l'exportation en faveur des constructeurs français nous permettra de saisir la pleine spécificité de cette convention. Nous verrons que celle-ci est soucieuse à la fois d'efficacité statique et dynamique, interne et externe (c'est-à-dire désireuse d'entraîner l'ensemble de la branche électrique).

Un autre trait commun de notre démarche avec la méthode institutionnaliste réside dans notre souci de percevoir les règles de droit non pas dans leur énoncé ou dans leur cohérence doctrinale mais dans leur mise en œuvre concrète au travers de l'action des juridictions. Nous confronterons les quatre mondes de réglementation aux actes du Conseil de la Concurrence. Nous procéderons à l'analyse qualitative et quantitative de l'ensemble des décisions, avis et mesures conservatoires du Conseil de la Concurrence relatifs aux services publics publiés<sup>20</sup> jusqu'en janvier 2002. Il s'agira de d'étudier le changement réglementaire à partir des actes du Conseil. Les avis sont relatifs pour les uns aux projets de nouvelles législations et pour les autres à la définition concrète des modalités d'application de la nouvelle législation sa mise en

---

<sup>20</sup> Certains actes, datant de l'année 2001 mais publiés dans le courant de l'année 2002 ne seront donc pas pris en compte dans notre base de données.

œuvre concrète. Les décisions et mesures conservatoires concernent les saisines contentieuses. Nous sommes alors dans le domaine la mise en œuvre de la loi.

L'étude de la jurisprudence du Conseil nous permettra de dégager une véritable "sédimentation" dans le processus de changement conventionnel. Les étapes que nous soulignons en gras désignent les phases ce processus dans lequel le Conseil de la Concurrence intervient. Il nous sera donc possible d'embrasser l'ensemble de la dynamique du changement conventionnel.

1. Projets de directive de libéralisation au niveau européen.
2. **Avis du Conseil de la concurrence sur la réglementation d'un secteur** (suite à une demande ministérielle ou d'une commission parlementaire).
3. Directive de libéralisation.
4. **Avis du Conseil de la concurrence sur la transposition de la directive de libéralisation** (suite à une demande ministérielle).
5. Loi de transposition (après des livres blancs, des rapports, voire des actions devant la Cour de Justice des Communautés Européennes à Luxembourg).
6. **Avis du Conseil de la concurrence sur les dispositifs réglementaires installés en application de la loi de "modernisation du service public"** (suite à une demande d'une autorité de régulation).
7. Avis, décisions des autorités de régulation.
8. Décrets ministériels encadrant le secteur
9. **Avis du Conseil de la concurrence sur la stratégie de l'opérateur historique et ses offres** (demande émanant de l'autorité de régulation et de concurrents)
10. **Décisions et mesures conservatoires à l'encontre de l'opérateur de réseau** (suite à des saisines de concurrents)
11. Appels éventuels devant la Cour d'Appel de Paris et la Cour de Cassation

Le corpus utilisé rassemble l'ensemble des actes du Conseil de la Concurrence (avis, décisions et mesures conservatoires) relatifs au secteur électrique (électricité *stricto sensu* et construction électrique) et aux autres services publics de réseau (gaz, télécommunications, eau, chemins de fer, poste, autres concessions de service public...). Ces actes furent publiés dans une période allant de 1996 au 31 décembre 2001. Nous procéderons à deux études parallèles. La première portera sur l'ensemble de la base et visera à étudier la place du secteur

électrique dans l'ensemble des services publics. La seconde ne portera que sur les actes relatifs à l'électricité et ambitionnera d'étudier plus finement la structuration interne des actes propres au secteur et leur évolution.

Nos trois premiers chapitres nous permettront de tester et d'affiner notre intuition théorique et de développer la nature et les ressorts de chacune des conventions de réglementation. Ils interrogeront simultanément l'histoire économique et les modèles d'économie normative. Notre quatrième chapitre confrontera ces conventions à l'épreuve des faits à partir de la jurisprudence du Conseil de la concurrence.

Notre premier chapitre sera consacré à la construction du modèle EDF et donc à l'observation de la dynamique historique d'élaboration et de mise en œuvre de la convention de la réglementation extérieure. Sa première section traitera des dynamiques technologiques et "politiques" qui ont conduit à l'instauration de cette convention. La seconde section sera consacrée à la cohérence interne de celle-ci. Nous nous attacherons au travail de conception et de mise en œuvre d'outils de calcul économiques et de règles tarifaires par la firme publique. La troisième section montrera les liens de ces outils avec les objectifs d'efficacité externe (politique industrielle, liens avec les constructeurs) et d'efficacité dynamique (innovation) de la branche. Ce chapitre, fondé sur le questionnement de l'analyse théorique de la fin des années quarante et des archives historiques d'EDF, vise à présenter la cohérence de la convention de réglementation extérieure. Elle nous permet d'observer la trajectoire complète d'une dynamique conventionnelle.

Notre second chapitre s'attache à la contestation des hypothèses théoriques sous-jacentes à la convention de la réglementation extérieure, à la montée en puissance des prescriptions favorables à la libéralisation et à la mise en place de la convention de la réglementation absente. Nous reviendrons sur les débats théoriques dans la mesure où le processus de contestation de la convention de réglementation extérieure ne découle pas de défaillances techniques du produit, mais au contraire tient aux controverses économiques. Cette contestation théorique, née aux Etats-Unis dans les années soixante, utilisée comme justification des privatisations en Grande-Bretagne au début des années quatre-vingt, est arrivée en France par le canal européen. Cette importation s'est faite d'autant plus facilement que la construction européenne s'appuie sur les prescriptions de la politique de la concurrence. De la présentation des critiques théoriques à l'encontre du modèle EDF, nous pourrons donc

déboucher sur les prescriptions des modèles économiques normatifs. Notre première section portera sur le débat théorique sous-jacent au basculement conventionnel. Nous verrons comment la controverse économique accompagne (et /ou suscite) le changement de convention de réglementation. La contestation de l'efficacité des prescriptions normatives issues de l'économie du bien-être s'accompagne de la montée en puissance de la nouvelle économie des réseaux et de la nouvelle économie publique. La traduction réglementaire de l'ascendant théorique de ces modèles normatifs fera l'objet de notre seconde section. Il nous sera alors possible de pointer la marque de la convention de réglementation absente sur les directives européennes et partant sur les diverses transpositions nationales. L'évaluation de la situation concurrentielle et institutionnelle actuelle, ainsi que l'observation des diverses expériences nationales, nous permettra de mettre en exergue quelques faits interrogateurs quant à l'efficacité de la nouvelle donne concurrentielle.

Ce bilan nous permettra, dans notre troisième chapitre, de revenir sur une critique de la libéralisation fondée sur les approches réflexives et situées de la réglementation. Notre première section s'attachera à la contestation par l'approche autrichienne de la possibilité de construire des marchés concurrentiels par le nouveau cadre réglementaire. Nous établirons l'irréductibilité des conventions de réglementations absentes et autrichiennes. Notre seconde section montrera que les approches réflexives de la réglementation ne se bornent pas au cas autrichien mais recouvrent les modèles du service public à la française, dans sa tradition juridique originelle et de la réglementation institutionnaliste, telle qu'elle fut mise en œuvre aux Etats-Unis au début du XX<sup>ème</sup> siècle.

Notre quatrième chapitre portera sur l'étude qualitative et quantitative de l'ensemble des actes du Conseil de la concurrence relatifs aux services publics entre 1996 et 2001. Nous considérerons l'ensemble des services publics et non pas seulement l'électricité pour pouvoir comparer sa trajectoire réglementaire à celle des autres secteurs. Notre première section portera sur la présentation de la jurisprudence du Conseil et de son intérêt pour notre travail. Notre seconde section mettra en œuvre une analyse qualitative du contentieux traité par le Conseil de la concurrence. Nous traiterons respectivement des litiges liés aux conventions de réglementation extérieures et absentes et de l'action du Conseil dans l'élaboration, la précision et la mise en œuvre de la nouvelle réglementation. L'étude quantitative des actes du Conseil (avis, décisions et mesures conservatoires) fera l'objet de notre troisième section. Nous nous interrogerons sur les éventuelles spécificités du secteur électrique et sur le jeu

d'acteurs qui accompagne le basculement conventionnel. Ces thématiques de la spécificité du secteur électrique et du processus de changement réglementaire structureront nos deux dernières sections, respectivement consacrées à une analyse en composantes principales du corpus et à une analyse lexicale des textes des actes du Conseil.

Notre conclusion nous permettra de remettre en perspective les diverses logiques de réglementation, en s'appuyant notamment sur une analyse des schémas d'interactions caractérisant chacune d'entre-elles. Nous nous interrogerons, enfin, sur la dynamique du système électrique français dans le cadre de sa mutation actuelle<sup>21</sup>.

---

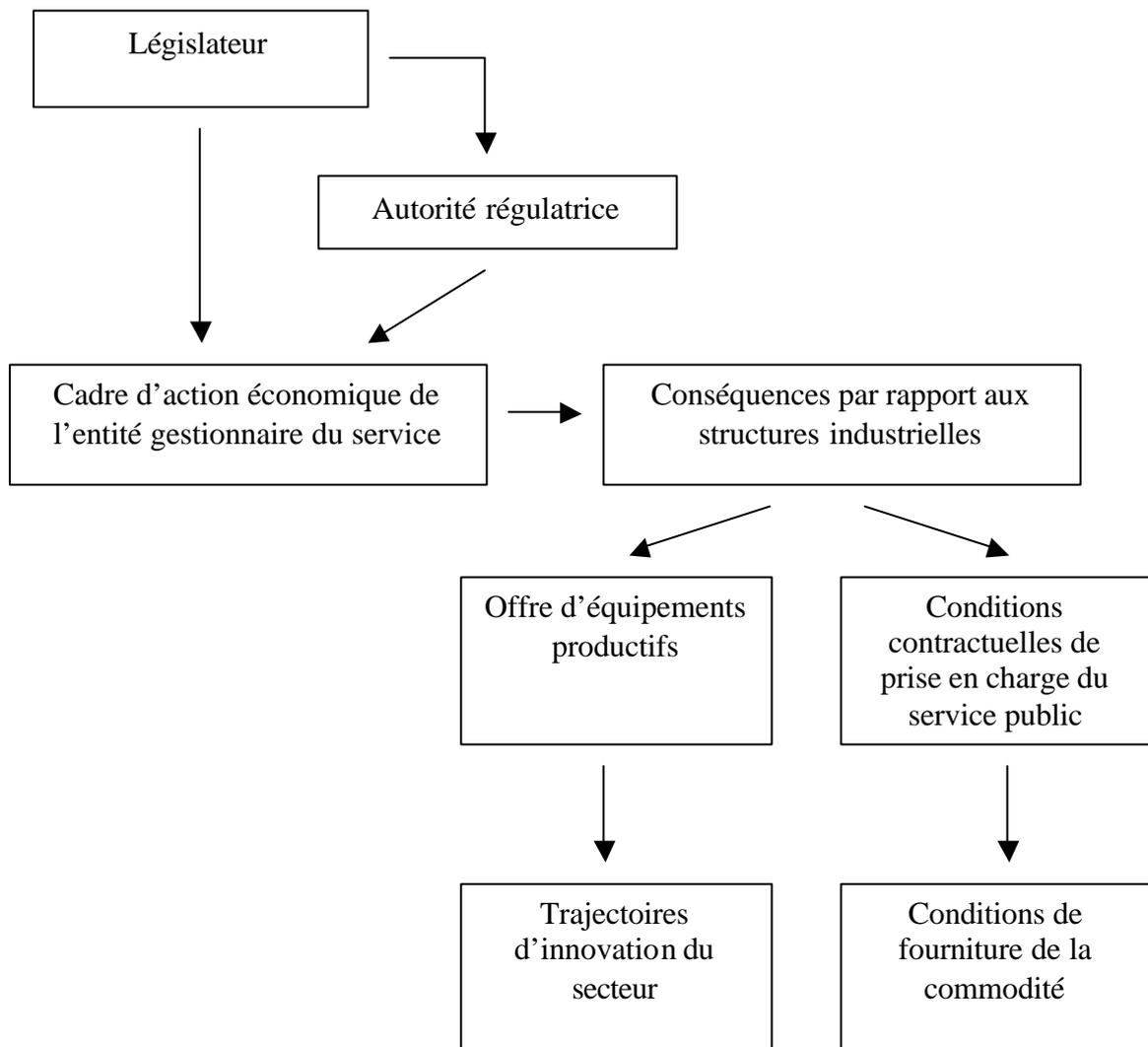
<sup>21</sup> Un volume d'annexes présentera des démonstrations, des études de cas, des actes significatifs du Conseil de la Concurrence, ainsi que l'ensemble des traitements statistiques appliqués à notre base de données.

# Chapitre 1 : La construction de la convention de la réglementation extérieure : étude économique et historique autour du “modèle EDF”

L'objet de ce chapitre est de présenter la construction progressive d'une convention de réglementation au travers d'une étude de cas historique, celle de la genèse, de la mise en place et de la gestion d'Electricité de France. Il s'agit de mettre en évidence un exemple d'une dynamique conventionnelle et de construction progressive d'une cohérence s'étendant à l'ensemble de la branche électrique. EDF nous fournira une application de ce que nous avons appelé une convention de réglementation extérieure. Notre première section portera sur la dynamique historique, technologique et économique qui a conduit à l'établissement de cette convention de réglementation. Notre seconde section s'attachera à la construction conjointe et croisée de cette convention de réglementation avec la théorie économique.

Notre troisième section traitera des répercussions de la convention de la réglementation extérieure sur l'ensemble du système électrique. Nous présenterons ses répercussions sur la coordination entre les firmes du secteur, sur la politique industrielle nationale sur la qualité du service fourni à l'utilisateur et sur la trajectoire technologique de l'industrie. Il s'agit d'établir le plus finement possible l'ensemble des caractéristiques de ce que nous appellerons la convention de la réglementation absente, de façon à apprécier les enjeux et les conséquences du basculement conventionnel que nous étudierons dans notre second chapitre.

Il s'agit, en effet, dans ce premier chapitre, de décrire la construction historique d'une convention de réglementation et de mettre en évidence la structuration réalisée par les règles de droit et les outils de gestion sur les conditions économiques d'exercice de l'activité du service public. L'effet de structuration assuré par les règles de droit s'applique tant aux conditions de fourniture du service public qu'aux équipements productifs eux-mêmes, comme nous le montrerons dans notre section I.3. L'analyse du secteur ne peut se faire que par la prise en compte de son caractère situé et institué.



## I.1 Logiques de la constitution d'une entreprise nationale dans le secteur électrique (1919-1946)

L'objet de cette section sera de mettre en relief la double dynamique technique et institutionnelle qui a conduit à la nationalisation du secteur de l'électricité en France. Il s'agit notamment d'insister sur les liens existants entre les caractéristiques techniques des fonctions de production, les perceptions des agents économiques en matière de politique publique et l'activité du législateur. Nous verrons comment les changements de convention de l'Etat accompagnent les mutations technologiques et peuvent se traduire dans certaines occasions par un basculement réglementaire majeur. L'exemple de la nationalisation de l'électricité en 1946 illustrera le basculement entre une convention de réglementation de service public (que

nous présenterons plus en détail dans notre section III.2) et une convention de réglementation extérieure (que nous analyserons dans nos prochaines section I.2 et I.3). Notre objectif sera de montrer comment la nationalisation procède tout à la fois d'une nécessité technique (bien que le modèle d'un monopole privé régulé aurait pu prévaloir) et d'une logique politique (excluant la solution privée). L'élément essentiel sera de mettre en évidence que le basculement conventionnel ne procède pas d'une table rase, d'un choc exogène soudain, mais d'une dynamique de long terme. Les racines de la nationalisation de 1946 sont à rechercher, comme nous le verrons, dans l'expérience de la Grande Guerre. Nous aborderons donc successivement dans cette section les aspects technologiques et institutionnels qui conduisirent le législateur à opter pour la solution de l'entreprise nationale.

### **I.1.1 La convergence vers le monopole naturel à travers l'accroissement des économies d'échelle**

Notre propos sera de retracer les grandes lignes de la dynamique technique qui a suscité le basculement du secteur électrique d'une pluralité de firmes concurrentes vers une structure monopolistique. Il s'agit de mettre en lumière les fondements technologiques de ce premier basculement conventionnel. Nous verrons que celui-ci tire en partie son origine de la taille sans cesse croissante exigée des industries intervenant dans le secteur électrique nécessitant une augmentation constante des capacités techniques et financières des firmes du secteur<sup>22</sup>.

#### **I.1.1.1 Croissance des indivisibilités techniques et mutation de la configuration industrielle**

Nous nous proposons de montrer que les mutations de la fonction technique de production vont conduire à de telles indivisibilités d'investissement que les firmes isolées et puis coalisées ne seront plus en mesure de les entreprendre par leurs propres moyens. Par exemple, le passage de monopoles régionaux (nécessités par les exigences techniques et financières des centrales thermiques des années vingt) à un monopole d'échelle nationale sera le fait de l'indispensable interconnexion. Celle-ci conduira à l'unification des monopoles régionaux. Elle sera le fruit à la fois de nécessités techniques (le dualisme électrique français) et d'une

---

<sup>22</sup> Pour une présentation plus détaillée :

Marty F., (2001), « Les grands projets de la filière électrique dans l'entre-deux-guerres : innovation et coordination interentreprises », in Barjot D., Morsel H. et Coeuré S., (sd.), *Stratégies, gestion, management. Les compagnies électriques et leurs patrons (1895-1945)*, Fondation Electricité de France, Paris, 533 p., mai.

volonté politique née de l'expérience de la Grande Guerre (amener l'énergie alpine d'origine hydroélectrique à Paris).

L'entre-deux-guerres fut marqué par une vague d'innovations technologiques majeures au sein de la filière électrique. Celles-ci concernèrent d'une part les performances des centrales thermiques tant au niveau des puissances installées que de leur rendement, et d'autre part la réalisation d'un réseau national d'interconnexion à très haute tension. Ces avancées de la filière électrique eurent pour cadre la réalisation de grands projets industriels. De nombreuses entreprises de statuts et de capacités hétérogènes se mobilisèrent autour de ces projets. Les produits, élaborés au travers des projets, ne préexistaient plus à la coordination, comme c'était encore le cas en 1914, mais au contraire étaient le fruit de celle-ci. La réussite de ces projets était conditionnée à une étroite collaboration entre les entreprises de production et de distribution d'électricité, d'une part, et les constructeurs de matériels électromécaniques, d'autre part.

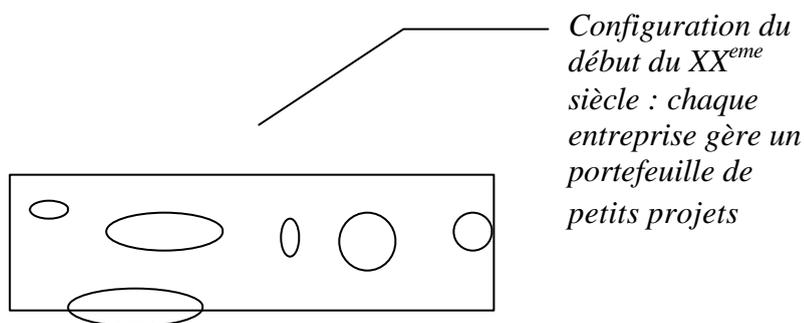
Chaque projet transcendait les strictes frontières juridiques d'une firme donnée pour mobiliser une constellation mouvante de partenaires industriels. Il se créait autour de chaque projet industriel innovant un espace de coopération fédérant les capacités des différentes entreprises et formant ainsi, ce que les sciences de gestion nomment une "entreprise virtuelle". Cette notion traduit bien la mobilisation autour d'une situation singulière de différents pôles de l'industrie électrique qui étaient alors structurés par les grands groupes de l'électricité tels les groupes Mercier (Union d'Electricité, UdE), Empain (Energie de la Seine) ou Durand (l'Electricité Industrielle, EI). Une analyse axée sur l'étude des projets de la branche fournit une grille d'analyse de la dynamique de la filière. Le projet passe par la mobilisation des capacités des différents pôles de la filière, que ceux-ci appartiennent à un même groupe ou à des groupes différents comme ce fut souvent le cas dans la pratique. Il s'agissait de bénéficier des capacités d'un constructeur affilié à une entreprise concurrente, ou de soumettre son constructeur habituel à une réelle épreuve de réalité portant tant sur la qualité de ses produits que sur ses coûts. L'étude des grands projets de la filière entre 1895 et 1945, met en évidence la succession de trois configurations qui sont liées à l'importance relative de ceux-ci par rapport aux firmes de la filière. Ces configurations peuvent être rapprochées d'une typologie proposée par Vincent Giard et Christophe Midler<sup>23</sup>, qui nous servira de fil directeur.

---

<sup>23</sup> Ecosip, (1993), sous la direction de V.Giard et de C.Midler, *Pilotage de projets et entreprises - diversités et convergences*, Paris, Economica.

#### I.1.1.1.1. La situation avant la première guerre mondiale : la gestion d'un portefeuille de projets

Dans une première phase du développement de l'industrie électrique, chaque firme gérait un portefeuille de projets. Ceux-ci constituaient des engagements limités tant aux points de vue techniques que financiers. Ils étaient conçus comme des investissements de diversification, de consolidation des débouchés ou d'exploration de nouveaux marchés. Si aucun de ces projets n'était vital pour l'entreprise, le développement de celle-ci passait par la gestion de ce portefeuille. Cette stratégie se retrouve, aujourd'hui, dans l'industrie pharmaceutique ou dans l'industrie chimique. Chaque firme gère de nombreux petits projets relativement indépendants les uns des autres<sup>24</sup>.



Dans cette configuration, le projet industriel ne mobilise pas l'ensemble des capacités techniques et financières de la firme. Le projet se conçoit comme un pari, comme une diversification ou une consolidation du marché aval. Les firmes de production électrique naquirent de cette stratégie. Elles furent les fruits des diversifications des firmes de construction électrique, telles La Compagnie française pour l'exploitation des Brevets Thomson-Houston (CFTH). Comme le soulignait Maurice Lévy-Leboyer<sup>25</sup>, les constructeurs assurèrent une grande partie du financement initial des investissements de production distribution, en accordant des possibilités de paiement à très long terme et même en acceptant « *pour paiement partiel ou total des actions de la société cliente* ». Cette nécessité de diversification des débouchés concernait aussi les sociétés de production-distribution qui

<sup>24</sup> Dans les schémas suivants, les rectangles représenteront les entreprises et les ellipses les projets industriels.

<sup>25</sup> Lévy-Leboyer M., (1988), «Le système électrique français (1880-1940) », *Revue française de gestion*, septembre-octobre, pp. 88-99.

souffraient d'une sous-utilisation de leurs capacités de production, lesquelles étaient, par définition, prévues pour pouvoir répondre aux pointes de demande.

La "stratégie du client principal" fut l'une des réponses à l'atonie du marché. Elle peut être illustrée par la politique du groupe Empain. L'autoproduction, qui dominait à l'origine dans l'industrie, ne laissait aux compagnies que le marché des services publics comme seul débouché d'importance. Le cahier des charges interdisait généralement aux sociétés de tramways ou d'éclairage public d'employer l'électricité qu'elles produisaient à d'autres fins que celles spécifiées par la concession. A l'inverse, les sociétés concessionnaires n'étaient pas obligées de produire elles-mêmes ladite électricité. Ce point offrit la possibilité aux holdings électriques tels Empain et Thomson Houston, titulaires de nombreuses concessions, d'en confier la clientèle à des entreprises de production, créées pour l'occasion. Tout en participant financièrement à leur création, ils leur garantissaient une clientèle minimale composée d'entreprises de service public. La genèse de telles entreprises (dont la viabilité est assurée) permettra aux holdings du secteur de répondre au *take-off* de l'électricité en 1905, quand la demande industrielle connut, enfin, une forte croissance.

De tels contrats de fourniture constituaient d'excellents tremplins pour les entreprises de production et de distribution<sup>26</sup>. Avant la création de la SEP<sup>27</sup>, en 1903, les différentes entreprises de tramways possédaient leurs propres centrales. Il en allait de même pour chacun des secteurs parisiens. Ceux-ci rechignaient à investir dans de nouvelles unités de production du fait de la concurrence toujours redoutable du gaz et des incertitudes qui existaient alors concernant la fin prochaine des concessions (1907). Propriétaire des tramways Nord Parisiens (1899), du Métro de Paris et de compagnies de production et de distribution d'électricité, le groupe Empain tira profit des synergies pouvant exister entre ses filiales. Le 5 octobre 1903, la SEP conclut une convention avec le Métropolitain, stipulant que le prix du kilowattheure que ce dernier paierait, serait égal au coût de production de ce même kWh, produit dans son ancienne usine de Bercy. La centrale de Saint-Denis, permettant bien évidemment des coûts de production nettement réduits, le groupe Empain pu s'assurer d'une source de profits durables et garantis.

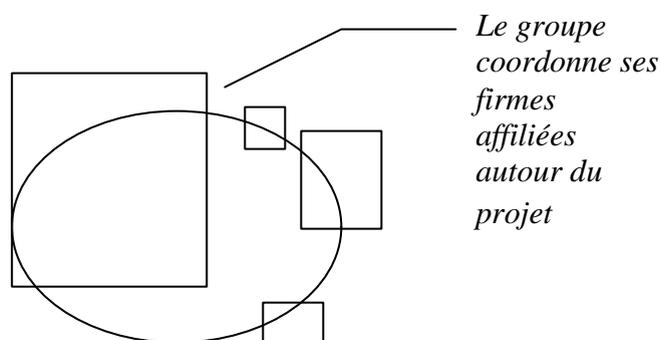
---

<sup>26</sup> Lanthier P., (1988), *Les constructions électriques en France : financement et stratégie des six groupes industriels internationaux 1880-1940*, doctorat d'histoire sous la direction de Maurice Lévy-Leboyer, Paris 10-Nanterre.

<sup>27</sup> Société d'Electricité Parisienne, l'une des deux filiales du Groupe Empain avec l'Electricité de la Seine.

### I.1.1.1.2 Les groupes de l'électricité et la construction des super centrales de la région parisienne : le modèle des quasi-firmes

Dans une seconde phase, qui s'ouvre au lendemain de la Grande Guerre, la réussite de la construction des grandes centrales thermiques de la région parisienne, passa par la mobilisation autour d'une entreprise dominante d'un ensemble de partenaires de moindre taille (en l'occurrence les constructeurs de matériels électriques affiliés). Cette coalition était nécessaire pour mener à bien ces projets cruciaux pour le développement de ces groupes. Le projet va donc se structurer autour de cette entreprise dominante (l'intégrateur) comme c'est aujourd'hui le cas dans l'industrie automobile où les équipementiers travaillent de concert avec le constructeur dès la conception du produit.



Cette configuration, qui correspond à une nouvelle étape de l'évolution technologique de la filière électrique, peut être illustrée par la construction des grandes centrales thermiques de la région parisienne, telles Gennevilliers et Arrighi (Vitry) pour l'Union d'électricité et Saint Denis II pour le groupe Empain. Cette configuration induisit un changement d'échelle radical dans les projets de l'industrie électrique. La gestion de ces projets industriels posa des problèmes spécifiques qui sont ceux du "macro management"<sup>28</sup>. La difficulté principale de tels projets réside dans le fait qu'une firme isolée n'est plus apte à les mener par ses seuls moyens. Elle doit envisager l'élaboration des produits conjointement avec d'autres entreprises. La coordination des firmes repose alors sur la mise en commun des capacités respectives<sup>29</sup>. Cette forme hybride de coopération industrielle échappe à la dichotomie

<sup>28</sup> Thiétart R.A, (1987), « Le macro management : nouveau défi pour la gestion », *Revue Française de Gestion*, printemps, p. 40.

<sup>29</sup> Richardson G.B., (1972), « The organisation of industry », *The Economic Journal*, Septembre.

standard entre la coordination par la hiérarchie et la coordination par le marché<sup>30</sup>. La spécialisation des firmes ne repose plus seulement sur des notions de coûts relatifs mais est reliée à ces capacités. Les projets industriels innovants de la filière électrique passent par la réalisation de nouveaux produits qui exigent la coordination de firmes possédant diverses capacités pour être élaborés. Autour d'un produit industriel requérant une bonne part d'innovation, la dichotomie entre la firme et le marché n'est plus pleinement fondée. Les firmes, îlots de coordination planifiée, sont reliées par un vaste réseau d'affiliations et de coopérations dans lequel la coordination est consciente et vise à tirer le meilleur parti des capacités propres à chacun.

En fait, autour de la construction des centrales thermiques de la région parisienne, ces liens de coopération inter firmes vont prendre la forme de configurations assez stables reliant souvent les différents pôles d'un même groupe de l'électricité. En effet, l'implication primitive des constructeurs d'équipement électrique dans les sociétés de production et de distribution faisaient que, malgré le recentrage de cette industrie sur son métier de base au lendemain de la guerre, les constructeurs avaient maintenu des liens capitalistiques et surtout une habitude de coopération avec les groupes de l'électricité. Des liens personnels (administrateurs communs) et capitalistiques rapprochaient le groupe Messine de la CFTH et de la Société alsacienne de construction mécanique. De façon encore plus directe, le groupe Empain disposait de deux "constructeurs maisons" avec les forges et ateliers de Jeumont et de Charleroi. Autour de chaque projet, il se formait donc une quasi-firme<sup>31</sup>. Celle-ci peut se définir comme une organisation interfirme stable sans contrat à long terme. Elle permet de réaliser une économie sur le coût de l'apprentissage du travail en commun.

Cette configuration est inséparable d'un contexte historique particulier. La Grande Guerre avait provoqué une prise de conscience du retard et de l'imperfection du système électrique de notre pays. Un double mouvement va radicalement modifier le paysage de la filière, le recentrage des constructeurs sur leur métier de base et donc leur désengagement progressif de la production-distribution et l'apparition ou le développement des grands groupes de l'électricité, seuls à même de disposer de la surface financière et technique suffisante pour

---

<sup>30</sup> Williamson O.E., (1975), *Markets and hierarchies*, New York, *Free Press*.

<sup>31</sup> Eccles R., (1982), « Quasi-firms in the construction industry », *Journal of economic behaviour and organizations*, mars.

faire passer le réseau de la dimension “locale” à la dimension “régionale”, selon la grille d’analyse fournie par Pierre Lanthier<sup>32</sup>.

La réussite des grands projets de la filière passa donc par des liens entre les constructeurs et les maîtres d’œuvre des centrales qui se rattachaient moins au modèle classique de la sous-traitance, qu’au modèle de la cotraitance<sup>33</sup>. La réussite du projet passe alors par l’intervention très en amont des équipementiers dans le projet, l’instauration d’une “civilité industrielle” et d’une concourance des efforts et des capacités de chacun. Les liens entre la société d’électricité et les constructeurs qui lui sont affiliés dessinent donc autour des projets un réseau de firmes<sup>34</sup>. Celui-ci répondait au besoin d’élargir les bases du financement, de mutualiser les coûts et les risques de la recherche et développement, ainsi que de prendre en compte des limites des capacités de chaque firme. Le réseau s’organise autour d’une firme pivot (la *hub firm*). Il se compose de nombreuses entreprises à travers lesquelles s’identifient et s’allouent des ressources qui sont mobilisées en vue de la réalisation d’un projet productif. Cette configuration, qui fut typiquement celle des grands groupes de l’électricité, se retrouve dans trois domaines stratégiques, la coopération en recherche et développement, la production conjointe (*joint-venture*) ou la fourniture de produits complexes, tels les gros matériels électromécaniques.

Les exemples des centrales de Gennevilliers (1920), d’Arrighi (1932), pour l’Union d’Electricité et de Saint-Denis (1929), pour le groupe Empain, peuvent illustrer cette seconde étape de coordination au sein de la filière électrique. Chaque projet est dirigé par un groupe de production et de distribution d’électricité, issue de rapprochements de firmes électriques. Celui-ci mobilise un ensemble d’entreprises de construction électrique avec lesquelles elle partage bien souvent des liens personnels et capitalistiques, issus en grande partie de la dynamique industrielle que nous avons identifiée en première période. La firme électrique est désormais le maître d’œuvre de ces projets de centrales, alors radicalement innovantes tant au point de vue de leur puissance que des technologies qu’elles mettaient en œuvre. Il n’en demeure pas moins que ces groupes faisaient dans le même temps appel à des constructeurs liés à leurs concurrents. En position de force, ils profitaient de la concurrence entre les

---

<sup>32</sup> Lanthier P., (1993), « L’électricité en France : marchés, réseaux, pouvoirs publics (1880-1940) », *Bulletin d’Histoire de l’Electricité*, n° 22, pp. 187- 201.

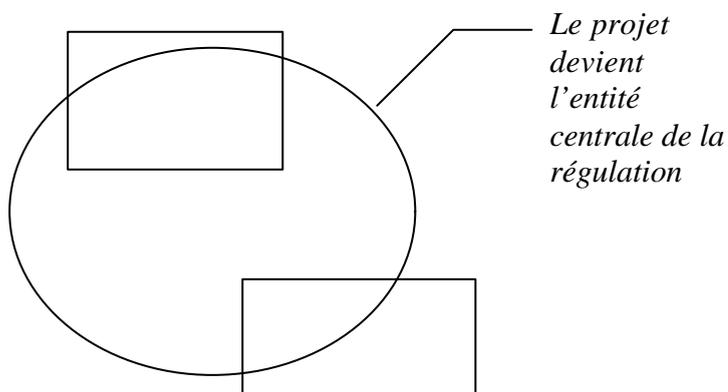
<sup>33</sup> Midler C., (1993), *L’auto qui n’existait pas. Management des projets et transformation de l’entreprise*, Interéditions, Paris.

<sup>34</sup> Guilhon B. et Gianfaldoni P., (1990), « Chaînes de compétences et réseaux », *Revue d’Economie Industrielle*, n° 51, 1<sup>er</sup> trimestre.

constructeurs. De ce fait, ils privilégiaient la commande ciblée au lot groupé. Ils pouvaient, en outre, mobiliser et additionner les capacités de chaque constructeur et profiter d'une grande flexibilité permise par l'absence d'engagement à long terme. Deux effets pervers dérivait de cette politique. D'une part, au sein même d'un groupe, les différents pôles n'entraient pas dans un jeu coopératif, tel que nous l'observerons dans notre section I.3 au travers de l'exemple d'EDF. D'autre part, la diversification des équipements nuisait à l'homogénéité des centrales.

#### I.1.1.1.3 Le projet et la coalition des groupes de l'électricité : l'exemple de la société parisienne d'interconnexion

Dans une dernière phase de la coordination industrielle, celle de l'interconnexion des réseaux, le projet va dépasser les capacités tant techniques que financières de chacun des groupes de l'électricité. Les groupes vont alors se fédérer autour du projet, lequel va devenir le centre de la coordination. L'entité centrale n'est plus le groupe industriel mais le projet lui-même. Il constitue une organisation mutuelle. Celle-ci préfigure le modèle standard de l'ingénierie des programmes aérospatiaux actuels. Les entreprises impliquées rendent des comptes à la direction générale du projet, alors que dans la configuration précédente c'était plutôt l'entreprise dominante qui exerçait une telle tutelle. Cette configuration peut être en évidence à travers la Société Parisienne d'Interconnexion (Inter Paris), filiale commune des groupes Mercier (UdE) et Empain.



L'interconnexion, dont nous présenterons la logique dans notre prochaine sous-section, conduisit les firmes du secteur dans une situation inédite. L'alliance de deux groupes majeurs

de l'électricité de la région parisienne, l'Union d'Electricité et le groupe Empain, autour de l'interconnexion avec les sources d'énergie hydrauliques des Alpes et du Massif Central correspond à l'absolue nécessité de mettre en commun, face à l'ampleur du projet, leurs capacités financières et techniques. La coordination autour du projet fera même intervenir, comme nous allons le voir, un troisième acteur, la société Pirelli qui apportera ses capacités techniques aux deux groupes et à leurs constructeurs affiliés créant une véritable organisation mutuelle. Avec l'interconnexion, l'industrie entre dans l'ère du management des grands projets<sup>35</sup>. Ceux-ci posent des problèmes de gestion spécifiques qui modifient radicalement la nature de leur pilotage par les firmes. Ces difficultés naissent de plusieurs types de facteurs que nous retrouvons dans le cas de la filière électrique dans l'entre-deux-guerres. Ces facteurs tiennent :

- à la taille même des projets à réaliser,
- à la complexité des tâches et à la coordination des actions de chacun,
- à la difficulté des mécanismes de contrôle,
- aux enjeux et objectifs souvent contradictoires à concilier,
- aux cultures organisationnelles divergentes à rassembler.

Nous pouvons retrouver toutes ces dimensions afférentes à la complexité technique du projet lui-même à travers les mécanismes de transfert de technologie et de contrôle mis en place par Interparis et Pirelli pour encadrer les constructeurs, mais aussi le problème même de la coopération de deux groupes si différents que furent les groupes Empain et Mercier. Les facteurs de succès de tels projets ne se réduisent pas seulement aux dimensions techniques, économiques et financières, mais sont étroitement liés au jeu politique des acteurs, aux capacités organisationnelles et la qualité et à la vision stratégique des dirigeants. Ces dimensions sont toutes réunies dans l'alliance des deux groupes autour du projet Interparis. Les capacités organisationnelles concernent l'expérience des grands projets, l'expérience d'une étroite collaboration avec les constructeurs visant à élaborer conjointement de nouveaux produits et les réalisations de l'UdE en terme de construction et de gestion des réseaux. La conscience de la part des deux groupes de la nécessité de mener à bien l'interconnexion apparaît dès la constitution de l'UdE. De la même façon, on retrouve chez Empain, cette même volonté, sous un point de vue plus défensif, fondée sur la crainte d'être isolé par l'UdE et de voir l'Etat prendre lui-même l'initiative de l'interconnexion. Dès lors, la problématique

---

<sup>35</sup> Horwitch M., (1987), « Grands programmes, l'expérience américaine », *Revue française de gestion*, printemps, pp. 54-69.

technique devient inséparable du basculement conventionnel qui débouchera sur l'intervention de l'Etat.

Ces grands projets réunissent deux caractéristiques essentielles. La première est leur caractère crucial pour le développement de l'entreprise qui les réalise. La seconde réside en leur réalité pluri-organisationnelle. Celle-ci se traduit par l'indispensable alliance de plusieurs groupes. La réussite passe, à l'instar de ce que fut la société Interparis, par la mise en place d'une structure commune propre au projet. Nous nous situons donc dans une perspective radicalement différente de celle des projets des groupes autour de la construction des centrales. Nous n'avons plus une coordination de firmes, selon le modèle d'une quasi-entreprise, avec une firme pivot qui pilote le projet, mais une alliance de deux groupes industriels autour d'un projet qui constitue une entité propre. Ainsi, les transactions ne se font plus entre les différentes firmes mais entre chaque firme et une organisation conjointe qui peut être par exemple une filiale commune ou *joint-venture*.

Le choix de la création d'une filiale commune repose sur la conjonction de nombreux facteurs :

- l'importance des investissements spécifiques et des transferts de savoir-faire tacites, lesquels ne peuvent être transférés d'une entreprise à une autre par le simple octroi d'une licence,
- l'incertitude économique liée à l'environnement politique. Cette dimension recouvre à la fois la faible rentabilité des sociétés de transport du fait d'un cadre réglementaire et tarifaire inadapté<sup>36</sup>, mais aussi et surtout le risque que l'Etat ne vienne se substituer à l'initiative privée s'il constate la défaillance de celle-ci, dans le cadre fourni par la loi du 19 juillet 1922 et crédibilisée par sa prise en charge du réseau des régions libérées.
- l'exploitation de nouvelles opportunités. Celles-ci sont offertes comme nous le verrons par les avancées techniques en matière d'installation et de gestion des réseaux à très haute tension.
- les incitations gouvernementales. Depuis la grande guerre, l'interconnexion est conçue comme une visée concourant au bien commun.

---

<sup>36</sup> Berthonnet A., (1998) , « La tarification du transport de l'énergie électrique entre 1920 et 1945 : la recherche d'une réponse à une logique de complexification croissante », bulletin d'histoire de l'électricité, n°32, décembre, pp.53-92

- les imperfections des marchés des produits intermédiaires. Nous pouvons ici considérer que dans la mesure où aucun acteur n'est capable de fournir seul les câbles souterrains indispensables à la connexion de la région parisienne avec les centrales hydroélectriques du Massif Central, l'organisation mutuelle, qui permet de coordonner les efforts de chacun et d'organiser au mieux le transfert de technologie, est nécessaire pour que les câbliers français affiliés aux groupes puissent remplir leurs obligations.
- la nécessité de la gestion de la rivalité oligopolistique entre les entreprises parties prenantes,
- la flexibilité de la structure, le partage des risques et des coûts de la recherche et développement.

En définitive, il apparaît que l'innovation de la filière électrique dans l'entre-deux-guerres est un phénomène situé qui ne saurait être analysé en faisant abstraction du problème singulier qui a fait naître le besoin d'un nouveau produit. De la même façon, l'innovation ne peut se saisir en dehors du réseau de firmes qui ont fait concourir leurs capacités dans la coordination. D'autre part, il est à noter que l'ampleur des capacités financières et techniques qui étaient requises pour les projets furent sans cesse croissantes. La firme-pivot autour de laquelle s'organise la coordination fut d'abord une entreprise, puis un groupe, puis une coalition de différents groupes coordonnés par une organisation mutuelle. La coordination des différents acteurs de la filière tant au niveau de la régulation du réseau que de la conception des équipements semble annoncer l'imminence d'une coordination de l'industrie à l'échelle nationale que matérialisera la nationalisation et la coopération des constructeurs et d'EDF autour des paliers techniques. Il s'agit maintenant de montrer comment la nouvelle donne technique imposée par l'interconnexion va créer un contexte favorable à la gestion centralisée du système électrique français.

#### I.1.1.2 Une nationalisation née d'une dynamique technique : l'interconnexion des réseaux

Comprendre la dynamique qui a conduit à la nationalisation suppose de revenir au grand projet des années trente, l'interconnexion des réseaux au niveau national. Une première partie sera destinée à présenter les raisons pour lesquelles l'Etat se devait de promouvoir les apports d'énergie d'origine hydraulique, malgré la convention de l'Etat absent qui prévalait alors. La seconde montrera comment les intérêts privés, en prenant en charge eux-mêmes ces investissements dictés par le Bien Commun, vont provoquer le glissement que l'on observa

dans les années trente entre la convention d'un Etat-absent, sinon d'un Etat "à conjurer", vers une convention d'un Etat-extérieur. La troisième partie abordera les progrès techniques qui ont rendu l'interconnexion possible au niveau national.

#### I.1.1.2.1 La logique de l'interconnexion

L'intervention étatique dans l'électricité française tire ses plus profondes racines moins d'une prétendue tradition colbertiste que des caractéristiques physiques du territoire national. Nous verrons lorsque nous aborderons les systèmes électriques étrangers que le modèle d'organisation de la filière est largement dépendant de la géographie et de l'organisation territoriale de chaque Etat. La déconnexion existante, sur notre territoire, entre l'emplacement des sites de production d'énergie hydroélectrique et les centres de consommation, a été désignée comme un "dédoublage de personnalité" de la France électrique<sup>37</sup>. Loin d'être substituable à l'énergie d'origine thermique, l'énergie hydraulique devait devenir étroitement complémentaire à celle-ci. Si l'hydraulique était exposé aux caprices du climat et de l'étiage lesquels altéraient la régularité de la production, il se caractérisait par son très haut rendement (90 % de sa puissance se transforme en électricité contre 20 à 40 % pour le thermique), par la faiblesse des coûts de main d'œuvre, par la durabilité des équipements installés (plusieurs siècles contre vingt ans pour le thermique). Enfin, et surtout, l'énergie hydroélectrique permettait de desserrer la contrainte énergétique française. Déjà projetée durant la Grande Guerre, l'interconnexion ne fut réellement permise que grâce aux améliorations concernant les techniques de transport d'énergie. En 1901, les possibilités de transport ne dépassaient pas 40 à 50 km. Les câbles à 150 kV (apparus en 1921), puis à 220 kV (apparus en 1926) permirent de transporter de l'énergie à plus de 500 km.

#### I.1.1.2.2 L'Etat et l'interconnexion

L'intervention de l'Etat central dans le secteur électrique naîtra en grande partie de cet arbitrage énergétique. L'Etat se fit le défenseur de l'énergie d'origine hydraulique, "l'énergie patriotique", dès la Grande Guerre. Même le "grand refoulement" de l'Etat du début des

---

<sup>37</sup> Lanthier *op cit.*

années vingt ne l'empêcha pas d'édicter des lois et règlements favorables à cette énergie. Par exemple, la loi de 1919 instaura des concessions de 75 ans pour les sites hydrauliques. Dès le tournant des années trente, l'Etat s'engagea dans une politique favorable à l'hydroélectricité qui obligea les groupes thermiques à appuyer l'interconnexion de peur d'être évincés. Dès 1933, la production hydraulique représentait quelque 45 % de la production nationale. En effet, les producteurs d'hydroélectricité investirent massivement dans les années vingt, profitant de la Loi de 1906 sur la distribution qui interdisait aux thermiciens de bénéficier d'un monopole sur la vente à haute tension. Ainsi la pression des pouvoirs publics obligea les groupes thermiques à favoriser l'interconnexion des réseaux, comme en témoigne cette note de A. Antoine, administrateur de la SEP, au baron Louis Empain<sup>38</sup>: « ils [les hydrauliciens] ont été soutenus par les pouvoirs publics qui considèrent la houille blanche comme une richesse nationale, alors que la France importe chaque année des dizaines de millions de tonnes de charbon. L'Etat favorise la constitution progressive d'un réseau national d'interconnexion et de transport, réseau considéré comme une nécessité notamment au point de vue de la défense nationale (...) Il a donc été indispensable de traiter avec eux, pour que grâce aux lignes de transport créées on aboutisse à un partage équitable et non une rivalité, qui entre des entreprises de service public immobilisant des capitaux importants, ne pouvaient conduire qu'à de mauvais résultats à la fois pour les sociétés intéressées et leur clientèle ».

L'Etat par la loi du 19 juillet 1922 relative au transport d'énergie à haute tension avait annoncé qu'en cas de défaillance de la coordination privée, il prendrait lui-même en charge la construction de réseaux de transport. Le précédent du Royaume-Uni où la distribution fut placée sous l'autorité du *Central Electric Board* en 1927, rendait crédible la menace d'étatisation<sup>39</sup>.

#### I.1.1.2.3 L'interconnexion et les progrès techniques

Si l'interconnexion répondait à une volonté des pouvoirs publics, elle ne devint une réalité que par les innovations techniques réalisées notamment dans le domaine du transport. Cet

---

<sup>38</sup> « Note sur l'énergie hydraulique », octobre 1933, archives SEP, EDF, boîte 757 504.

<sup>39</sup> L'*Electricity Commission* était chargée de sélectionner les usines qui seraient maintenues en fonctionnement et qui devraient dès lors céder toute leur production au *Central Electricity Board*, l'organisme d'interconnexion. Ce dernier répartit la charge entre les différentes centrales et a fait procéder à l'installation du réseau d'interconnexion. Il vend ensuite en exclusivité l'énergie aux distributeurs sur l'ensemble du territoire à un tarif réglementé.

ensemble de contraintes techniques impose la mise en place d'une régulation de l'ensemble de ce réseau, laquelle sera à ses dimensions, c'est-à-dire nationale. Il convient d'insister sur le fait que l'interconnexion des réseaux va déplacer le niveau pertinent de l'action publique du niveau municipal (domaine des concessions de service public) à l'échelle étatique (problématique de la construction d'un réseau électrique national). Les progrès techniques de la filière électrique, les caractéristiques physico-géographiques du territoire national et un certain affaiblissement du socialisme municipal prédominant jusqu'à la Grande Guerre vont donc converger pour amener la régulation du secteur électrique au niveau national. Nous retrouvons les éléments caractéristiques d'un basculement de convention de réglementation, à savoir l'inflexion dans l'idée du Bien Commun et l'apparition ou la prise en compte de facteurs techniques rendant rationnels le retournement politique.

L'implication étatique fut grandement favorisée par les difficultés financières des firmes du secteur, notamment les constructeurs d'équipements électromécaniques, difficultés amplifiées par la crise des années trente. La quasi-impossibilité de recourir aux marchés des fonds prétables était d'autant plus dramatique que les progrès technologiques réalisés par la filière, tant au point de vue de la génération d'électricité que du transport de celle-ci imposait de réaliser de lourds investissements.

L'intervention publique face à cette crise est digne d'intérêts à plusieurs titres. L'élément le plus remarquable est la position du décideur public face aux accords inter-firmes. Les ententes entre les constructeurs furent, en effet, vues comme le seul rempart à court terme<sup>40</sup>. Si le soutien public se fit classiquement par la relance du programme d'électrification des chemins de fer dès 1931 et surtout par le réarmement à la veille de la guerre, il se traduisit par une transformation de la nature de l'intervention de l'Etat dans le secteur électrique. L'action des pouvoirs publics ne se limita plus au seul soutien de la base industrielle mais s'étendit progressivement à la régulation directe du secteur. Nous verrons que si la nationalisation de 1946 cristallise le basculement conventionnel, elle n'en constitue pas moins que l'aboutissement logique d'une évolution amorcée dès la Grande Guerre. Nous allons donc aborder la réponse publique à la dynamique technique qui fit basculer l'électricité du domaine concurrentiel à une situation monopolistique.

---

<sup>40</sup> Elles furent même encouragées par l'Etat. Flandin et Marchandeauproposèrent une loi destinée à obliger les entreprises à adhérer à une entente décidée par une majorité de la branche. Le revirement de position des pouvoirs publics vis-à-vis des ententes constituera l'un des éléments les plus caractéristiques du basculement de convention de réglementation, comme nous le verrons en étudiant les marchés d'EDF dans notre section I.3.

## **I.1.2 L'action publique face à une industrie acquérant peu à peu une dimension nationale : la fixation des règles au niveau étatique**

### **I.1.2.1 D'une convention de réglementation de service public à une convention de réglementation extérieure (1880-1946)**

Considérer brièvement la place accordée au secteur électrique dans l'action publique suppose de dégager une dynamique s'étendant sur l'ensemble de la III<sup>ème</sup> République et menant progressivement la réglementation du secteur de la dimension municipale à la dimension nationale<sup>41</sup>. Nous considérerons ici les textes législatifs<sup>42</sup> pour retracer succinctement les grandes étapes de la construction du cadre institutionnel du secteur électrique français jusqu'au tournant dirigiste et autoritaire du gouvernement Laval de 1935 et du gouvernement vichyste. Si la période s'ouvrant en 1935 et s'achevant par la nationalisation de 1946 se solde par la traduction législative d'une étatisation *de facto*, le traitement du secteur électrique de 1880 à 1935 témoigne d'une dynamique entre une convention de la réglementation de service public (située et de nature municipale) et la convention de la réglementation extérieure (de niveau national).

#### I.1.2.1.1 Le cadre législatif de la III<sup>ème</sup> République (1880-1935)

Les premiers textes relatifs à l'électricité portaient sur la distribution. La problématique dominante de 1880 à 1905 était celle de l'occupation du domaine public. Ainsi, la législation de l'électricité suivait-elle les pas d'industries de réseaux, plus précocement apparues, telles l'eau et le gaz. Les premiers débats et litiges portèrent sur la distinction entre la concession de distribution (assortie de droits exclusifs) et les permissions de voiries (sollicitées par les industriels). Deux caractéristiques de cette phase originelle sont à relever. D'une part, l'édification de lignes de transport d'énergie électrique passe par des négociations bilatérales entre l'industriel et les propriétaires privés. D'autre part, la question de la production n'apparaît jamais dans la concession de service public. Comme le note Colli, « *le concessionnaire d'une distribution publique est en effet réputé libre de mettre en œuvre les*

---

<sup>41</sup> Margairaz M., (1998), *op. cit.*

<sup>42</sup> Colli J.-C., (1986), *Cent ans d'électricité dans les lois, Bulletin d'histoire de l'électricité*, numéro spécial, juillet, 178p.

*moyens d'équipement et d'approvisionnement de son réseau qu'il juge les mieux adaptés sous sa responsabilité industrielle et sans contrainte administrative particulière ; sauf celles liées, encore une fois, à l'utilisation de biens collectifs ou du domaine public* ». Nous sommes donc bien loin de l'intervention étatique qui prédominera dès les années trente pour promouvoir l'interconnexion des réseaux et des choix de technologies de production conformes à l'intérêt national (i.e. l'hydroélectrique). La première intervention du législateur sur les technologies de production se fera avec la loi du 8 avril 1898 sur la concession de prise d'eau. Cependant, l'appellation ne saurait occulter le fait que, jusqu'à la Grande Guerre, si une unité hydroélectrique est soumise à des conditions réglementaires, cela vient de son occupation du domaine public et non d'une éventuelle participation à l'intérêt collectif. Comme le note Colli, les premières années de l'électricité sont marquées par l'octroi parcimonieux et prudent d'autorisations d'occupation de la voie publique aux ouvrages électriques (les arguments de sécurité publique sont ici centraux). « *Objets de divers devoirs, il reste à l'électricité de devenir sujet de droits* ».

Sous l'influence de travaux parlementaires menés depuis 1895, la loi du 15 juin 1906 va établir le régime juridique de l'électricité française. La loi reconnaît pour la première fois que l'électricité assume « *un service d'intérêt collectif, moyennant un contrat de concession susceptible de bénéficier de la déclaration d'utilité publique* ». Cette loi, toujours en vigueur, consacre le régime de la distribution électrique et caractérise, à notre sens, la montée en puissance de la convention de la réglementation de service public. Elle permet, via la déclaration d'utilité publique, d'édifier le réseau malgré l'opposition de propriétaires privés. L'une des innovations majeures de la loi fut de créer aux côtés des concessions municipales des concessions d'Etat. Celles-ci concernaient les distributions relatives à plusieurs communes et les approvisionnements pour certains services publics (ex. les chemins de fer). La loi prescrit aussi un cahier des charges type. Celui-ci ne peut être modifié par les deux contractants qu'après l'approbation du Conseil d'Etat. Enfin, un Comité d'Electricité, institution paritaire (industrie et ministères concernés) est créé pour donner son avis sur les textes relatifs au secteur. Comme nous l'avons vu, l'expérience de la Grande Guerre et l'enjeu de l'interconnexion nationale vont conduire à l'immixtion croissante de la puissance publique dans le domaine électrique. Les collectivités territoriales ne deviendront plus le lieu pertinent d'application de la législation. L'intervention de l'Etat central se fera donc sur l'hydroélectricité (1919) et sur le transport (1922). Le niveau pertinent de régulation semble s'être déplacé au niveau national, la convention de réglementation de service public

(régulation située) va donc peu à peu s'effacer derrière la convention de l'Etat extérieur. Les années 1935-1941 vont consacrer cette tendance à l'étatisation.

#### I.1.2.1.2 Le renforcement de la tutelle publique : vers l'étatisation du secteur (1935-1944)

Nous allons aborder ici le net resserrement du contrôle du secteur par l'Etat. Nous avons vu , au travers de l'interconnexion, que ce dernier a favorisé l'interconnexion par l'établissement d'un cadre juridique favorable et par la menace d'une intervention directe en cas de défaillance de la coordination privée. La crise provoque une rupture dans la régulation libérale de l'économie héritée du XIX<sup>ème</sup>. Elle induit aussi une modification de la convention de l'Etat. A l'Etat absent de la chambre bleu-horizon, succède une convention d'un Etat extérieur qui impose ses objectifs et qui ne laisse d'autres choix à la coordination privée que de s'organiser autour de ceux-ci.

##### A. La genèse du dirigisme

L'ère de la coordination intergroupe, que nous avons identifiée au travers des projets de super-centrales thermiques et d'interconnexion, signifie un changement d'échelle des réseaux et des groupes qui acquièrent une dimension nationale. La régulation de l'énergie et de l'industrie de la production, du transport et de la distribution électrique devient un problème de dimension nationale. Qui plus est, les pouvoirs publics ont désormais pleinement admis que l'électricité est un service public et acquièrent peu à peu la certitude que sa régulation nationale ne saurait être assurée sans que la notion d'intérêt général occupe une place centrale sinon exclusive. En 1934, une commission parlementaire concluait à la nécessité de poursuivre les investissements destinés à l'équipement hydraulique. En effet, la fin de la crise marquerait forcément une reprise de la consommation, laquelle buterait sur l'insuffisance des capacités de production. De plus la commission déplorait l'hégémonie dans le secteur du transport de monopoles d'intérêts particuliers. Il ne saurait être question, dans leur régulation, de prise en compte de l'intérêt général, chacun exploitant son réseau, exclusivement en fonction de sa zone d'influence, sans prise en compte de l'optimalité collective. Ainsi les députés préconisèrent « *la constitution d'un organisme collectif spécial en vue de construire et d'exploiter un réseau de lignes de transport* ». La chambre des députés poursuivit ses

travaux et un rapport préconisa l'organisation rationnelle de la filière en réunissant sous la surveillance de l'Etat l'ensemble des entreprises de transport dans un organisme unique.

La pression des parlementaires et des usagers en faveur d'un renforcement de la tutelle était particulièrement entretenue par l'existence de nombreuses récriminations relatives à l'électrification des campagnes et à la question des tarifs. L'inquiétude vis-à-vis de la concentration et de la constitution des "trusts" fit que dès la fin des années vingt l'opinion publique devint favorable à un contrôle étatique de l'énergie électrique. L'interventionnisme de l'Etat fut confirmé par la mise en oeuvre du Plan d'Adrien Marquet, ministre du travail et de la prévoyance sociale du gouvernement Doumergue. A. Marquet institua, par le décret-loi du 15 mai 1934, la commission nationale des travaux publics chargée de préparer un programme de travaux pour lutter contre la crise. Ses suggestions seront reprises par le décret-loi du 16 juillet 1935.

### B. Les décrets-lois de 1935

Les décrets-lois du 16 juillet 1935 imposèrent une baisse unilatérale des tarifs de l'électricité de 10%, marquant la fin prochaine des dernières marges d'indépendance tarifaire des compagnies. Pour la première fois, des textes législatifs et réglementaires interviennent pour modifier le prix de l'électricité. Par ailleurs, le gouvernement entendait favoriser le regroupement d'entreprises de distribution par l'éviction des entreprises incapables à se plier aux nouvelles conditions. Cette reprise en main se matérialisa par la création de la Caisse de compensation des distributions électriques, affectée au remboursement des pertes des compagnies et au subventionnement des travaux d'interconnexion, d'aménagement et de modernisation des réseaux. De la même façon, il fut institué un conseil supérieur de l'électricité. Ce conseil fut créé par les décrets-lois Laval de 1935. Chargé de donner son avis sur les questions relatives à la production, au transport et à la distribution, il reprenait les attributions du comité technique de l'électricité (1906) et du comité consultatif des forces hydrauliques (1919). Le conseil était composé à parts égales entre les représentants des intérêts généraux de la nation, des constructeurs et des entreprises de l'électricité. L'Etat institue donc un organisme centralisé pour harmoniser le développement du réseau national.

Le décret du 30 octobre 1935<sup>43</sup> fut à l'origine d'une réforme du système de concession. Les centrales thermiques furent assujetties à une autorisation préalable, alors que jusqu'ici leur construction était entièrement libre. Ce régime d'autorisation<sup>44</sup> s'appliquait à la fois aux créations, aux renforcements et aux raccordements aux réseaux. Ainsi le contrôle administratif fut dès lors étendu à l'ensemble de l'activité de l'industrie électrique. La loi assure donc la coordination avec la production du secteur privée. Dès 1935, les bases du dirigisme d'Etat sont posées. Les décrets-lois du 17 juin 1938 s'inscrivirent dans la continuité de ce tournant dirigiste. Ils constituèrent un texte relatif aux « *mesures destinées à assurer le développement de l'équipement électrique en France* ». Ils favorisèrent le développement des infrastructures hydrauliques et le renforcement du réseau à très haute tension. La volonté de l'Etat d'unifier les réseaux se traduit par le fait que les extensions de concession de distribution ne furent plus accordées que pour du courant alternatif à cinquante périodes. De la même façon, la conversion des réseaux à cette définition fut encouragée par un allongement de la durée de la concession.

### C. La fin des années trente marque les premiers stades de la convergence vers une régulation centralisée

L'interconnexion nationale couplée au renforcement de la tutelle publique a conduit à la logique d'une régulation centralisée du réseau électrique français. Nous avons vu que les décrets-lois de 1935 marquaient l'origine du contrôle étatique quasi exclusif en ce qui concerne les tarifs. Jusqu'alors le tarif le plus fréquent était le tarif à tranches dégressif. La question des tarifs, que nous aborderons dans notre section I.2, était alors au centre de vastes programmes de recherche comme en attestent les travaux de la CPDE. Ce foisonnement des réflexions économiques préfigure la doctrine économique que construira EDF. Clément Colson étudiait la possibilité d'une gestion poly-tarifaire se fondant sur la valeur d'usage et non plus sur les coûts. L'ancien président de la CPDE, C. Malégorie, fit paraître en 1947 *L'électricité à Paris*, lequel reprenait contre Colson et sa doctrine des tarifs discriminatoires les travaux de Maurice Allais en terme d'optimum et d'équilibre général. Malégorie cherchait à établir les conditions de l'application à l'électricité d'une tarification

<sup>43</sup> Son rapporteur était Roger Gaspard, ingénieur en chef des Ponts -et- Chaussées.

<sup>44</sup> Colli, *op cit.*

attachée aux coûts marginaux. G.Dessus<sup>45</sup>, l'un des anciens directeurs de la CPDE, qui deviendra chef du service commercial d'EDF, reprendra ses travaux. Il relancera au sein d'EDF les recherches initiées par la CPDE sur les tarifs. Il reprendra les tarifs pré-marginaux de la CPDE, fondés sur des classes de coût, pour faire aboutir les recherches sur les coûts marginaux. Nous observons donc une opposition entre la vieille école des travaux publics préconisant des tarifs discriminatoires *ad valorem* et la nouvelle école de la tarification au coût marginal<sup>46</sup>. Dès le milieu des années trente, il apparaissait que seul l'Etat serait à même d'imposer une refonte tarifaire. L'intervention était en effet indispensable dans la mesure où l'industrie semblait s'enfoncer dans un cercle vicieux de sous investissement. La hausse de la consommation électrique passait par la baisse des tarifs mais les distributeurs s'y refusaient. Les anticipations étaient auto-réalisatrices et le retour sur investissement était réduit d'autant. Il fallait donc briser ce cercle vicieux et instaurer une tarification favorable à la croissance de la consommation. Les décrets-lois permirent donc à la fois l'imposition d'un tarif unique sur tout le territoire et une baisse dudit tarif.

L'intervention étatique des tarifs se porta vers la régulation du système électrique lui-même. La méthode de régulation du système interconnecté élaborée par les groupes de l'électricité permettait cependant aux groupes de préserver leur autonomie (réglage puissance-fréquence). De ce fait, le fonctionnement du système pouvait encore se passer d'un opérateur centralisé, que l'on craignait déjà de devoir s'avérer de nature étatique. Chaque groupe devait se considérer comme « *un état souverain avec mission de rechercher le bien commun de ses membres, de le réaliser et de le défendre* ». Les industriels français insistaient sur le caractère strictement privé de leur coordination, à l'inverse de la Grande Bretagne. Ils mettaient en relief « *le travail réalisé par l'industrie privée qui, avec ses propres capitaux [avait] mis en valeur les ressources naturelles de la France*<sup>47</sup> ». Il se posait cependant la question de la constitution d'un organisme central, impartial et responsable de l'interconnexion. Le seul à pouvoir assumer ce rôle semblait être l'Etat. Les groupes privés refusaient à tirer toutes les conséquences de l'interconnexion. La guerre permettra à l'Etat d'assumer ses responsabilités et d'évincer les intérêts privés, réalisant ainsi les prédictions formulées dès la Grande Guerre. « *La centrale qui alimenterait ainsi toute une région détiendrait un tel monopole de fait qu'on*

---

<sup>45</sup> Dessus G., (1949), « Apologue du bois et de la mine. Les principes généraux de la tarification dans les services publics », *Revue Générale de l'Electricité*, (RGE), n° 12, décembre.

<sup>46</sup> Boiteux M., (1956), « Sur la gestion des monopoles publics astreints à l'équilibre budgétaire », *Econometrica*, janvier.

<sup>47</sup> Mélot L., (1935), « Les enseignements que l'on peut retirer en France de l'exemple du réseau britannique de transmission d'énergie », *RGE*, XXXVII.

*est conduit en même temps à envisager l'intervention de l'Etat (...) Chacune des avenues qui conduisent à la centralisation moderne nous fait ainsi apercevoir à son terme la figure inquiétante du Socialisme d'Etat<sup>48</sup> ».*

*D. Le Groupement de l'Electricité de 1938 constitue une réponse à une menace d'intervention publique directe*

L'intervention publique se matérialisa cependant dès les dernières années de la Troisième République. Le groupement de l'électricité, structure regroupant l'ensemble des industriels français de l'électricité, se constitua sous l'impulsion de l'Etat, lequel visait alors à pallier les conséquences du sous-investissement privé des années trente. L'Etat était déjà intervenu depuis le début de la crise pour soutenir l'investissement du secteur électrique<sup>49</sup>. Son action, qui avait en partie entamé la convention de l'Etat absent, n'avait pas eu un impact suffisant du fait de la faiblesse des fonds engagés (lesquels étaient parfois reportés d'un plan à l'autre), mais surtout des anticipations des investisseurs dont la propension à investir était d'autant plus réduite que le risque d'étatisation semblait se profiler à l'horizon. Il convient néanmoins de ne pas surestimer l'impact de cet interventionnisme en trompe-l'œil. La succession des plans (plan Tardieu d'outillage national de 1930, plan Marquet de 1934) dissimule en fait la modicité des fonds mobilisés. Entre 1931 et 1935, les programmes publics de grands travaux ne représentèrent que 3% de l'ensemble des dépenses d'investissements<sup>50</sup>. Les décrets-lois Laval et notamment la baisse autoritaire des tarifs qu'ils induisirent favorisèrent le mouvement de concentration de l'industrie et provoquèrent une baisse sensible des profits et donc par voie de conséquence une grave réduction de la capacité d'autofinancement des entreprises. La prise en compte par l'Etat de la gravité de ce sous-investissement et de ses conséquences l'amena à envisager un plan d'investissements massifs, conforme à l'intérêt national.

Pierre Simon, directeur de l'électricité au ministère des travaux publics, fut à l'origine de ce qui sera un contrat de programme avant la lettre. Sous la menace d'effectuer ce plan lui-

---

<sup>48</sup> Launay (de) L., (1916), « Problèmes économiques d'après-guerre : les forces naturelles », *Revue des deux mondes*, 1<sup>er</sup> mars, p175.

<sup>49</sup> Pour une analyse d'ensemble de l'intervention des pouvoirs publics dans la première moitié du vingtième siècle voir :

Margairaz M., (1998), *op. cit.*

<sup>50</sup> Barjot D., (1996), « Le financement des entreprises de production-transport-distribution de l'électricité de 1919 à 1946 », bulletin AHEF, n° 25.

même, et donc de rendre l'étatisation irréversible, P.Simon imposa à la profession de mettre en œuvre, sur ses propres ressources, un plan de travaux échelonnés sur cinq ans, d'un volume de trois milliards. Ainsi l'industrie se vit obligée de prendre à son compte les objectifs de l'Etat, pour prévenir son intervention directe.

La proposition de l'industrie électrique visait à concilier l'intérêt général, une économie vis-à-vis des dépenses publiques et un effort maximal de la part des intérêts privés. Cet effort était néanmoins conditionné par l'espoir d'un arrêt des ingérences de l'Etat dans l'industrie. Il s'agit d'une sorte de marché fondé sur un donnant-donnant, l'obéissance à l'Etat comme garantie contre l'étatisation. *« Nous sommes certains que, forte du maintien affirmé de son régime de liberté contrôlée, notre industrie saura justifier la confiance que vous aurez mise en elle et réaliser, comme elle s'y engage, avec le concours d'une épargne désormais confiante dans ses destinées, le développement et l'achèvement de l'œuvre d'électrification à laquelle elle est si passionnément attachée (...) Mais il est bien évident, par contre que ce vaste plan ne saurait s'accommoder durant sa période d'exécution, ni de taxation ou impositions particulières à l'industrie électrique ou aux sociétés concessionnaires, ni de manifestations législatives ou réglementaires de la puissance publique prises de façon unilatérale, sans adhésion ou accord de cette industrie et susceptibles par suite, par les interprétations auxquelles elles donneraient lieu ou les tendances qu'on leur prêterait, d'effrayer à nouveau les épargnants et de décourager l'esprit d'initiative des industriels, en un mot de ruiner radicalement la confiance des uns et des autres dans les chances d'avenir d'une industrie qui les intéresse ».*

Les arguments en faveur d'une initiative exclusivement privée en vue de la réalisation du Bien Commun sont encore précisés en conclusion de la note. L'industrie électrique exige *« l'affirmation forte et solennelle d'une pause d'égale durée<sup>51</sup> dans les modifications que l'on pourrait être tenté d'apporter dans le statut et les dispositions organiques générales de l'industrie électrique (...) Le témoignage ainsi publiquement affirmé de la solidarité complète des divers membres de l'industrie, de leur volonté de travailler en commun pour le bien général, de la cohésion ordonnée de leurs efforts, de leur sens de sacrifices réciproques ou particuliers, à consentir à l'intérêt collectif doit donner la preuve manifeste à l'opinion publique de la force et de la vitalité de l'industrie électrique toujours prête, dans une jeunesse*

---

<sup>51</sup> C'est-à-dire cinq ans.

*agissante, à réaliser les travaux nécessaires pour son développement si elle ne se trouve pas fâcheusement gênée par des contraintes ou des restrictions venues de l'extérieur ».*

L'Etat accepta les grandes lignes du plan, lequel reprenait ses objectifs, et favorisa la création d'un groupement de sociétés chargées de réaliser ce programme. Il s'agissait d'une « *sorte de cartel obligatoire sous le contrôle de l'Etat* <sup>52</sup> ». Les objectifs du groupement s'inscrivaient dans le programme national d'électrification adopté la même année par le conseil supérieur de l'électricité, lequel contribuait par ailleurs au financement des investissements en accordant des bonifications d'intérêt<sup>53</sup>. Ce schéma financier n'était pas inédit, il reprenait l'exemple du groupement des compagnies d'énergie et d'éclairage du Nord et de l'Est, constitué en 1921 pour la reconstruction de ces régions.

De la même façon, le décret-loi du 17 juin 1938, dit décret-loi Daladier « *relatif aux mesures destinées à assurer le développement de l'équipement électrique* », reprenait cette logique de "contrat de plan" avant la lettre. Il exigeait que les compagnies adoptent des mesures d'unification technique ou économique telle l'obligation d'employer l'index économique électrique. En contrepartie des objectifs et des contraintes fixées aux électriciens, l'Etat prenait des mesures de nature à leur faciliter la tâche, à soutenir l'effort des capitaux privés ou à pallier son insuffisance. L'étroite surveillance du gouvernement sur le fonctionnement du groupement illustre l'amorce du passage entre la convention de réglementation de service public et la convention de réglementation extérieure dans laquelle l'Etat pourrait se placer au centre de la coordination pour la diriger.

#### *E. L'autoritarisme vichyste conduit à l'étatisation totale de l'électricité française (1940-1944)*

La consécration du dirigisme dans le domaine électrique fut assurée par Vichy. La période qui s'ouvre avec la débâcle du printemps 1940, marque dans le domaine de l'électricité une confirmation et un paroxysme de l'option dirigiste. L'été quarante consacre la rupture définitive avec le libéralisme économique, lequel constituait depuis le début du XIX<sup>ème</sup> le cadre de référence de l'action publique. En dehors du vernis traditionaliste affiché par l'Etat

---

<sup>52</sup> Morsel H., (1987) « Panorama de l'histoire de l'électricité en France dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle ». in *Un siècle d'électricité dans le monde*, Cardot F. (sd.), PUF, Paris.

<sup>53</sup> Lanthier P., (1996), « Le financement de la production et du transport de l'électricité à la fin des années trente », in *La nationalisation de l'électricité en France op cit.*

français, l'administration acquit un pouvoir jusqu'alors inconnu et mit en place une gestion autoritaire et bureaucratique de l'économie<sup>54</sup>. Malgré la constitution d'un ministère de la production industrielle, il s'agissait moins d'une gestion rationnelle de l'économie, que d'une administration bureaucratique de celle-ci, dictée par la pénurie et les volontés de l'occupant. L'interventionnisme de l'Etat amplifia et radicalisa la dynamique amorcée à la fin des années trente.

Les secteurs de la production, du transport et de la distribution de l'énergie électrique furent confiés au comité d'organisation<sup>55</sup> de l'énergie électrique (COEE)<sup>56</sup>. Les attributions de celui-ci concernaient la réalisation du programme de 1938, la surveillance des actions engagées par les sociétés d'économies mixtes et des autoproducteurs (électrochimistes et électrométallurgistes), de la gestion des forces hydrauliques et de leur transport. Il était envisagé dès la constitution du COEE, d'engager, si nécessaire, un nouveau programme de travaux en sus du programme de 1938. Mais l'Etat ne se contenterait plus de fixer ses objectifs et de laisser la coordination privée s'organiser autour de ceux-ci. Son intervention et son contrôle seraient ici beaucoup plus serrés. « *Le choix des opérations ne sera pas livré au hasard des initiatives individuelles. Ce choix sera raisonné et les études des producteurs hydrauliciens ou thermiciens seront orientées en vue de la réalisation au moindre prix de l'objectif que l'on se sera assigné*<sup>57</sup> ». Les rapports entre les entreprises et le COEE sont précisés dès le 14 décembre 1940 et confirment que, malgré le discours corporatiste, l'autoritarisme étatique évince l'indépendance des groupes quant à leur gestion. « *Les entreprises doivent exécuter toutes les décisions du COEE*<sup>58</sup> ». La tutelle est encore renforcée par le fait qu'il appartient à ce même comité d'organisation, de répartir les contingents de matières premières entre ses ressortissants pour leur permettre de réaliser leurs investissements (lesquels nous l'avons vu sont décrétés par ce même comité). Les entreprises

---

<sup>54</sup> L'appareil d'Etat de Vichy reposait, en matière économique, sur trois piliers, les comités d'organisation, l'office central de répartition des produits industriels et le ministère de la production industrielle.

Margairaz M., (1991), *L'Etat, les finances et l'économie. Histoire d'une conversion (1932-1952)*, Imprimerie Nationale, Paris.

<sup>55</sup> Les comités d'organisation étaient des organismes composés de représentants du privé que le gouvernement avait investi d'une parcelle de puissance publique. Ils furent créés par la loi du 16 août 1940, laquelle avait pour but de définir une organisation industrielle provisoire. Leur mission était de recenser les entreprises, d'arrêter les programmes de fabrication et de production, d'organiser l'acquisition et la répartition des matières premières et de fixer les cotisations des industriels

<sup>56</sup> Archives EDF, boîte 730 911.

<sup>57</sup> Mémoire sur le programme de travaux de 1941. Archives EDF, 730 911.

<sup>58</sup> Décision générale n° 1 du COEE.

qui ont perdu leur liberté quant au choix de leurs investissements, doivent soumettre leur politique d'achat à l'approbation administrative.

L'action du COEE toucha aussi à la régulation du réseau national et donc à la gestion du dispatching central. Une distinction fut introduite entre les opérations de dispatching et de répartition<sup>59</sup>. La répartition est de nature commerciale, alors que le dispatching est une opération de nature technique. Il s'agit en distinguant ces deux domaines de dépasser la contradiction entre le besoin d'unité technique et le désir d'indépendance commerciale des compagnies. Les programmes de répartition découlent des contrats commerciaux conclus par les sociétés. Il appartient aux dispatchings d'assurer la régulation au jour le jour et de tenir à la fois la fréquence et de veiller à la bonne exécution des programmes de répartition. Le dispatching échappe aux intérêts particuliers et n'a donc que des missions de service public.

L'indépendance commerciale des firmes sera, dans les faits, elle aussi très sévèrement contrôlée. En 1941 un comptoir de gérance de l'énergie fut créé. Il revenait à instaurer un cartel obligatoire des sociétés de l'électricité sous son exclusive autorité. Les contrats commerciaux seront soumis à autorisation de l'Etat. La logique de l'interconnexion est pleinement assumée au détriment de l'autonomie des groupes, « *les prix d'achat au producteur de l'énergie livrée sur le réseau général d'interconnexion seront fixés par le comptoir ainsi que les prix de vente aux distributeurs* ». Peu à peu l'Etat évince les groupes de la régulation du réseau interconnecté.

Le secteur électrique fit l'objet d'une étatisation *de facto* via la Direction de l'Electricité. Dès le 1<sup>er</sup> janvier 1941, un nouveau règlement d'interconnexion fut appliqué faisant du seul Bureau Central d'Exploitation et de Coordination (BCEC) le répartiteur central de l'électricité en France. La mainmise de l'Etat sur le réseau sera confirmée par la loi du 14 septembre 1941 sur les transports d'énergie à très haute tension. Cette loi prévoyait la constitution dans le délai d'un an de trois sociétés réunissant toutes les installations de lignes et postes à 220 kV. Les sociétés concessionnaires devraient céder aux sociétés nouvelles, et ce par voie d'apport, la totalité de leurs installations visées<sup>60</sup>. Ces trois sociétés auraient été chapeautées, si la loi avait eu le temps d'être appliquée, par un organisme de coordination dépendant du BCEC.

---

<sup>59</sup> Note du 25 juin 1943.

<sup>60</sup> Procès verbal du conseil d'administration d'Interparis, le 10 octobre 1941. Archives EDF.

## I.1.2.2 La Nationalisation de l'électricité française (1944-1946)

### I.1.2.2.1 L'influence du programme du Conseil National de la Résistance

Le processus qui a conduit à la constitution d'une entreprise nationale trouve son origine dans le programme de la Résistance. Ce dernier fut adopté dans la clandestinité le 15 mars 1944. Un point du programme fit l'objet de vifs débats, il s'agissait des « *socialisations* » prévues dans le « projet de charte économique et sociale », lequel indiquait « *seront socialisés, les monopoles et les entreprises dont la gestion ne peut être laissée sans danger aux grands intérêts privés : électricité, assurances, houillères, production pour la défense nationale, transports, etc. ...* ». Le 24 mai 1945, le Général De Gaulle avait annoncé sa volonté de nationaliser le crédit et la production d'électricité et de charbon. Il avait affirmé dès le 12 septembre 1944, qu'il faisait sien le volet de la charte du CNR (Conseil National de la Résistance) concernant « *le retour à la nation des principales formes d'énergie* ». Grâce à la nationalisation, « *les grandes sources de la richesse commune [seraient] exploitées pour l'avantage de tous* ». En avril 1946, la nationalisation de l'électricité fut adoptée à l'Assemblée avec 89% des suffrages.

Les groupes de l'électricité suscitaient l'hostilité de l'opinion publique du fait de l'engagement politique mal perçu de certains de ses dirigeants dans l'entre-deux-guerres<sup>61</sup> et surtout des profits réalisés par ces groupes durant l'occupation<sup>62</sup>. La nationalisation ou du moins un profond changement de structures, était nécessaire du fait de l'ampleur des investissements à réaliser et du fait de la logique issue de l'interconnexion. Les investissements requis par la promotion du potentiel hydroélectrique français, particulièrement élevés du fait de l'ampleur des frais de premier établissement, étaient hors de portée des groupes de l'électricité et seul l'Etat pouvait réunir les financements *ad hoc*. Du fait de chocs exogènes, que ceux-ci viennent d'un conflit (1919 ou 1945) ou d'une rupture technologique (1932), il apparaît aux agents que l'industrie change de dimension. Ce changement d'appréciation fait que tous acceptent une dynamique de concentration qui fera passer le relais des filiales électriques des constructeurs aux groupes de l'électricité, de ces groupes à une coalition de ceux-ci et de cette coalition des intérêts privés à l'Etat lui-même. De plus, la régulation centralisée du réseau était maintenant uniformément admise. Les

---

<sup>61</sup> On songera au Redressement Français, d'Ernest Mercier.

<sup>62</sup> Picard J.F., Beltran A. et Bungener M., (1984), *Histoire(s) d' EDF*, Dunod, Paris.

premiers projets de nationalisation élaborés par le secrétariat général à l'énergie du ministère de la production industrielle, sous la direction de Robert Lacoste, ne remettaient pas en cause les structures existantes. Ce projet était le reflet d'un certain anti-étatisme qui était très présent à la Libération. Le processus qui mena à la nationalisation fut enclenché par le dépôt à l'assemblée du projet élaboré par le CNR, le 7 juin 1945. Les industriels, menés par R. Bouteville (le président du COEE), présentèrent une contre-proposition fondée sur une « gestion nationalisée » du secteur qui ne fut pas retenue. Malgré de vifs débats, notamment en ce qui concerne l'indemnisation des actionnaires des anciennes sociétés, la loi de nationalisation fut adoptée par l'Assemblée le 8 avril 1946.

#### I.1.2.2.2 La mise en place de l'entreprise nationale

La dynamique du changement conventionnel, amorcée dès la fin des années trente, a donc trouvé les conditions nécessaires de sa cristallisation, grâce à une convergence paradoxale des pratiques vichystes et du programme du Conseil National de la Résistance. La Nationalisation marquera la consécration de la convention de la réglementation extérieure dans le secteur électrique. Il ne s'agissait pas d'une brusque rupture, d'une inflexion conventionnelle subite, mais plus simplement de la résultante logique d'une dynamique amorcée depuis la Grande Guerre. La nationalisation procédait à la fois d'une logique politique et d'une nécessité technique au vu des conditions productives en vigueur. Avant de présenter la traduction de cette nouvelle convention de réglementation dans les outils de calcul économique et dans les outils productifs de la firme, nous nous attacherons à tracer les grandes lignes du contexte de la naissance d'Electricité de France. Nous reverrons dans nos prochains chapitres de quelle façon certaines caractéristiques de la loi du 8 avril 1946 vont durablement façonner les pratiques d'EDF et susciter un contentieux juridique important. L'étude de ce dernier (chapitre IV) nous permettra de mettre en relief les principales caractéristiques de la convention de la réglementation extérieure et nous fournira de précieuses indications sur la dynamique du changement conventionnel.

Comme l'a écrit Jean-Claude Colli, « *l'acte de nationalisation consacré par la loi du 8 avril 1946 est le résultat d'un cheminement inscrit, depuis plusieurs années, dans les structures et les mentalités et accéléré par les nécessités de reconstruction de l'appareil productif de*

*l'immédiat après-guerre*<sup>63</sup> ». La dynamique du changement conventionnel était donc largement entamée et le contexte particulier de la Libération a donc permis la cristallisation législative de celle-ci. La logique de la nationalisation répondait moins à une volonté d'expropriation qu'à un passage de relais entre le capital privé et le capital public, pour une industrie, conçue au premier chef comme un service public. La nationalisation procédait donc, pour certains, d'une logique subsidiaire, et pour d'autres, de la préférence pour un caractère public du monopole, plutôt que privé.

La loi de nationalisation de l'électricité (loi n° 46.628) fut votée le 8 avril 1946. Son premier titre organise la nationalisation des activités de production, transport, distribution, exportation et importation d'électricité. Une spécificité est à noter. La loi prévoyait de confier la distribution à des établissements publics industriels et commerciaux régionaux. Cette disposition ne sera jamais appliquée. La nouvelle EDF sera cependant gérée en fonction des règles applicables aux sociétés de droit privé. Une des conséquences majeures de ce choix sera l'objectif d'atteinte de l'équilibre budgétaire par la firme. Nous verrons dans notre sous-section I.2.1 de quelle façon EDF a su concilier la tarification en rendements croissants et cette exigence d'équilibre. Le titre II a exclu de la nationalisation les unités de production de faible importance et les unités destinées à l'autoconsommation. Nous verrons dans notre chapitre IV quelles seront les difficultés que va engendrer l'incomplétude de la nationalisation. Des exceptions consenties à l'application de la convention de la réglementation extérieure vont en effet naître les ferments de la contestabilité de l'ensemble de l'architecture institutionnelle du secteur. Le titre IV, relatif aux concessions, est intéressant à plus d'un titre. Il témoigne de la volonté du législateur de ne pas rompre entièrement avec le modèle institutionnel né de la convention de la réglementation de service public. Les cahiers des charges antérieurs à la loi de nationalisation sont maintenus et les collectivités locales demeurent propriétaires des équipements mis en concession. Une autre entorse à l'application intégrale de la convention de la réglementation extérieure était constituée par la non application de la dissolution de la Compagnie Nationale du Rhône, pourtant explicitement prévue dans la loi. Le maintien d'une production indépendante sera comme nous le verrons une des voies d'entrée de la concurrence sur le marché français cinquante années plus tard, après avoir été la source d'un abondant contentieux durant le second vingtième siècle électrique.

---

<sup>63</sup> Colli J.-C., (1986), *op. cit.* page 49.

La compréhension de la politique mise en œuvre par EDF dès la nationalisation et des grands débats à l'origine de la construction de sa doctrine économique (qui fera l'objet de notre section I.2) suppose de faire un bref retour sur les controverses de la reconstruction et notamment des plans d'équipements.

La politique menée par EDF en matière de choix d'équipements est inséparable de la convention de l'Etat extérieur en cours de "construction" dans la France de la Libération. L'une des traductions emblématiques de cette nouvelle convention demeure la planification. Les débats sur le niveau et la structure des investissements productifs liés au secteur de l'électricité vont même susciter de telles controverses, qu'EDF devra développer en retour des instruments rationnels de choix d'investissements. La construction de la note bleue, que nous présenterons dans notre sous section I.2.2, résulta de ces débats, opposant thermiciens et hydrauliciens.

L'électricité était l'un des secteurs de base retenu par le Plan Monnet ("Plan de Modernisation et d'Equipement"). Le plan Monnet accordait, d'ailleurs, une nette préférence à l'énergie hydraulique en ce qui concernait les investissements. Avant l'arrivée de l'aide Marshall, en avril 1948, la réalisation du plan a buté sur d'importants écueils financiers. L'arrivée des fonds Marshall permit à EDF d'engager de nouveaux investissements et d'assurer la pérennité des travaux en cours. L'aide américaine assura, entre 1948 et 1951, de 80 à 85% des financements d'EDF.

La démarche de résolution des débats économiques par la recherche de critères rationnels de choix d'investissement incarne la démarche de la convention de l'Etat extérieur. Nous allons maintenant examiner de quelle façon cette convention se cristallise dans la construction des équipements théoriques de la firme (section I.2), puis dans ses équipements productifs (section I.3).

## **I.2 Electricité de France comme cristallisation de la convention de la réglementation extérieure**

Cette section présentera la construction croisée entre la théorie et sa mise en œuvre pratique au travers de la gestion d'EDF des équipements théoriques du service public. Les deux volets du calcul économique de la firme, la tarification et le choix des investissements, ne peuvent être saisis qu'au travers de la dynamique historique de l'entreprise nationale.

### **I.2.1 Le marginalisme comme support de la politique optimale de l'entreprise nationale de service public**

La mise en place de la tarification optimale de service public illustre le cas d'une co-production. Celle-ci procède d'un outil de gestion et de calcul économique construit conjointement et incrémentalement entre théoriciens de l'économie et praticiens de l'industrie électrique. Nous allons, en quelque sorte, suivre l'élaboration d'une innovation organisationnelle. A l'instar du modèle de gestion dit de la "*garbage can theory*", la tarification au coût marginal ne sera rendue possible que par la confluence d'une solution théorico-technique préexistante (la tarification au coût marginal en cours d'élaboration dans les années trente et quarante), d'un problème de gestion crucial pour l'entreprise et d'une occasion de choix du fait du choc de la nationalisation. Le problème de gestion était multidimensionnel :

- Comment éviter la défaillance liée à la pointe de demande ?
- Comment définir le parc de production optimal ?
- Comment opposer à la tutelle une tarification scientifiquement incontestable afin de prévenir toute ingérence ?
- Comment remplir la mission de service public ?
- Comment répondre à l'exigence d'équilibre budgétaire ?

### I.2.1.1 De la théorie à la pratique : la mise en place de la tarification au coût marginal à EDF

#### I.2.1.1.1 La tarification de l'énergie électrique avant l'introduction de la tarification au coût marginal : de la nécessité d'une table-rase tarifaire

Les cahiers des charges type de distribution de l'énergie électrique<sup>64</sup>, aux termes de la loi du 15 juin 1906, ne prévoyaient à l'origine que des prix *maxima* exprimés en monnaie légale. Il n'existait pas de clauses de variation ou d'indexation des tarifs, lesquels étaient donc établis *ne varietur*. La Grande Guerre provoqua une forte hausse des prix du charbon, c'est-à-dire du coût des intrants sans que le prix de l'extrant, l'énergie électrique, puisse être réévalué en conséquence. Les compagnies, en difficultés, se retournèrent vers l'Etat, lequel soucieux de limiter l'inflation, se retrancha derrière le respect absolu des obligations contractuelles. Les affaires furent donc portées devant la juridiction administrative, ce qui conduisit à une innovation jurisprudentielle, la théorie de l'imprévision<sup>65</sup>. Selon l'arrêt du Conseil d'Etat « Gaz de Bordeaux », prononcé le 30 mars 1916, « *les concessionnaires de services publics peuvent prétendre à indemnisation en raison des circonstances imprévisibles dans lesquelles ils avaient pu être amenés à exécuter leurs contrats* ».

La guerre montra donc la nécessité de flexibiliser les contrats de longue durée en introduisant des formules correctrices traduisant le coût des intrants. L'idée d'une échelle mobile pour les tarifs, fondée sur un nombre d'index caractérisant la situation économique, s'imposa alors. Durant l'été 1919, le Comité de l'électricité du Ministère des Travaux Publics créa une commission spéciale chargée d'étudier « *la révision des principales clauses des cahiers des charges de concession pour les mettre en harmonie avec les conditions actuelles de l'exploitation* ». Le rapport de la commission, remis le 10 novembre 1919, fut à l'origine des circulaires des 24 novembre 1919 et 17 janvier 1920, lesquelles portèrent sur les fonds baptismaux l'index économique électrique. Il s'agissait d'instaurer un tarif permettant de couvrir l'ensemble des dépenses et d'assurer un certain niveau de profit à l'exploitant. Le moyen retenu était une échelle mobile fonction de deux variables caractéristiques des dépenses d'exploitation, le coût du charbon et les dépenses de main d'œuvre. L'index

---

<sup>64</sup> Comte R., (1955), « Historique de l'index économique électrique national », *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 7<sup>ème</sup> année, n° 72, juillet.

<sup>65</sup> Cette jurisprudence était déjà en germe dans plusieurs arrêts depuis le début du siècle notamment en ce qui concernait les marchés administratifs. La théorie de l'imprévision était quasiment annoncée par un arrêt du 8 novembre 1911, relatif aux variations des volumes des commandes de fournitures de l'Etat.

économique électrique était donc un nombre dont les variables étaient destinées à exprimer les variations de la situation économique générale au point de vue de l'influence de cette situation sur l'industrie électrique<sup>66</sup>.

L'index était donné par :

$$I_{HT} = C + 0.25 [ (S-S_0) / S ],$$

avec :

- C, index des prix du charbon,
- $(S-S_0) / S$ , index des salaires (au niveau national).

Les variations de l'index permettaient de déduire celle des prix de vente de l'énergie électrique<sup>67</sup>:

$$P = P_0 + n (I-I_0),$$

où,

- $P_0$ , prix de base du tarif,
- n, coefficient du terme correctif,
- I, nouvelle valeur de l'index,
- $I_0$ , valeur de l'indice correspondant au prix  $P_0$ .

Lorsque le Conseil Supérieur de l'Electricité<sup>68</sup> constate que la valeur I s'écarte de la valeur  $I_0$ , les différents éléments des tarifs maxima de base (fixés à l'article 17 du cahier des charges) et les tarifs d'application (institués conformément à l'article 18) sont multipliés par le rapport  $I/I_0$ .

L'index économique électrique devint obligatoire après le décret du 28 juin 1921. Intégré dans l'ensemble des cahiers des charges de concession de distribution d'énergie électrique, il ne fut rigoureusement appliqué que jusqu'en 1926. A partir de là, ses variations ne répondirent plus exclusivement au jeu des indices mais aux impulsions gouvernementales, soucieuses de limiter les prix de l'électricité. Dès 1927, le Ministère des Travaux publics cessa de répercuter intégralement les hausses de salaires. Puis les décrets-lois Laval du 16 juillet 1935 se traduisirent par des baisses autoritaires des tarifs et par l'introduction de

---

<sup>66</sup> Archives EDF 801 058. Chevrier, (1946), « Evolution de l'index économique électrique », décembre.

<sup>67</sup> Archives EDF 801 058. Chevrier (10/10/1951).

<sup>68</sup> Il sera créé en 1935. La mission était précédemment assumée par un comité dépendant du Ministère des travaux publics.

formules différentes selon les usages de l'électricité et selon sa nature (haute ou basse tension). L'index économique, bien que toujours publié après la nationalisation d'EDF, n'avait en fait qu'un rôle des plus symboliques depuis le second semestre 1940, à partir duquel les autorités arrêtaient les valeurs d'index de façon arbitraire.

EDF ayant hérité des contrats de concession des anciennes sociétés, elle était tenue de suivre les formules tarifaires de celles-ci pour établir sa tarification. En effet, EDF était tenue de respecter l'ensemble des clauses des cahiers des charges des 15 000 concessions qui lui avaient été transférées par quelques 1200 sociétés de distribution et notamment celles relatives à l'établissement des prix *maxima*, imposés par les pouvoirs publics<sup>69</sup>. Non seulement cette diversité posait des problèmes d'équité entre les différentes concessions, mais de plus, EDF se devait de respecter les tarifs établis sur la base de l'index économique électrique. Or, ces tarifs furent conçus dans les années vingt et n'avaient pas suivi l'évolution profonde des coûts résultant de l'amélioration des rendements de la production, du déplacement des centres de production et l'achèvement de l'interconnexion. Le tarif était désuet tant par sa forme que par sa structure et inadapté aux prix de revient et aux exigences commerciales.

Outre l'influence de l'inflation et de l'arbitraire des décisions gouvernementales, la structure même de cet indice pénalisait lourdement l'entreprise publique et compromettait la réussite de ses missions. En 1951, la formule de l'index<sup>70</sup> était donnée par :

$$I = 21 C + 27 S + 45 E + 7 F,$$

avec :

- C, le prix de la houille,
- S, indice des salaires,
- E, indice des prix industriels,
- F, indice de charges financières.

Or cet indice ne reflétait déjà plus la structure des coûts d'EDF et l'écart était appelé à se creuser dramatiquement, notamment du fait de la forte croissance de la part relative des charges financières, corollaire des investissements. L'index était désormais inadapté pour une

---

<sup>69</sup> Archives EDF. Service des études économiques générales, (1968), «La politique tarifaire d'EDF : les principes et leur application », note 668, avril.

<sup>70</sup> Chevrier, (1951), « Note sur l'index », 7 novembre.

entreprise exploitant un parc mixte entre le thermique et l'hydraulique et dont la part de la seconde technique de production ne cessait de croître. L'hydraulique signifiait une baisse radicale des dépenses de combustible et de personnel mais était très coûteuse en investissement d'où l'explosion des charges financières. L'index était donc marqué par une logique thermicienne inspirée par la situation de la région parisienne dans les années vingt. Un nouveau tarif fondé sur le prix de revient pourrait permettre une meilleure utilisation du parc d'équipement et donc d'améliorer la courbe de charge, c'est-à-dire comme nous le verrons d'étaler les pointes et de combler les creux. Les premières années d'études tarifaires à EDF seront donc consacrées à la définition d'un principe directeur permettant une tarification équitable et efficace.

#### I.2.1.1.2. La tarification au coût marginal, fondements théoriques et application à EDF

La tarification qu'ambitionnaient d'élaborer les dirigeants de la nouvelle entreprise nationale se devait d'être efficace au point de vue économique. Une tarification efficace est dans ce sens une tarification susceptible d'orienter les choix des usagers vers des solutions conformes à l'intérêt général. Or, conformément aux études alors menées par Maurice Allais, l'intérêt général supposait la réalisation d'une affectation optimale des ressources pour la collectivité. Selon les hypothèses de la concurrence pure et parfaite, celle-ci passe par l'égalité des prix aux coûts marginaux sur tous les marchés. L'influence des théories de Maurice Allais se fera dans les industries de réseaux et les entreprises nationales à travers des personnalités clés comme M.Boiteux et G.Dessus pour l'électricité et R.Hutter pour les transports.

##### A. La genèse théorique de la tarification au coût marginal

La vente au coût marginal s'inscrit dans la lignée des travaux pionniers fondés sur la facturation au prix de vente partiel, entrepris par Gibbins, Jules Dupuit et Clément Colson. Dans le domaine des transports, Dupuit proposa dès le milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle une facturation au moins au coût de revient partiel et l'introduction de tarifs différenciés face à des états d'inégale saturation des installations. Notre annexe 1 revient sur ses apports.

Les enseignements de Dupuit furent plus tard repris par Clément Colson pour les chemins de fer<sup>71</sup> : « *le problème consiste à introduire dans les tarifs certaines dispositions particulières qui permettent à de nouveaux voyageurs de prendre place dans des wagons à moitié vides. Relevez les tarifs les jours où l'affluence des voyageurs vous oblige à doubler vos locomotives, abaissez-les les jours où les voyageurs manquent*<sup>72</sup> ». Cependant la tarification au coût de revient partiel laisse posée la question de la couverture des frais de capital c'est-à-dire des investissements initiaux dans les équipements de service public. L'intuition des coûts marginaux de développement qui permettra de concilier l'efficacité de la tarification et l'optimisation du système électrique ne sera qu'entrevue par Clément Colson : « *Pour calculer exactement les dépenses entraînées par le trafic supplémentaire auquel il s'agit de faire face, il faut tenir compte du capital qu'absorberont ces travaux* ».

Le débat autour de la tarification au coût marginal qui fera rage dans les années trente et quarante, notamment entre H. Hotelling et R. Frisch, n'apportera pas de réponses satisfaisantes à cette question. En effet, Hotelling, en 1938, préconise la vente au prix de revient partiel avec couverture des déficits pour les entreprises à coûts décroissants par des impôts globaux. Or, passé la capitation, la fiscalité porte sur des variables économiques et modifie donc les taux marginaux de substitution des agents<sup>73</sup>.

Cette révolution ne sera possible que par la cristallisation de l'ensemble de ces recherches théoriques et des différents décideurs autour d'un homme et du modèle théorique qu'il élaborait : Maurice Allais. La nouvelle révolution marginaliste ne sera possible que par la réunion autour de Maurice Allais d'un ensemble d'acteurs à la fois managers des entreprises publiques et théoriciens. La théorie allaisienne<sup>74</sup>, sur laquelle nous allons revenir, permettait d'intégrer le calcul économique dans une théorie générale de l'économie. Allais, profitant du rejet après guerre du credo libéral, va catalyser l'ensemble des énergies par ses écrits, par des liens interpersonnels et par ses interventions (notamment sur la coordination rail-route), pour

---

<sup>71</sup> Colson C., (1890), *Transport et tarifs*, J.Rotschild, Paris.

<sup>72</sup> Cité par Berthomieu C., (1970), *La gestion des entreprises nationalisées*, Paris, Puf.

<sup>73</sup> Comme nous le verrons, la solution à ce problème sera apportée par la tarification assise sur le coût marginal de développement et sur les tarifs dits de Ramsey-Boiteux, lesquels permettront de ne plus recourir à l'impôt pour couvrir toutes les charges fixes. En effet, les péages proposés par Boiteux ont pour finalité de couvrir les déficits subsistants et ainsi d'obtenir un optimum de second rang. Ces tarifs sont à l'origine de l'ensemble de la théorie du second rang et permettent d'assurer la cohérence du calcul économique de la firme entre tarifs et choix d'équipements.

<sup>74</sup> Allais M., (1943), *A la recherche d'une discipline économique*, réédité comme *Traité d'économie pure*, Imprimerie nationale, 1952.

faire des entreprises publiques un terrain privilégié d'expérimentation des innovations liées au calcul économique.

Pour Marcel Boiteux<sup>75</sup>, la théorie allaisienne vise à répondre à la question : « Comment organiser la vie économique pour tirer le meilleur parti possible des ressources dont dispose la collectivité ? ». Pour les libéraux classiques, y compris de tradition hayékienne, il ne faut pas interférer dans le jeu économique dans la mesure où des décisions incohérentes et opportunistes des agents naîtra l'ordre le meilleur pour tous. Allais reprend une partie des convictions des planistes des années trente, lesquels souhaitaient « *substituer l'action consciente des hommes aux lois aveugles de la nature* ». L'intuition de M. Allais est de distinguer les problèmes techniques des problèmes sociaux tout en gardant à l'esprit que l'objectif d'une action publique rationnelle réside en la réalisation simultanée de ces deux optima. Le problème du rendement social est de tirer le meilleur parti des ressources rares. Le problème de la répartition sociale sera envisagé par la politique économique seulement dans un second temps. La distinction est artificielle, mais est, comme le note M. Boiteux, « *particulièrement féconde car elle isole d'un côté ce qui est la vérité scientifique et peut de ce fait recueillir l'adhésion de tous les esprits, de l'autre ce qui est la vérité morale ou politique et fait naître les discordes et le déchaînement des passions* ». Nous voyons resurgir une idée des années trente selon laquelle le débat économique "pur" peut être tranché scientifiquement par les seuls techniciens.

La définition du rendement social se rapproche de la définition de l'optimum parétien. Un état de rendement social maximal est un état tel que l'on ne puisse augmenter la satisfaction d'un individu sans diminuer pour autant celle d'un autre. L'optimum économique sera atteint quand les deux *optima* seront réalisés simultanément. La concurrence assure, selon M. Allais, la réalisation d'un rendement social maximal<sup>76</sup> sans s'opposer à la réalisation de l'une quelconque des répartitions considérées comme la meilleure par le gouvernement. Pour Allais, le résultat de la concurrence pure et parfaite pourrait être théoriquement atteint par une planification centralisée, mais Allais note que la solution de la concurrence pure et parfaite est la seule viable. En effet, « *la méthode concurrentielle résout cette difficulté, car elle réalise la*

---

<sup>75</sup> Boiteux M., (1956), « La théorie du rendement social », cours au collège libre des sciences sociales et économiques. Les cours délivrés par Marcel Boiteux, lesquels sont conservés par les archives d'EDF, apportent de nombreux éclaircissements sur les problématiques de l'époque et fournissent une synthèse inégalée à ce jour de la théorie du rendement social et de sa mise en œuvre.

<sup>76</sup> La théorie du rendement social établit que le système de prix qui correspond à l'optimum est celui qui se fixerait spontanément dans un régime de concurrence pure et parfaite.

*division du travail qu'exige le calcul économique, dont aucun fonctionnaire, si doué soit-il, ne saurait venir à bout* ». Cependant, Allais se distingue des libéraux en ce sens qu'il insiste sur son refus du laissez-faire : « *le régime concurrentiel ne signifie pas le "laissez-faire". La concurrence est naturellement malfaisante. Elle devient bienfaisante lorsqu'elle s'exerce dans le cadre juridique qui la plie aux exigences de l'optimum du rendement social* ». Pour Allais, « *le rôle des pouvoirs publics est de prendre les mesures qui infléchiront les comportements vers les comportements parfaits dégagés par la théorie*<sup>77</sup> ».

La théorie du rendement social justifie donc que le monopole public tarifie ses produits au coût marginal. La question est donc de savoir ce que doivent intégrer les coûts marginaux. Ceux-ci doivent intégrer les amortissements et les charges d'intérêts liées aux investissements passés. Cette question sera la source d'une polémique qui opposa Maurice Allais à Alfred Sauvy<sup>78</sup>. L'application de la tarification au coût marginal supposait donc la résolution de deux défis. L'un était théorique : comment appliquer la théorie du rendement social en présence de discontinuités et d'immobilisations ? L'autre était d'ordre pratique : comment dégager des règles de tarifications simples et applicables ? La démonstration de Maurice Allais repose tout d'abord sur le rejet de la tarification au coût partiel<sup>79</sup>. Pour Hotelling et Sauvy, seul l'avenir compte, c'est-à-dire il ne faut pas tenir compte dans les tarifs des charges financières correspondant aux immobilisations existantes, d'où la défense par ces auteurs de la tarification au coût partiel. Allais argue qu'il ne saurait exister de différence entre un équipement public et un équipement industriel. Lorsqu'une entreprise privée acquiert un équipement, elle incorpore, dans ses prix, les charges d'intérêt et d'amortissement. Les recettes futures doivent en effet couvrir à la fois les dépenses directes et les charges financières liées aux immobilisations. Ainsi si l'on applique une tarification au coût partiel, les recettes ne seront plus suffisantes pour couvrir les charges de capital. De plus, avec une telle tarification les équipements seront surdimensionnés. La demande sera artificiellement accrue et des investissements non nécessaires seront réalisés. Or une fois ceux-ci mis en service, la tarification au coût partiel sera maintenue et le gaspillage social n'en sera que plus grave.

---

<sup>77</sup> Boiteux M., (1956), *op. cit.*

<sup>78</sup> Sauvy A., (1947), « A propos de la coordination des transports - répartition d'un objectif de production entre deux activités », *Revue d'économie politique*.

<sup>79</sup> Allais M., (1951), « Problèmes posés par l'application de la théorie du coût marginal », Cours de l'Ecole des Mines, Leçon 9, document 93, septembre.

Maurice Allais va développer une théorie marginaliste fondée sur le calcul différentiel. Le calcul économique sera intégré dans la théorie générale économique par la notion de “surplus distribuable<sup>80</sup>”. Cette notion, déjà présente chez Dupuit et que nous retrouvons chez Hicks et Boiteux, repose sur l'idée selon laquelle il s'agit de caractériser une modification économique par les prix que les individus sont prêts à payer pour l'accepter. Chaque transformation libère un surplus. Le surplus distribuable associé à un état de l'économie est le maximum de surplus libérable quand on envisage toutes les transformations économiques possibles. Quand le surplus distribuable est positif, l'intérêt général commande d'abandonner la situation initiale. Le concept de surplus permet d'illustrer le marginalisme en calculant les pertes que subirait la société en refusant de s'y soumettre. La révolution marginale rencontra un accueil favorable à EDF où elle apparut, en outre, comme un moyen d'augmenter les tarifs et d'accroître l'autonomie de l'entreprise vis-à-vis de sa tutelle.

*a. La tarification de l'énergie électrique : principes de base et illustration des mécanismes*

La tarification optimale se doit d'établir un lien entre la fourniture et son coût, c'est-à-dire d'établir la responsabilité de chaque usager vis-à-vis des ouvrages qui concourent à sa desserte. Or les coûts de la fourniture de l'énergie électrique sont en grande partie liés à sa localisation dans le temps et dans l'espace, c'est-à-dire à la courbe de charge. Il s'agit donc de définir ce coût, ce qui revient à se poser la question « *qu'est ce que coûtera à la collectivité une fourniture supplémentaire ?* ». Il s'agit en d'autres termes de s'attacher aux prix de revient marginaux des fournitures. Le coût marginal de production représente le coût de transport et distribution d'un kWh supplémentaire. Il dépend de la charge des différents équipements à un instant donné. La gestion optimale des équipements de production se traduit par la mise en service des ouvrages dans l'ordre croissant de leurs coûts d'exploitation. La dernière centrale mise en oeuvre sera celle dont le rendement sera le moins bon, elle sera nommée la centrale marginale. A chaque instant, le coût marginal de production du kWh sera égal à la dépense de combustible que nécessite la production d'un kWh supplémentaire par la centrale marginale. A l'inverse, en dehors de la pointe, nous verrons que lorsque les installations ne sont pas saturées, le coût marginal s'identifie au coût proportionnel de la

---

<sup>80</sup> « *Le surplus distribuable maximal  $\sigma^*$ , pour un groupe quelconque d'opérateurs est défini comme étant égal au maximum de surplus distribuable  $\sigma$  pour ce groupe, lorsque l'on considère l'ensemble des modifications de l'économie compatible avec les liaisons (...)* Si le surplus distribuable d'un bien  $V$  quelconque correspondant à une modification donnée de l'économie est positif, il correspond à une perte sèche pour l'économie ».  
Allais M., (1981), *La théorie générale des surplus*, Cahiers de l'Ismea.

centrale marginale. Il apparaît donc qu'en pointe le coût marginal sera nettement supérieur au coût proportionnel.

Pour obtenir un coût total minimum, le gestionnaire du système électrique appellera les moyens de production dans l'ordre croissant de leur coût variable. Lors de la pointe, la centrale marginale, c'est-à-dire celle qui assurerait la fourniture d'un kWh supplémentaire n'existe pas. Ainsi, un kWh supplémentaire appelé lors de la pointe sera responsable de l'installation d'une tranche supplémentaire. Ce kWh devra donc supporter une partie des charges fixes que sa fourniture occasionne.

Vendre au coût marginal de développement permet donc de concilier les trois obligations qui pèsent sur le service public de fourniture de l'énergie électrique:

- Obligations liées aux concessions de service public

La tarification fait office d'engagement crédible de long terme. L'égalité de traitement et l'équité sont assurées dans la mesure où *«chacun paye son dû, évitant toute péréquation abusive, toute subvention occulte, toute différenciation à la tête du client »*.

- Obligations financières

La politique économique générale de la firme répond à une contrainte d'équilibre budgétaire.

- Obligation commerciale

La tarification au coût marginal est conçue pour orienter le développement des consommations conformément à l'intérêt national vers les heures et les lieux où le supplément de fourniture est le moins onéreux. Nous retrouvons ici le rôle des prix selon Maurice Allais et Marcel Boiteux. Les prix sont à la fois facteurs de choix et facteurs de répartition : *«les prix commandent le comportement des agents économiques devant les diverses possibilités qui s'offrent à eux. Toute décision économique implique un choix entre diverses possibilités de substitution; c'est en fonction des prix que le consommateur, comme le producteur fera ce choix. Le système des prix détermine la physionomie de l'ensemble du système économique [en conséquence] tout bien ou service doit coûter autant à l'usager qu'il coûte à la*

*collectivité, sans quoi les choix individuels ne sont plus conformes à l'intérêt général*<sup>81</sup> ». Les deux célèbres apologues de Gabriel Dessus, reproduits en annexe 2, permettent de présenter l'esprit de la tarification au coût marginal.

Le paradoxe du voyageur de Calais nous permet d'introduire la distinction entre le coût marginal de court terme et le coût marginal de développement ou coût marginal de long terme. Le coût marginal de court terme d'une fourniture est le supplément de coût de production, transport et distribution qui résulte de l'apparition d'une demande additionnelle à capacités inchangées. Les centrales sont mises en service dans l'ordre croissant de leur rendement. A l'approche de la pointe, les centrales appelées seront très peu performantes et les pertes en ligne du fait de l'effet joule très fortes pour le transport. Lorsque l'ensemble du parc sera mobilisé, il sera impossible de répondre à la demande sauf à accepter d'investir dans un parc non optimal collectivement car surdimensionné. Ce surcoût sera à rapprocher du coût de défaillance, lequel reflète le coût pour la collectivité résultant de l'incapacité de l'entreprise à satisfaire l'ensemble de la demande, pour définir le niveau d'équipement optimal. Le coût marginal de développement ou coût marginal de long terme d'une fourniture représente le supplément de coût qui résulte de l'apparition de cette demande supplémentaire, pour une année donnée, en supposant que l'entreprise d'électricité dispose du délai suffisant pour modifier ses capacités de manière à les adapter à la situation nouvelle. Le coût marginal de développement intègre donc le coût des ouvrages permettant de satisfaire à moindre coût cette demande supplémentaire.

Coût de la fourniture supplémentaire

=

coût marginal de développement

=

$\Sigma$  (dépenses annuelles liées aux équipements développés (coût d'anticipation), coût des combustibles et des pertes)

Le coût d'anticipation représente le coût de la construction anticipée d'un équipement électrique. Il se compose des charges financières liées à l'investissement pour un kW de

---

<sup>81</sup> Boiteux M., « La politique des prix », Cours au collège libre des sciences sociales et économiques. Cours consacré aux « enseignements de la science économique moderne et problème de la planification concurrentielle », Archives EDF. 801058.

capacité supplémentaire, c'est-à-dire du coût unitaire de l'investissement multiplié par le taux d'actualisation<sup>82</sup>, de l'amortissement économique de la première année et des charges fixes d'exploitation et d'entretien de la première année. Le coût marginal de court terme n'est pas le coût marginal aujourd'hui et le coût marginal de développement n'est pas le coût marginal demain. Les deux notions de coût sont relatives à la même époque, celle où l'entreprise doit fournir l'énergie appelée. Le coût marginal de court terme indique le coût de la fourniture avec le parc actuel et le coût marginal de développement indique le coût de fourniture par le parc de production planifié. Si le parc actuel est déjà le parc optimal, on a pour toute fourniture :

$$\text{coût marginal de court terme} = \text{coût marginal de développement}$$

#### *b. Du coût marginal au tarif*

Le tarif de l'électricité doit réaliser un compromis entre l'efficacité et la praticabilité :

- le tarif est efficace s'il reflète les coûts. En d'autres termes, s'il offre une structure incitative assez forte pour orienter les choix des consommateurs.
- le tarif est praticable si les gains réalisés par ces incitations dépassent les coûts de gestion. En effet, un tarif qui refléterait parfaitement les coûts serait par trop onéreux.

Le rôle de la tarification est de ne pas inciter les utilisateurs à des gaspillages ou à des faux emplois qui seraient préjudiciables pour la collectivité. La tarification doit donc orienter les choix des consommateurs vers les décisions qui assurent la meilleure utilisation de l'énergie sous toutes ses formes. Il s'agit donc comme nous venons de le voir d'aligner les prix de vente sur les prix de revient afin de faire payer chaque fourniture à son coût réel. Facturée à un tarif inférieur au coût marginal, l'électricité cause un gaspillage collectif, l'électricité facturée au-dessus de ce coût, l'entreprise accroît ses profits mais frustrer des consommateurs de satisfactions possibles et stérilise des ressources pour la collectivité nationale. Si le secteur de l'électricité était caractérisé par une situation de concurrence pure et parfaite, l'égalisation du prix, du coût marginal et du coût moyen permettrait d'atteindre instantanément la taille

---

<sup>82</sup> Le taux d'actualisation mesure le taux de dépréciation que l'ensemble des agents économiques affecte à une somme future par rapport à une somme actuelle. En termes macro-économiques, il s'agit du taux qui assurerait (si les projets retenus sont tous caractérisés par un rendement supérieur à celui-ci) un volume d'investissement pour la collectivité équilibrant ses ressources d'épargne.

optimale pour la firme et une affectation optimale des ressources. Selon Gabriel Dessus<sup>83</sup>, « l'état monopoleur, mais marginaliste, devient ainsi le plus accompli des libéraux, car il n'est pas douteux que dans le secteur privé d'une nation libérale, il subsiste des traces de concurrence imparfaite, d'où quelques déviations par rapport à la vente au coût marginal ».

La tarification devra s'appuyer non sur les coûts marginaux mais sur leur tendance i.e. sur les « coûts marginaux que l'on observera lorsque la courbe de charge se sera déformée après application des nouveaux prix<sup>84</sup> ». En d'autres termes, la stratégie en  $\mathfrak{t}$  doit intégrer les réactions des usagers. La politique publique se fonde sur les variations de l'environnement qu'elle va elle-même susciter. Les deux articles fondateurs de Marcel Boiteux (1949 et 1956) jalonnent le cheminement de l'entreprise nationale vers l'adaptation de la tarification au coût marginal à l'énergie électrique. Ils se situent dans le cadre d'un effort de mise en forme, d'explication et de négociation avec les pouvoirs publics<sup>85</sup>. Passer des coûts marginaux aux tarifs suppose un effort de simplification et de péréquation. La tarification ne doit retenir que des inducteurs de coûts significatifs et non pas l'ensemble des paramètres explicatifs des coûts. La tarification doit retenir deux paramètres : la puissance souscrite et la quantité d'énergie consommée. D'où une structure tarifaire binôme. La responsabilité de certains abonnés vis-à-vis des ouvrages qui les desservent sera traduite par la différenciation des prix de l'électricité et par la modulation de la prime fixe. Le tarif se compose donc d'un terme d'énergie (prix du kWh différent selon le lieu et la date) et d'un terme de puissance, c'est-à-dire une prime fixe dont le taux par kW souscrit est légèrement dégressif et différencié par couches horizontales de puissance.

### B. Calcul des coûts marginaux et principes de la vente au coût marginal

Les bases théoriques de la tarification marginaliste ont été posées par Marcel Boiteux. Dans son article de 1949, il se focalise sur le cas des installations inélastiques, c'est-à-dire d'installations dont la capacité est limitée par un certain débit ou à une certaine puissance qu'il est pratiquement impossible de dépasser. Boiteux se concentre sur le cas où la fourniture

---

<sup>83</sup> Dessus G., (1954), « A propos des réformes tarifaires », *Revue française de l'énergie*, octobre, pp.8-14.

<sup>84</sup> Services des études économiques générales d'EDF, (1968), « La politique tarifaire d'EDF. Les principes et leur application », note 668, avril.

<sup>85</sup> La nouvelle politique tarifaire fut acceptée par la tutelle via la convention entre l'Etat et EDF et la réforme du cahier des charges de concession du réseau d'alimentation générale qui régissent les conditions de fourniture d'EDF à ses clients industriels. Avec l'application du tarif de vente de l'électricité haute tension, le tarif vert, les pouvoirs publics acceptaient pour la première fois la tarification au coût marginal c'est-à-dire le fait que le prix que doit payer l'utilisateur doit se rapprocher autant que possible du coût marginal de production.

d'énergie électrique est effectuée par une seule centrale ou par un groupe de centrales rigoureusement identiques. Cette partie va s'attacher à une rapide présentation de la situation où l'énergie est fournie par des centrales de types différents. Pour appliquer la tarification au coût marginal, il est indispensable de connaître les coûts marginaux. L'entreprise pour établir ses tarifs doit pouvoir calculer les coûts marginaux qui correspondent à une courbe de charge donnée qui n'est pas obligatoirement la courbe de charge optimale. Nous avons vu que les coûts marginaux de développement correspondent à des équipements constamment adaptés à la demande. En d'autres termes, ils sont stables. A l'inverse, les coûts marginaux de court terme fluctuent au gré de la charge et ne peuvent servir de base pour la tarification. Le tarificateur doit être capable de déterminer à chaque instant le coût marginal de développement d'un appel supplémentaire d'énergie s'ajoutant à une courbe de charge quelconque donnée.

A une courbe de charge donnée correspond une certaine manière de produire celle-ci et partant un volume d'équipement optimum. Si la courbe de charge connaît une modification différentielle, il faut réadapter la production. Ces dépenses, rapportées à leur cause, définissent le coût marginal. Notre Annexe 3 présente la démonstration de Marcel Boiteux.

Le tarif  $p(t) = \omega + \pi(t)$  (avec  $\omega$ , coût proportionnel du kilowattheure et  $\pi$ , coût de développement du kilowatt installé) que Boiteux déduit de sa démonstration doit se caractériser par une stabilité très forte. Le rôle de la tarification, dans la pratique, n'est pas tellement de faire payer à chacun ce que coûte vraiment sa fourniture que d'orienter la consommation vers la meilleure utilisation des disponibilités en mettant le consommateur face à ce que coûtera la décision qu'il va prendre. L'abonné doit connaître à l'avance les tarifs de la journée. De la même façon, les tarifs doivent être simples à comprendre. Le but de la tarification est d'établir des modulations horo-saisonnnières afin d'aplatir la pointe de demande et de combler les creux. La majoration entre les deux tarifs doit être telle que les recettes soient égales au coût de développement.

### I.2.1.2 Enrichissements croisés de la pratique et de la théorie

Nous allons montrer dans cette partie comment la pratique des cadres d'EDF a conduit ceux-ci à développer la théorie marginaliste. En d'autres termes, il s'agira de voir comment les

praticiens (et praticiens - théoriciens dans les cas de Boiteux et Dessus) se sont réappropriés les enseignements de Maurice Allais et les ont enrichis en les rendant plus opérationnelles. Nous verrons donc comment des problèmes concrets d'EDF ont surgi les règles de Boiteux-Steiner, le théorème de Ramsey-Boiteux, des développements cruciaux de la théorie de l'optimum de second rang et de la théorie générale des surplus.

#### I.2.1.2.1 La tarification des pointes de demande

Le problème de la tarification des pointes de demande dont nous allons ici simplement esquisser la résolution est important à double titre. Elle s'intègre dans l'histoire des pensées économiques comme une réussite d'adaptation des instruments marginalistes à une situation réelle en vue de résoudre un problème de gestion concret et crucial. De plus, elle ne fut jamais adoptée en Amérique du Nord.

Il faut souligner que dans la situation française de 1949, le problème n'était pas, comme c'est aujourd'hui le cas aux Etats-Unis, de maintenir des installations obsolètes qu'il serait souhaitable de déclasser<sup>86</sup>, mais au contraire d'éviter autant que faire ce peut les ruptures d'approvisionnement. La tradition nord-américaine de tarification au coût moyen fait que tous les consommateurs paient le même prix, quels que soient le coût de production ou la valeur du bien économique électricité. Rappelons que l'électricité n'est pas un bien économique unique mais désigne un ensemble de biens économiques différents selon la date et le lieu de leurs livraisons. Cette tarification induit donc des effets pervers (surdimensionnement du parc) dans la mesure où l'utilisateur responsable de la pointe n'a pas d'incitation à reporter sa consommation.

Si une installation est optimalement dimensionnée à un débit constant, les coûts marginaux de court et long termes sont égaux, en d'autres termes le coût différentiel est égal au coût de développement. Dans le cas d'une installation optimale parfaitement adaptée à la demande, la tarification au coût différentiel (c'est-à-dire au coût marginal de court terme) rémunère le coût

---

<sup>86</sup> Nous aborderons la question de la non-optimalité du parc de production américain dans notre section III.1. Les capacités dormantes désignent les unités de production qui ne sont utilisées que durant la pointe. La tarification au coût moyen, en ôtant toute incitation à reporter sa consommation lors de la pointe de demande, induit un surdimensionnement du parc.

Pineau P.O., (1998), « Peak load problem, deregulation and reliability pricing », in Zaccour G., ed., *Deregulation of electric utilities*, Kluwer academic publisher, Londres, 342 p.

marginal de développement et satisfait simultanément les exigences de court terme et de long terme de la théorie marginaliste. A l'inverse, si les installations sont provisoirement ou volontairement inadaptées, les tarifs doivent être ceux que l'on instituerait si les installations étaient adaptées. Il faut donc tarifier aussi au coût de développement. Notre annexe 4 présente la démonstration de Marcel Boiteux quant à l'usage de la tarification au coût marginal pour gérer la question de la pointe de demande. Il convient de tarifier la pointe de demande non plus à son coût marginal actuel mais au coût marginal de développement.

L'objectif de la tarification sera d'écraser vigoureusement la pointe pour avoir une courbe de charge la plus plate possible. On retrouve donc la règle de Boiteux-Steiner<sup>87</sup> : « *Le prix en période hors pointe est égal au coût marginal d'utilisation. Le prix en période de pointe est égal à la somme des coûts marginaux d'utilisation et de développement* ». Cette règle peut être affinée dans le cadre de l'interconnexion de plusieurs centrales électriques de rendements différents.

La question de la tarification optimale réglée, il était nécessaire de répondre au défi posé par le déficit systématique que celle-ci induisait pour l'entreprise opérant en monopole. La poursuite du travail de Marcel Boiteux sur les aménagements à apporter à la tarification marginale pour permettre à l'entreprise d'atteindre l'équilibre budgétaire va permettre d'ouvrir la voie aux théories de l'optimum de second rang. L'article de 1956 sur la tarification optimale des monopoles publics astreints à l'équilibre budgétaire que nous allons présenter a résolu le dilemme théorique entre optimalité de la tarification et coût social du déficit de l'entreprise publique.

#### I.2.1.2.2 La tarification optimale d'une entreprise publique astreinte à la règle de l'équilibre budgétaire

Les travaux de Marcel Boiteux (et de Gérard Debreu<sup>88</sup>) sur les pertes économiques, ainsi que l'intuition du concept d'optimum du second rang, vont ouvrir des voies nouvelles à la science économique, constituant ainsi une sorte de « renvoi d'ascenseur » entre la pratique économique et la théorie.

---

<sup>87</sup> Pour une démonstration voir Laffont et Tirole (1993).

<sup>88</sup> Debreu G., (1952), «The classical tax-subsidy problem », *Econometrica*, janvier, 20, p.100.

La vente au coût marginal n'assure pas l'équilibre tarifaire dans les secteurs à rendement croissant. En effet, le coût unitaire de la tranche de développement sera par définition inférieur au coût moyen des tranches existantes. En d'autres termes, le coût marginal sera toujours inférieur au coût moyen. Ainsi, si la tutelle impose à l'entreprise nationale d'atteindre l'équilibre budgétaire, il n'y a aucune raison pour que les recettes couvrent les dépenses. Par exemple, les règles comptables adoptées par l'entreprise n'ont que peu de rapport avec les variables du calcul économique. Les charges annuelles de la comptabilité sont fonction des investissements réalisés par le passé. A l'inverse, la tarification au coût marginal vise à couvrir les dépenses occasionnées par des consommations complémentaires. Les coûts marginaux sont calés sur les coûts de développement prévus à un horizon donné et donc liés au futur. L'équilibre entre dépenses et recettes devra être rétabli par l'introduction de facteurs correctifs, c'est-à-dire un taux de péage. Ce taux rend compte de l'écart entre le niveau des prix financièrement adéquat et le niveau des coûts marginaux de développement. Il s'agira donc de s'interroger sur la compatibilité des deux missions assignées à l'entreprise : l'efficacité économique et l'objectif d'équilibre financier. Les tarifs de Ramsey Boiteux vont fournir au tarificateur les règles optimales d'affectation des péages. L'optimum se traduira par des écarts entre prix et coûts marginaux inversement proportionnels à l'élasticité prix de la demande. A l'inverse, Maurice Allais proposait d'appliquer des péages uniformes à tous les éléments des tarifs de façon à ne pas modifier leur structure. L'interrogation de Maurice Allais sur les péages partait de l'exemple de Jules Dupuit sur les péages liés à l'utilisation d'un pont. Si un pont existe, l'intérêt social n'est-il pas de l'utiliser à plein? Si l'on est adepte de la gratuité, le péage peut apparaître comme une double perte. On immobilise des ressources pour la perception des péages et on diminue l'utilité des consommateurs que l'on vient d'exclure. Du point de vue du rendement social, tant que le pont n'est pas saturé, le maximum ne peut être atteint s'il est pratiqué un péage. Dès qu'il y a saturation de l'ouvrage, il y a des pertes de rendement social (phénomène de congestion). La perte d'utilité sera dans ce cas bien supérieure au coût des péages.

La réflexion de Maurice Allais sur les péages le conduit à reprendre sa distinction entre les deux buts de la politique publique : la maximisation du rendement social et l'objectif de répartition équitable du revenu national. Pour Allais, même si un péage est source de perte de rendement social, il peut représenter l'avantage de faire payer par les seuls usagers du pont, les sommes financières engagées dans la construction. Financer de façon budgétaire les

déficits des entreprises de réseau à rendement croissant peut contribuer à maximiser le rendement social. Deux questions sont cependant à envisager. Est-il socialement équitable de faire financer par ceux qui ne voyagent pas, la subvention accordée à ceux qui peuvent voyager ? L'impôt servant à financer les déficits n'introduira-t-il pas des effets distortifs bien plus négatifs ?

Il s'agit donc de savoir dans quelle mesure chacun des prix des tarifs devrait s'écarter des coûts marginaux pour respecter au mieux la contrainte d'équilibre budgétaire. La solution de Marcel Boiteux consistera à joindre cette contrainte économique aux contraintes physiques qui dans les modèles permettront d'égaliser les offres et les demandes. Dans son article, Boiteux réalise la première incursion dans la théorie du *second best* et retrouve le théorème de Ramsey. Cette démarche repose sur l'utilisation de la notion de perte économique, que nous avons déjà évoqué indirectement en présentant la théorie allaisienne. Nous détaillerons son utilisation par Marcel Boiteux dans notre Annexe 5.

La notion de perte économique permet de définir une expression dont la valeur caractériserait l'écart entre la situation affectée par ces contraintes et la solution de rendement maximum. La logique induite par la théorie de l'optimum de second rang sera donc de minimiser cette fonction de perte vis-à-vis de la situation économique induite par la présence de péages.

Cette expression sera donnée par :

$$(1/2) \sum_i \sum_j (ij) d\pi_i d\pi_j - (1/2) \sum_i \sum_j (ij) dp_i dp_j$$

Dans cette expression,  $ij$  et  $ij$  désignent les coefficients de substitution dans la production et la consommation pour les  $i^{\text{ème}}$  et  $j^{\text{ème}}$  biens.

De la même façon,  $\pi_i$  et  $p_i$  désignent le coût marginal et le prix du  $i^{\text{ème}}$  bien.

Le revenu distribuable<sup>89</sup> sera positif pour toute situation économique différente de la situation de rendement maximum et nulle pour celle-ci. La minimisation de cette expression sera donc utilisée dans la situation où il existe une différence entre les prix et les coûts marginaux liés à

---

<sup>89</sup> Cette expression reprise de Maurice Allais était en fait due à John Hicks. Hicks avait introduit le concept un an avant Maurice Allais. Du fait de la guerre, les économistes français eurent connaissance de ces articles bien plus tard.

Allais M., (1943), *A la recherche d'une discipline économique*, Paris, ateliers Industria, 920 p.

Hicks J., (1942), « Consumer's surplus and index numbers », *Review of economic studies*, vol 9, été, pp. 126-137.

la contrainte de budget équilibré. Cette expression obtenue, il suffisait de déduire l'écart optimal aux tarifs de premier rang.

Les recherches de Marcel Boiteux sur le problème de l'équilibre budgétaire firent l'objet d'une première communication auprès de la Société d'économétrie à la Haye en août 1948. EDF, pour appliquer la tarification au coût marginal et faire accepter celle-ci par sa tutelle, malgré les résistances et les protestations des clients industriels, se devait d'apporter une rapide solution théorique au problème posé par l'incompatibilité de la règle de vente au coût marginal préconisée par la théorie du Bien Etre et la condition de budget équilibrée imposée par les pouvoirs publics à des fins de contrôle (théorie de l'agence). Boiteux proposa une maximisation de Pareto appliquée à un modèle général dont les liaisons de structure comprennent à la fois des liaisons entre quantités et des liaisons entre valeurs.

Sa démonstration, dont nous présentons les grandes lignes en annexe 6, indique que les entreprises publiques doivent donc maximiser leur profit par rapport à un système de prix fictifs. Si les entreprises nationales doivent atteindre chacune l'équilibre budgétaire, chacune devra mettre en place un système de prix fictifs. Ces différents systèmes seront liés entre eux par la condition que les écarts entre prix réels et prix fictifs relatifs à deux mêmes biens seront les mêmes dans toutes les entreprises publiques. Dans le cas d'une contrainte unique pour l'ensemble du secteur nationalisé, les écarts entre prix réels et prix fictifs sont proportionnels aux variations de prix qui, accompagnées d'une variation compensatrice des revenus, entraîneraient un même accroissement relatif des offres et demandes nettes des biens produits ou consommés par le secteur nationalisé. Le coefficient de proportionnalité est choisi de façon à réaliser la condition d'équilibre budgétaire.

Dans le cas d'une contrainte propre à chaque entreprise, les écarts  $\tau$  entre prix réels et prix fictifs attachés à une entreprise sont égaux à une combinaison linéaire d'écarts élémentaires relatifs à chaque entreprise du secteur. Ceux-ci sont de la même façon proportionnels aux variations de prix, lesquelles, accompagnées des variations de revenus induites, laissent les échanges physiques inchangés. Partant des complexes de biens fournis par chaque entreprise, on appréciera les élasticités de substitution de chaque type de biens.

Reste la question de la valeur de ces écarts. Maurice Allais<sup>90</sup> préconisait une proportionnalité des prix aux coûts marginaux. A l'inverse, la théorie des surplus et l'analyse marshalienne conduisent à proposer la proportionnalité de l'écart entre prix et coût marginal à l'élasticité de la demande. La solution d'Allais n'est en fait possible que s'il considère deux biens étroitement substituables ou si toutes les substituabilités sont uniformes. La détermination de l'écart optimal est alors obtenue en utilisant la méthode des surplus. Notre Annexe 7 présentera la méthode adoptée par Marcel Boiteux pour montrer que l'écart relatif entre le prix et le coût marginal doit être inversement proportionnel à l'élasticité de la demande. Nous retrouvons les tarifs de type Ramsey-Boiteux indiquant que la "sur-taxe" appliquée aux demandes les plus captives permet de financer le déficit de l'entreprise opérant en rendements croissants et tarifant au coût marginal.

Laffont et Tirole<sup>91</sup> montrent que sous certaines conditions, une entreprise utilisant un tarif binôme peut atteindre un optimum de premier rang malgré la contrainte de budget équilibré. Cependant, la mise en place d'une prime fixe pose des problèmes en termes d'équité, dans la mesure où elle pèse sur tous. Ces auteurs reconnaissent donc qu'il est préférable de vendre au dessus du coût marginal. En d'autres termes, on accepte de perdre en efficacité (on s'éloigne de l'optimum de premier rang), ce qu'on gagne en équité distributive<sup>92</sup>.

#### I.2.1.2.3 Les pratiques suivies par EDF en matière de tarification

Il convient de mettre en évidence la divergence pouvant se faire jour entre la tarification de service public telle qu'elle peut se déduire de la notion juridique de service public et celle qui fut forgée par les économistes à la charnière des années quarante. Comme le souligne J.Percebois<sup>93</sup>, les exigences de la première en termes d'égalité des traitement des usagers, de continuité de la fourniture et d'adaptabilité de la prestation, pourraient être satisfaites par une tarification au coût moyen reposant à la fois sur une péréquation spatiale et temporelle des tarifs. A l'inverse, l'application du critère de Pareto par les ingénieurs économistes conduisit à

---

<sup>90</sup> Allais M., (1948), «Le problème de la coordination des transports et la théorie économique », *Revue d'économie politique*, mars-avril.

<sup>91</sup> Laffont J.J. et Tirole J., (1993), *op. cit.*

<sup>92</sup> Feldstein M., (1972), «Equity and efficiency in public sector pricing : the optimal two parts tariffs », *Quarterly journal of economics*, 86, pp.175-187

<sup>93</sup> Percebois J., (1999), « L'apport de la théorie économique aux débats énergétiques », *Cahiers de recherche du CREDEN*, n° 99.11.15, novembre, 36 p.

une déperéation spatiale et temporelle des tarifs. Il n'en demeure pas moins que la discrimination tarifaire peut être jugée compatible avec l'égalité de traitement dès lors que l'on considère que tout usager placé dans les mêmes conditions doit payer un même tarif et que deux approvisionnements opérés dans des conditions techniques et économiques différentes doivent être tarifés différemment.

La mise en place d'une tarification marginaliste à EDF s'est faite progressivement avec le tarif vert pour les industriels en 1956, le bleu pour les clients domestiques en 1965, l'accentuation de la différenciation horosaisonnaire (tarif TEMPO) et les tarifs visant à écrêter les pointes (tarif Effacement des Jours de Pointe). Techniquement, quatre solutions furent proposées pour établir une tarification au coût marginal pour une entreprise opérant avec des coûts marginaux décroissants. La première, nous l'avons vu, consiste à appliquer une tarification au coût marginal pure et à combler le déficit de l'entreprise publique par des transferts publics. Il s'agit d'une solution de premier rang. Elle souffre cependant de maints défauts au point de vue incitatif. La seconde solution fut celle forgée par Marcel Boiteux. Le problème de cette solution de second rang réside dans le fait que l'efficacité économique va à l'encontre d'objectifs "sociaux". En effet, ce sont les clients captifs qui se voient appliquer les péages les plus forts par rapport au coût marginal. Autre difficulté de ce tarif, le besoin d'information dont l'entreprise doit disposer sur la fonction de demande, notamment quant aux élasticités. La troisième solution fut la plus employée. Il s'agit d'une tarification non linéaire binôme. Elle part de l'intuition qu'il est impossible de connaître *ex ante* la disposition à payer des usagers. Elle utilise donc des barèmes tarifaires conduisant les usagers à révéler leur type, via leur choix d'option.

Le tarif se présente sous la forme suivante :

$$T = E + pq$$

Avec :

E représentant une prime fixe indépendante des quantités consommées,

q, la quantité consommée,

p, le prix unitaire.

La partie fixe permet de couvrir les coûts d'infrastructure et la partie variable doit se rapprocher, autant que faire se peut, des coûts marginaux.

La dernière modalité, laquelle fut finalement adoptée par EDF et GDF, consiste à facturer à chaque usager une partie variable correspondant au coût marginal de court terme et de lui imputer une quote-part des coûts d'infrastructure. Il s'agit donc d'un tarif reposant en partie sur un coût complet comptable. Cette méthode appelée FDC (*Fully Distributed Cost Pricing*) est dominée par une tarification à la Ramsey-Boiteux mais s'avéra beaucoup plus facile à appliquer.

La définition du tarif optimal étant obtenue, il s'agissait de déterminer le second pilier du calcul économique, à savoir le choix des investissements. La prochaine sous-section nous permettra de montrer de quelle façon les réflexions sur les choix d'investissement, qui furent pourtant menées de façon indépendante des recherches tarifaires, vont converger avec celles-ci pour asseoir la cohérence du modèle de calcul économique d'EDF, et ainsi réaliser pleinement les potentialités de ce que nous avons appelé la convention de la réglementation extérieure.

### **I.2.2 Les choix d'investissements**

L'objet de cette sous-section est de mettre en relief la logique économique sous-jacente aux choix d'investissements de la firme. Le modèle de décision d'investissement de la firme repose sur le calcul économique marginaliste. Nous montrerons comment EDF a construit un outil de sélection des projets d'investissements fondé sur des critères rationnels et non plus "politiques". Notre premier point visera à mettre en évidence la cohérence entre le modèle de tarification de la firme et son modèle de choix d'investissement. La cohérence du modèle EDF, assise sur la théorie du rendement social, repose sur cette détermination conjointe. Celle-ci est à l'origine du souci de recherche de l'efficacité de long terme à la base du service public de l'électricité. Ce lien entre le tarif et l'investissement résulta de la convergence des travaux entre les divers services de l'entreprise nationale. Celle-ci atteste de la prégnance du cadre de référence allaisien au sein de l'entreprise et de l'effet intégrateur et cumulatif des efforts de tous, assuré par la prédominance de la convention de la réglementation extérieure.

Cette sous-section visera donc à montrer comment s'est construit un outil de décision fondé sur le calcul économique et ancré dans une convention de réglementation, dont il assure la

cohérence. Ainsi, nous détaillerons les différentes étapes de la construction des règles de décision de la firme en matière de programmation des investissements, en abordant successivement le contexte qui a favorisé leur émergence, leur logique interne et leurs évolutions.

### I.2.2.1 Cohérence du modèle de calcul économique développé par EDF

Les règles de gestion forgées par EDF reposent, comme nous venons de le voir, sur la théorie du rendement social<sup>94</sup>. Il convient cependant de souligner que la notion de coût marginal utilisée par Maurice Allais pour la tarification ne correspond pas au coût marginal pour un volume d'équipement donné, mais au coût marginal de long terme. Si les capacités productives sont appelées à évoluer, une tarification assise sur les seuls coûts marginaux de court terme risquerait de faire prendre des décisions anti-économiques aux consommateurs. Les signaux de prix adressés aux consommateurs seraient biaisés, ce qui entraverait la maximisation du rendement social et donc serait contraire à l'intérêt public. La courbe de coût marginal de long terme constitue en quelque sorte la courbe enveloppe des courbes de coûts marginaux de court terme. Elle indique le tarif le plus efficient pour chaque ensemble de production possible pour chaque combinaison de technologies de production possible<sup>95</sup>. En d'autres termes, la démarche allaisienne ne conduit pas à simuler purement et simplement les mécanismes de marché. Il existe par cette notion de coût marginal de développement (i.e. de long terme), un souci d'orienter les choix individuels dans un sens conforme à l'intérêt général de long terme. Du fait de l'introduction du coût marginal de développement (i.e. de long terme), la solution allaisienne ne se limite pas seulement à la simulation d'un marché spot (logique walrasienne) mais s'inscrit dans une logique de promotion de l'intérêt général. Il s'agit de minimiser le coût social de la fourniture tout en faisant payer à chaque consommateur le coût que sa demande d'électricité induit pour la collectivité. De cette notion de long terme va naître la cohérence entre tarification et choix des équipements.

---

<sup>94</sup> Boiteux M., (1956), «La théorie du rendement social», Cours au Collège Libre des Sciences Sociales et Economiques.

<sup>95</sup> Notons que l'on raisonne sans prendre en compte un éventuel progrès technique lequel viendrait modifier les fonctions de production. Le calcul se fait pour les techniques de production existantes au moment. Le terme de développement peut donc induire en erreur. Il s'agit plutôt d'un coût marginal d'adaptation.

Le modèle allaisien, tel qu'il fut adapté et mis en œuvre par Marcel Boiteux, va conduire EDF à mettre sur pied des instruments de gestion visant à orienter les choix des consommateurs dans un sens conforme à l'intérêt général. En d'autres termes, il faut distordre ces choix de façon à les rendre cohérents avec le parc optimal minimisant le coût social à long terme de la fourniture. De ce parc optimal (projeté à partir du calcul économique<sup>96</sup>), sont déduits des coûts marginaux à long terme (coût de développement) servant de base à la tarification. Or la boucle investissements / tarifs ainsi créée pose un problème lié à son caractère auto-renforçant. Les prévisions d'EDF concernant la demande déterminent ses choix d'investissements. La résultante de la planification de ceux-ci est la définition d'un parc de production optimal. De ce parc se déduit un coût marginal à l'origine de la tarification de la firme. Les choix des consommateurs doivent alors être orientés dans le sens de l'intérêt général. Les tarifs appliqués dès la période  $t_0$  doivent être conformes à ceux qu'ils seraient si la firme disposait d'ores et déjà de l'outil de production optimum. Le tarif déterminant dans une large mesure le volume et la structure de la demande, la boucle est bouclée. Reste alors à savoir si, à terme, les choix d'investissements issus du calcul économique à la base du modèle EDF ne s'auto-légitiment pas en formatant la réalité, dans la mesure où ils déterminent les tarifs. Nous étudierons plus en détail ce risque dans notre section III.1.

### I.2.2.2 Le choix des équipements : l'apport de la note bleue

#### I.2.2.2.1 Le contexte historique : la querelle des filières

La construction de la méthode de choix d'investissements d'EDF est inséparable du contexte historique et des débats de la période marquée notamment par la querelle des filières opposant partisans de l'hydraulique et du thermique. Les efforts de tous convergèrent vers la mise en place d'un critère de choix d'investissement fondé sur l'approche marginaliste de façon à dégager les choix d'investissements de la firme des débats "politiques". Notre annexe 8 présentera les grandes étapes de cette querelle. Le fait que le débat n'avait que très rarement mobilisé des arguments rationnels et quantifiés pour l'une ou l'autre des filières encouragea les dirigeants d'EDF rechercher un critère de choix rationnel entre les différentes technologies de production.

---

<sup>96</sup> Note Bleue d'EDF en 1953 relative à la recherche d'un critérium rationnel de choix d'investissement.

#### I.2.2.2.2 Les principes posés par la note bleue

##### A. Caractéristiques générales

L'imposition d'un plan complémentaire thermique et les débats de la préparation du second Plan conduisirent donc les dirigeants d'EDF à rechercher des critères de choix rationnels pour arbitrer entre les deux technologies. Dès novembre 1950, une première note interne fut diffusée sur le thème d'un « Essai de détermination d'un critérium de valeur des équipements ». La méthode s'inspirait des travaux pionniers de Massé, menés pour le compte de la Société Hydro-technique Française. La clé du raisonnement était le refus de raisonner sur la valeur intrinsèque de chaque projet. Il s'agissait, au contraire, de comparer chacun d'entre eux à un équipement de référence de même capacité. Les projets hydrauliques étant par définition des projets singuliers, le projet de référence sélectionné fut une tranche thermique. La tranche peut constituer un substitut pour tout investissement, l'ensemble de ses coûts (coûts de premier établissement, coûts d'exploitation,...) sont connus et sont indépendants du site d'implantation. Il s'agit donc de bâtir le prix de revient total d'un aménagement. L'ensemble du calcul reposait sur l'actualisation en  $t_0$  de l'ensemble des flux de fonds générés ou induits par l'équipement et ce sur l'ensemble de sa durée de vie.

Le schéma de la note de 1950 préfigure la note bleue. La méthode repose sur la formule suivante.

Soient :

- D : le coût de construction de l'unité de production,
- E : l'actualisation en  $t_0$  des économies annuelles d'exploitation induites par cette nouvelle unité (c'est-à-dire les économies de charbon réalisées par rapport à la tranche déclassée),
- $E_0$  et  $D_0$  : les valeurs du thermique de référence (de même puissance garantie).

Tout aménagement va se définir par son enrichissement :

$$e = \frac{E - D - (E_0 - D_0)}{D}$$

Il est possible de déduire un enrichissement relatif obtenu par la réalisation d'une unité additionnelle thermique :

$$V = 1 + e = \frac{E + D_0 - E_0}{D}$$

Ainsi, pour le thermique de référence, nous aurons :  $V = 1$ .

La règle de décision que nous pouvons dériver de cette équation sera celle qui servira de trame à la note bleue, que nous allons présenter. Cette règle préconise de sélectionner tout projet hydroélectrique caractérisé par un enrichissement (c'est-à-dire:  $V > 1$ ).

### B. Economie de la note bleue

La note bleue ne constitue pas une tentative de mesure de la valeur intrinsèque de chaque projet. Elle vise à doter la firme d'un outil de comparaison des projets. Un référentiel thermique est adopté. Il servira de référence aux autres projets. Trois questions se sont dès lors posées aux concepteurs de la note. La première tient au choix même de cette méthode indirecte. La seconde réside dans le choix de la technologie de référence. La troisième est celle de l'expression du critère de satisfaction des consommateurs.

La constatation de départ des dirigeants d'EDF fut de renoncer à mesurer la valeur de leurs unités de production à l'aune des recettes d'exploitation du fait de l'absence d'un réel marché de l'électricité. Il fallait donc abstraire le choix des équipements de la question de l'utilité des produits. La méthode de choix entre les différentes technologies de production repose sur la sélection d'un groupe thermique de référence apportant la même satisfaction au consommateur que les autres technologies de production. Cette construction théorique permettait de faire l'économie de l'édification d'un système de prix complet. Un groupe thermique donné se caractérise par des éléments de coût allant du coût de construction, à l'amortissement en passant par les coûts d'exploitation. Ces charges s'étalant dans le temps, le choix fut fait de recourir à l'actualisation des différents flux en  $t_0$ , date de l'investissement. La durée de vie des projets étant différente, les problèmes liés à la comparaison des valeurs

actuelles nettes furent résolues en actualisant sur l'infini. On supposa, de la même façon, que les tranches d'usines seraient reconstruites à l'identique. L'intégration du progrès technique dans le modèle fut permise par le choix d'équipements ayant la durée d'amortissement la plus courte possible. L'hypothèse était faite que le progrès technique serait intégré dans les nouveaux équipements. Le choix du taux d'actualisation n'allait pas non plus sans poser de difficultés. On choisit, au final, le taux de 4.5 %, taux correspondant aux emprunts contractés par EDF auprès du Fonds d'Amortissement.

Il fallait aussi définir quels seraient les postes du bilan actualisés qui seraient retenus. Deux postes posaient particulièrement problème. Le premier était l'économie en combustible et le second l'amortissement, pour lequel il s'agissait de définir des règles économiques d'évaluation. Si les marchés financiers avaient été parfaits, c'est-à-dire, s'il avait existé un taux unique pour les placements et l'actualisation, la question eut été sans intérêt. En effet, l'échelonnement de la constitution du fonds d'amortissement eut été indifférent. Le thermique de référence sélectionné ne correspond pas aux centrales les plus performantes susceptibles d'être construites. D'une part, le parc thermique est un composite de centrales pouvant fonctionner en base et de centrales spécialisées sur la pointe. D'autre part, le parc de la firme ne peut jamais être composé à 100 % des usines les plus modernes. L'héritage des investissements passés et les contraintes d'homogénéité du parc imposent à la firme de voir ses usines s'éloigner d'une composition optimale. Ainsi, le thermique de référence est représentatif de la moyenne des centrales composant le parc à un moment donné<sup>97</sup>. Comme nous l'avons vu, le critère de décision reposait sur l'enrichissement apporté par le projet ( $V > 1$ ).

La note bleue fit l'objet de nombreuses révisions. Les principales de celles-ci portèrent sur le taux d'actualisation. Des réflexions furent menées sur la place de la dimension publique dans la recherche du taux<sup>98</sup> et sur le rôle de l'incertitude<sup>99</sup>. De la même façon, l'hypothèse sous-jacente à la note bleue d'un développement homothétique du parc de production, conservant la même proportion hydraulique / thermique devait être révisée. Elle excluait la prise en compte du développement du nucléaire et les progrès réalisés par les nouvelles tranches

---

<sup>97</sup> La note bleue fut périodiquement (tous les deux ou trois ans) retouchée. Le taux d'actualisation fut fréquemment corrigé et le groupe de référence passa de 50 MW à 600 MW et du charbon au fuel.

<sup>98</sup> Note du Service des Etudes Economiques Générales d'EDF sur le taux de rentabilité et le taux d'actualisation, note 30, mai 1964.

<sup>99</sup> Note du Service des Etudes Economiques Générales d'EDF sur l'influence de l'incertitude sur le taux d'actualisation, note 36, mai 1964.

thermiques<sup>100</sup>. Le progrès technique constaté dans la production thermique imposait de revenir sur le choix du thermique de référence. De la même façon, le transport devait être mieux intégré. Dans la note de 1953, il n'était compté que de façon forfaitaire et n'intervenait que comme un correctif de faible poids. Cette "négligence" était excusable dans la mesure où les pertes en ligne étaient négligeables eu égard aux différences de performances constatées dans le parc thermique d'EDF. Le resserrement des performances des groupes thermiques constituant le parc et la montée en puissance des investissements de réseau nécessitaient une image plus fidèle des coûts de transport. La date optimale de réalisation d'un investissement hydroélectrique ne pouvait pas se déterminer indépendamment des investissements de réseau, indispensables pour acheminer l'électricité produite. La note bleue fut divisée en deux modèles distincts qu'il s'agissait de combiner. Aux côtés du modèle d'investissement était ajouté un modèle de gestion. Le but de ce modèle était de représenter de façon plus précise un système de production-consommation de façon à pouvoir déduire pour chaque nœud du réseau de transport, pour un instant donné et pour une hydraulicité déterminée, le coût marginal de court terme de l'énergie électrique. Le second modèle reprenait le volet de l'évolution des investissements. Il s'agissait donc de programmer le développement optimal d'un système de production et de transport. Les deux modèles étaient reliés. Si en t, on fait tourner le modèle de gestion, on déduit des coûts marginaux en tous les points du réseau, selon les diverses hypothèses. La minimisation de ces coûts marginaux permet de déduire le développement optimal du parc<sup>101</sup>.

### C. Le modèle de choix d'investissements d'EDF comme modèle de gestion optimale d'une firme publique dans le cadre d'une convention de réglementation extérieure

Notre propos sera de revenir sur la cohérence du modèle de choix d'investissement de la firme publique. Nous allons nous attacher une dernière fois aux équipements théoriques de la firme, c'est-à-dire ces outils de choix d'investissements, avant de passer dans notre section I.3 à la cohérence de sa politique de dotation des équipements productifs. Pour ce, nous nous appuyerons sur la présentation de W.Varoquaux<sup>102</sup> du modèle de calcul économique mis en œuvre par EDF, lors des dernières années de primauté de la convention de réglementation

---

<sup>100</sup> Note du Service des Etudes Economiques Générales d'EDF sur une révision profonde de la Note Bleue, note 65b, 2 décembre 1964.

<sup>101</sup> Note du Service des Etudes Economiques Générales d'EDF sur les grandes lignes des modèles nécessaires à la révision profonde de la Note Bleue, note 67, 15 décembre 1964.

<sup>102</sup> Varoquaux W., (1996), *calcul économique et électricité, Que sais-je ?*, PUF, Paris, 127p.

extérieure. Le taux d'actualisation retenu au milieu des années quatre-vingt-dix pour les investissements d'EDF s'élevait à 8%. Il ne s'agissait pas d'un taux de marché (le taux sans risque des obligations du Trésor) mais d'un taux résultant d'une évaluation des capacités d'épargne de la Nation et des besoins collectifs de capitaux. En d'autres termes, le taux d'actualisation était calculé de façon à limiter l'effet d'éviction. Le coût total actualisé de toute technologie de production était calculé comme suit :

$$C_{act} = I + \sum_1^N \frac{A + c_n \cdot h_n}{(1 + a)^n}$$

avec :

- I : l'investissement initial,
- A : la dépense annuelle constante de conduite et d'entretien,
- a : le taux d'actualisation retenu,
- $c_n$  : le coût du combustible par KWh,
- N : la durée de vie de l'équipement,
- $h_n$  : la durée totale d'utilisation de l'équipement dans l'année n.

De ce coût total actualisé, on va déduire un coût de revient économique. A cette fin, on prolonge la durée de vie des équipements *ad infinitum* pour les ramener à une base comparable. Ce coût de revient est alors donné par la formule :

$$Cr = \frac{C_{act}}{\sum_{n=1}^D \frac{P_n}{(1 + a)^n}}$$

On pose :

- $P_n$  : la production de l'année n,
- D : la durée de vie de l'équipement.

Une expression de l'amortissement des équipements est intégrée. Il ne s'agit pas de l'amortissement comptable mais d'un amortissement "économique". Alors que dans le premier, la somme des amortissements doit être égale, *in fine*, à la valeur d'origine du bien, c'est la somme actualisée des dotations qui doit parvenir à égaliser l'investissement initial.

Si on note :

- I : l'investissement initial,
- Ae : l'amortissement économique.

On obtient :

$$I = \sum_{n=1}^N \frac{Ae}{(1+a)^n}$$

On déduit alors l'expression de l'amortissement économique :

$$Ae = \frac{I}{\sum_{n=1}^n \frac{1}{(1+a)^n}}$$

De celle-ci dérive le coût total d'une installation :

$$C_{ta} = Ae + C + h.c$$

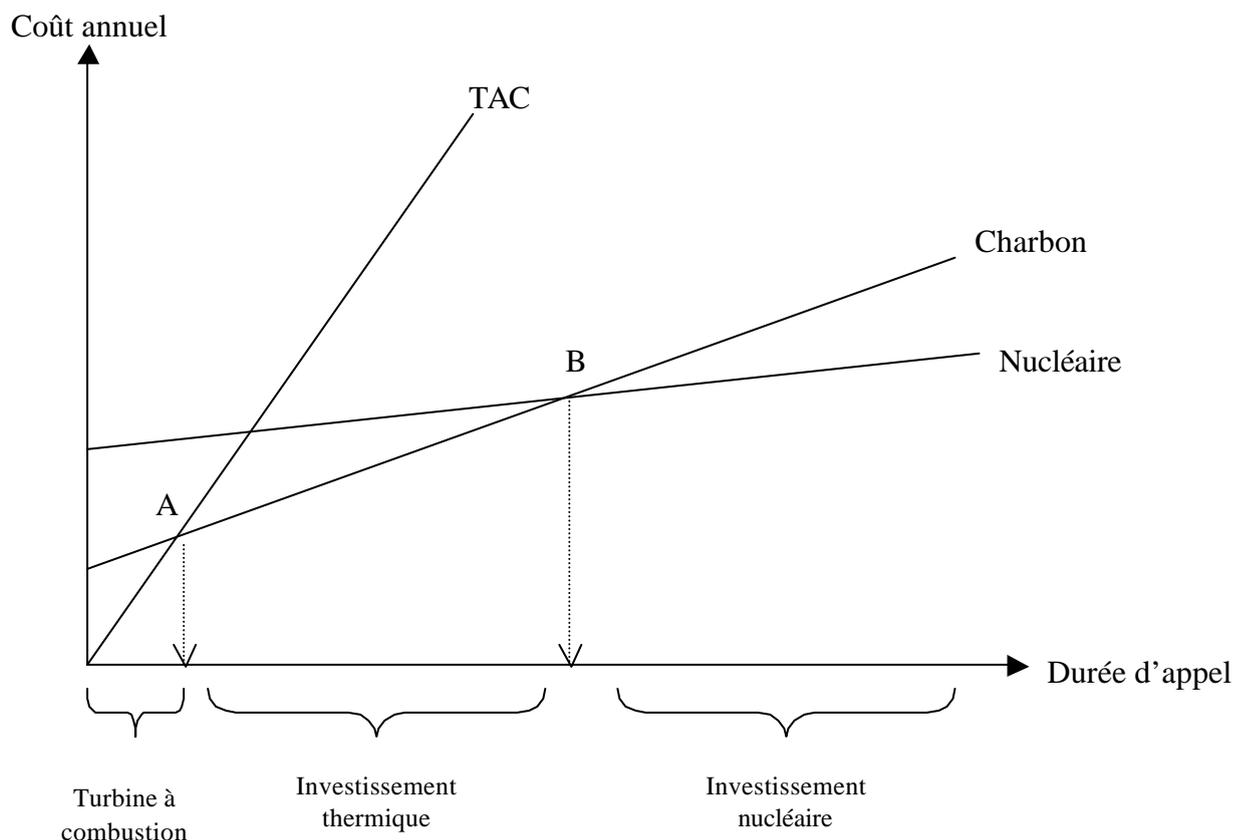
Avec :

- Ae : l'amortissement économique,
- C : les dépenses annuelles d'entretien et de conduite par kW installé,
- h.c : le coût variable par kWh.

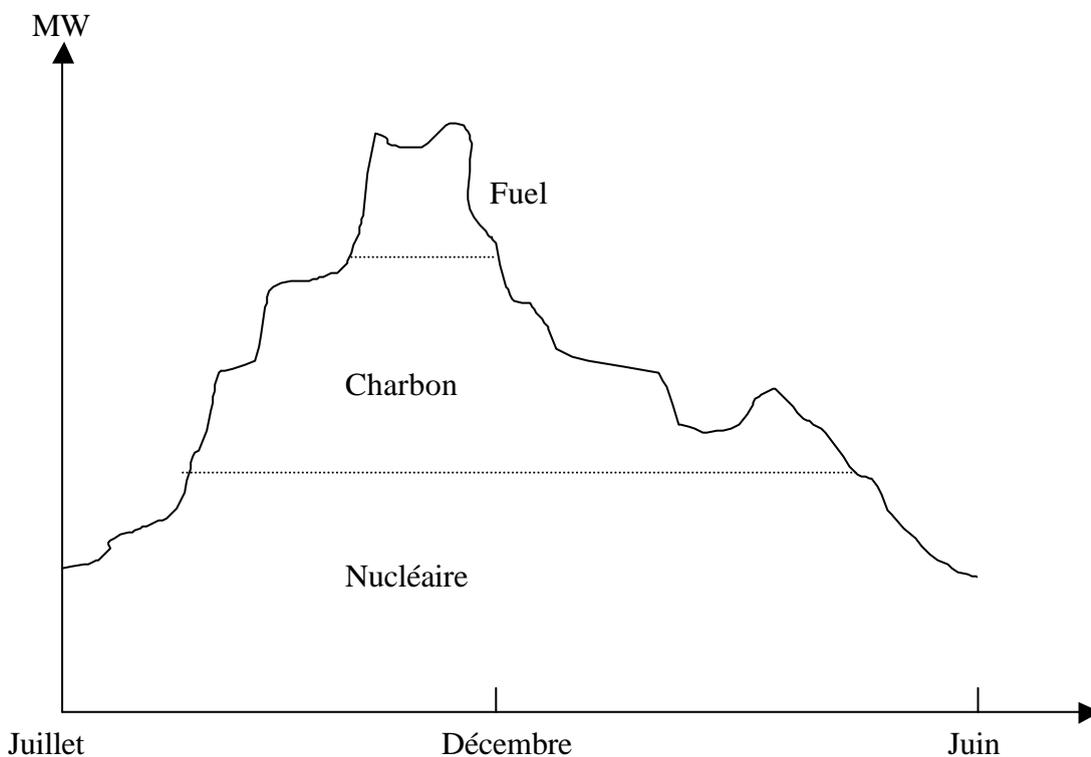
Il est alors possible d'obtenir le coût de revient économique d'un kWh :

$$cre = \frac{Ae + c}{h} + c$$

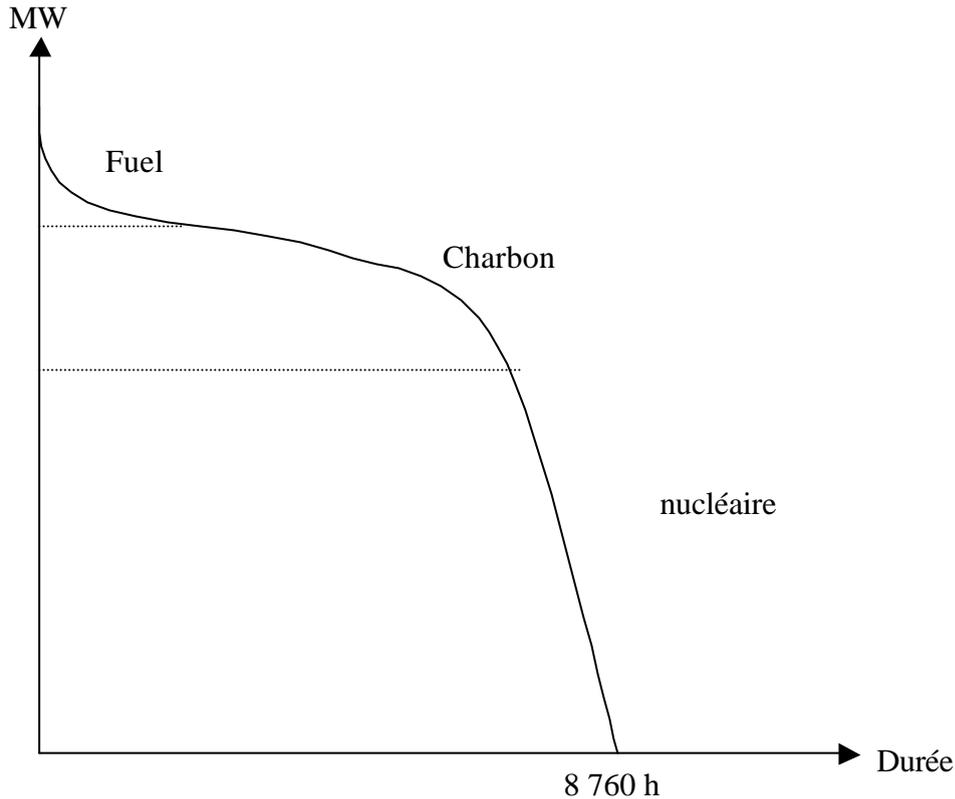
L'obtention de ce coût permet à la firme de comparer les différentes technologies de production sur une base commune.



En fonction de la durée d'appel des centrales, différentes technologies de production sont successivement mobilisées. L'appel se fait par ordre de mérite (i.e. de préséance économique) en fonction des coûts de production. Le rôle de ce dispatching économique est donc d'appeler les centrales dans l'ordre décroissant de leurs coûts proportionnels. De ces règles de conduite vont se déduire une courbe de charge. Dans celle-ci, les tranches horizontales successives représentent les puissances appelées dans chaque technologie de production. Ces appels sont ici "empilés" par coûts proportionnels croissants, de la base à la pointe.



De cette courbe, va se déduire la monotone des puissances. Celle-ci fournit à la firme les règles de conduite des différentes tranches en fonction de leur durée d'appel annuelle.



Ainsi, le coût marginal de court terme d'un kilowatt-heure sera égal au coût en combustible de la technologie de production la moins onéreuse disponible au moment où la demande doit être satisfaite.

La règle d'appel des centrales étant déterminée par le calcul économique de l'entreprise publique, celle-ci peut dériver ses prescriptions au domaine des choix d'investissements. Comme nous l'avons vu, maximiser le rendement social suppose de satisfaire la demande des usagers au coût total actualisé minimal. Cette demande étant par définition inconnue au moment de la décision d'investissement, EDF se fonde sur une anticipation d'une monotone des charges, annuelle. Le choix des investissements doit prendre en compte l'ensemble des dépenses futures liées au nouvel équipement et non, comme nous l'avons vu dans notre sous-section I.2.1, les dépenses déjà engagées par la firme. De la même façon, la question du mode de financement des différents projets est exclue du calcul économique. Certains paramètres du choix tiennent compte des externalités liées à l'activité de la firme. Comme nous le verrons dans notre sous-section relative à la gestion optimale du parc (I.3.2), un coût de défaillance est introduit dans le calcul de la firme. Il donne le point à partir duquel l'entreprise publique renonce à satisfaire la demande. Il est, en effet, considéré qu'à partir d'un certain seuil,

l'investissement en équipements de sécurité représente un gaspillage de ressources au point de vue collectif. On dira alors que le parc est ajusté, quand il minimise le coût total de production sur la durée de fourniture de la pointe. Quand le parc est ajusté, le coût de la fourniture de pointe s'établit au niveau du coût de la défaillance.

Les choix d'investissements de la firme doivent s'apprécier dans une approche dynamique. Non seulement vis-à-vis des constructeurs, comme nous le verrons dans notre prochaine section, mais aussi dans le temps. Le souci de la firme publique est de minimiser le coût total actualisé de la fourniture sur le long terme. Minimiser le coût marginal de long terme suppose donc de veiller à l'optimalité de la trajectoire du parc de production. Comme l'écrit Varoquaux, le plan d'investissement et de déclassement de la firme va procéder de la résolution d'un problème de programmation mathématique. Il s'agira de minimiser une fonction objective représentative de coût généralisé, obtenue par l'actualisation. Les variables d'action seront les programmes annuels de déclassement et d'investissement pour chaque type de centrale. Chaque contrainte pesant sur la firme sera retraduite par un coût et donc par une nouvelle variable dans le programme dual. Dans le cadre d'une telle programmation, un coût peut se définir comme le surcoût engendré sur la fonction objective, à l'optimum, d'un resserrement marginal d'une contrainte donnée. Si une nouvelle demande apparaît, cette contrainte s'exprimera par une variable duale donnant le coût marginal de production. Le principe du maximum de Pontryagin donne alors : « *le coût marginal de long terme d'une unité de bien à l'instant  $t$ , à la marge du programme précédent, est le minimum de la somme actualisée de toutes les dépenses supplémentaires engendrées par cette production, en reconsidérant le programme d'investissement*<sup>103</sup> ».

Pour satisfaire une nouvelle demande, la firme a trois possibilités (si elle se situe à l'optimum). La première consiste à mener les installations du parc à pleine capacité, la seconde à retarder le déclassement d'une unité et la troisième à anticiper la mise en service d'une unité, initialement programmée en  $t+1$ . A l'optimum, les trois solutions doivent avoir un coût équivalent, le coût marginal de court terme. Si les variations de la demande sont bien anticipées, le coût marginal de long terme sera constamment minimisé. En d'autres termes, le parc sera toujours "adapté". A l'optimum d'un programme d'investissement, nous devons

---

<sup>103</sup> Varoquaux W.,(1996), *op. cit.*, p.65.

donc retrouver l'égalité du coût marginal de court terme et du coût marginal de long terme. La règle de décision de la firme se déduit alors aisément :

- si le coût marginal de court terme est inférieur au coût marginal de long terme, il faut renoncer à un équipement supplémentaire,
- si le coût marginal de court terme est supérieur au coût marginal de long terme, il faut anticiper l'installation d'un nouvel équipement.

Nous avons présenté succinctement avec la note bleue de 1953, l'importance du calcul des amortissements et de la prise en compte du transport de l'électricité. Ces deux dimensions jouent un rôle déterminant dans l'appréciation des coûts. Aussi est-il utile de revenir sur la méthode mise en œuvre par EDF en la matière, avant de nous attacher à la traduction concrète des plans d'équipement de la firme.

Quand un équipement est retiré du parc, on peut apprécier sa valeur d'usage par la somme des dépenses engagées pour maintenir constante la production de l'ensemble de la firme. Cette valeur d'usage représente ce que la firme est prête à payer pour acquérir ce bien. Quand le parc est adapté, nous avons une égalité entre la valeur d'usage et la sommation du cumul des frais fixes d'exploitation et des amortissements résiduels. Symétriquement, quand un équipement est anticipé d'un an, il génère de nouvelles dépenses fixes d'exploitation et un coût de capital. Il est donc possible de définir un coût d'exploitation comme la somme d'une annuité d'amortissement et d'une charge fixe annuelle d'exploitation. A l'optimum, l'hypothèse est faite que ce coût est nul. En effet, les économies de défaillance et de combustible doivent compenser ce coût d'anticipation. Cette égalité permet de dériver la date de déclassement des équipements. Dès lors que la valeur d'usage d'un équipement s'annule, les charges de capital qui lui sont liées disparaissent et l'actif dégagé couvre les charges d'exploitation.

L'intégration des coûts de transport permet alors de consolider les choix d'investissements de la firme. Les prévisions de demandes sont agrégées en scénarios probabilisés. Ceux-ci sont confrontés au modèle de gestion des équipements de la firme (règles de déclassement et de mise en service des équipements). De là, dérive le plan d'investissement mis en œuvre par l'entreprise nationale.

Cette succincte présentation de la doctrine économique élaborée et mise en œuvre par EDF, relève bien, à notre sens, de la convention de la réglementation extérieure. Le décideur public fonde ses choix sur le calcul économique. L'élaboration d'un modèle de programmation lui permet de minimiser une fonction de coût social pour un niveau de satisfaction donné et pour un taux d'actualisation reflétant les arbitrages inter-temporels de la nation. Nous sommes dans ce que Hayek appellera un modèle d'ingénieur à l'opposé d'un modèle de commerçant. Les choix sont dictés par des informations relatives aux coûts synthétisées et traitées par une agence de planification et non déterminés à partir des intuitions de l'entrepreneur, fondées sur des connaissances spécifiques de temps et de lieu et guidées par la recherche d'opportunité de profit. Notre sous-section III.1.2 reviendra sur cette opposition de fond entre convention extérieure et convention autrichienne. Il est cependant opportun de souligner que la convention de réglementation absente ne s'éloigne que de très peu, dans ses principes, du modèle que nous venons de présenter. La différence provient en fait de l'adhésion à la croyance selon laquelle la construction d'un cadre de concurrence pure et parfaite suffira à permettre au marché de susciter lui-même les choix pris en charge par le planificateur. La fonction objective et les mécanismes en œuvre dans les choix ne changent pas. Seule la main invisible du marché réalise spontanément (et sans les interférences créées par les défaillances de la gestion publique, comme nous le verrons dans la section II.1) les ajustements que le planificateur de la convention de la réglementation extérieure se devait de prendre en charge.

Nous nous proposons maintenant de présenter la mise en œuvre concrète des plans d'investissements de la firme. De la même façon, nous pourrions insister à cette occasion sur la cohérence de la convention de réglementation extérieure et sur la logique de sa diffusion hors de la sphère de l'entreprise publique. Ses objectifs, en effet, ne relèvent pas seulement de l'optimisation de la politique d'une entité économique donnée mais doivent se concevoir comme participant à la recherche d'une maximisation du bien-être social passant, pour ce, par des politiques industrielles et énergétiques cohérentes avec la convention guidant la firme nationalisée.

### **I.3 La recherche d'une optimalité sociale : l'exemple des liens avec les firmes de construction électromécanique.**

L'objet de cette section sera de présenter le déploiement de la convention de la réglementation extérieure au travers de la politique suivie par Electricité de France vis-à-vis des firmes de la branche électromécanique et vis-à-vis de ses missions de service public, conçues ici, sous l'angle de la qualité du service fourni à l'utilisateur. Notre première sous-section présentera les conséquences de la prévalence d'une convention de réglementation extérieure quant aux relations entre l'entreprise nationale et l'ensemble des firmes de la branche. Nous verrons que celle-ci vise une efficacité collective et dynamique au moyen d'une politique industrielle volontariste.

#### **I.3.1 La recherche d'une optimalité sociale : les cercles vertueux de coopération avec le secteur de la construction électromécanique**

La coopération entre EDF et les constructeurs d'équipements électromécaniques est au cœur de la convention de la réglementation extérieure. La maximisation du rendement social ne passe pas seulement par la régulation optimale des services publics mais s'incarne aussi dans l'animation de l'ensemble de la branche électrique dans un sens conforme à l'intérêt général. Cette volonté fédératrice va se matérialiser dans la rationalisation de l'équipement électrique français (autour des paliers techniques), par une stratégie portée sur la recherche d'innovations de rupture (pour lesquelles le marché est comme nous le verrons défaillant) et par la constitution de champions nationaux. Cependant ce cercle vertueux ne fut en rien spontané. L'établissement de cette convention entre EDF et les constructeurs français s'est fondé sur les conflits des intérêts avant de recevoir l'adhésion de tous<sup>104</sup>. Ce conflit sera cependant à l'origine de certains dispositifs juridiques que nous retrouverons dans notre quatrième chapitre relatif à l'étude de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence.

---

<sup>104</sup> Marty F., (1999), « Electricité de France et les constructeurs de matériels électromécaniques. La construction d'un cercle vertueux de coopération (1946-1955) », *Bulletin d'histoire de l'électricité*, n° 34, décembre, pp.51-98.

Il s'agit d'étudier la nature de la coordination entre EDF et ses fournisseurs dans la période qui a immédiatement suivi la loi de nationalisation. Nous montrerons comment l'industrie est parvenue à créer un modèle de coopération et de développement concerté et organisé entre ses différents pôles. Nous montrerons donc que la dynamique des formes de passation des marchés d'EDF allant pour certains produits de la procédure «libérale» de l'adjudication à celle du marché de gré à gré en passant par celle de l'appel d'offres peut se relier à la prise de conscience de la spécificité du produit. En effet, celui-ci ne pourra être réalisé efficacement que s'il est co-élaboré par les parties prenantes. Du souci de l'intérêt général, qui passe par l'établissement de liens de confiance et la recherche d'un cercle vertueux de modernisation conjointe avec les constructeurs, et de la recherche de l'efficacité technique et économique de l'entreprise naîtra une dynamique de rationalisation et de coopération qui s'incarnera dans la notion de paliers techniques. La compréhension de cette évolution passe par un examen approfondi des situations respectives de la jeune entreprise nationale et des constructeurs entre 1946 et 1955.

#### I.3.1.1 Les marchés d'EDF au lendemain de la Nationalisation

Contre toute attente, la situation de 1946, n'était pas celle d'un puissant monopsonne appuyé sur un Etat prodigue face à des constructeurs épuisés par la guerre, exsangues financièrement, du fait de leur exclusion de l'affectation des fonds Marshall. Au contraire, mettant à profit les pratiques de concertation pour ne pas dire de cartellisation pure et simple suscitées par l'organisation vichyste, ceux-ci opposèrent un puissant front commun à l'entreprise nationale désorganisée. Ce ne sera que la conjugaison des restrictions budgétaires, des importations et un raidissement de la législation qui brisera les cartels. La volonté d'EDF de ne pas céder à la tentation des bénéfices à court terme de la guerre des prix, qui la pénaliserait à long terme, du fait de la constitution d'un nouveau monopole ou de l'affaiblissement irrémédiable de l'industrie française, sera à l'origine du pari de la coopération avec les constructeurs qui s'incarnera dans les paliers techniques. Notre premier point s'attachera aux marchés d'EDF et présentera l'évolution de ceux-ci entre la logique marchande (l'adjudication), la coordination industrielle (l'appel d'offres) et la logique domestique (le marché de gré à gré). Le second point présentera les cartels des constructeurs, leurs origines et leurs conséquences. Enfin, le troisième point sera dévolu à l'émergence de la solution coopérative.

Nous nous proposons d'étudier les évolutions des marchés entre l'entreprise nationale et les constructeurs de matériels électromécaniques. Notre prochain point sera relatif au comportement stratégique des constructeurs vis-à-vis d'EDF. Nous considérerons alors l'organisation de l'offre. Ce point sera consacré aux différentes formes de marchés publics qu'utilise EDF. Il s'agira de voir comment la forme de marché joue sur la coordination industrielle et sur la nature de la logique mise en œuvre par les deux cocontractants. Ainsi, notre premier point sera consacré à l'économie des marchés publics. Notre second point s'attachera à l'étude de la réglementation des marchés publics et de son évolution dans l'immédiat après-guerre. Enfin, le dernier point traitera des relations entre EDF et les constructeurs à travers quelques exemples de marchés d'équipement.

La compréhension du cadre d'action d'EDF et des contraintes qui pèsent sur ses marchés suppose de revenir sur le cadre juridique de ceux-ci. EDF dispose de trois types de contrats à savoir l'adjudication, l'appel d'offres et le marché de gré à gré. Ces marchés posent un problème d'asymétrie d'information<sup>105</sup>. Celle-ci survient aussi bien dans le cas d'une concurrence pour un marché public que pour l'attribution d'une concession de monopole naturel. En effet, l'Etat et les firmes peuvent s'inscrire dans un jeu non coopératif. Ainsi, les règles d'affectation qu'établit le planificateur doivent prendre en compte les stratégies optimales des agents. Dans le cadre d'une relation principal agent, la théorie des incitations conduit à l'établissement d'une règle d'enchère optimale<sup>106</sup>, du type Clarke-Vickrey-Groves. La philosophie de ces procédures est de faire payer à chacun le coût que son message impose aux autres.

La pratique de telles enchères existe aussi en France en ce qui concerne les ventes de bois par l'office national des forêts, où il s'agit d'enchères descendantes et les attributions des obligations assimilables du trésor, qui se font par des enchères discriminatoires. Il faut donc déterminer quelles règles d'enchères optimales l'entreprise doit employer pour sélectionner un agent parmi  $n$  concurrents potentiels. Dans le cas d'EDF, il s'agit de savoir quelle procédure de mise en concurrence adopter pour acquérir un produit proposé par  $n$  entreprises sur un marché qui n'est ni monopolistique, ni parfaitement concurrentiel.

---

<sup>105</sup> Mougéot M., (1989), *Economie du secteur public*, Economica, Paris.

<sup>106</sup> Celle-ci doit prévoir un critère d'attribution et définir les paiements du vainqueur.

Les adjudications et les appels d'offres au premier prix sont des mécanismes d'achats optimaux si et seulement si les caractéristiques des biens sont spécifiées *ex ante*, si les évaluations des vendeurs quant aux prix sont indépendantes les unes des autres et s'il n'existe aucune imperfection de marché<sup>107</sup>. Or les marchés d'EDF concernent des matériels dont les spécifications ne peuvent être connues *ex ante* et se font sur des marchés oligopolistiques, sur lesquels, qui plus est, les constructeurs nouent des ententes sur les prix. La solution passerait donc alors par des marchés de gré à gré<sup>108</sup>. Nous allons maintenant étudier l'évolution des marchés d'EDF entre 1946 et 1955.

Les marchés d'EDF, dans le cadre de la convention de réglementation extérieure, peuvent, en effet, se concevoir comme des outils de politique industrielle. Dès les premières années de l'après-guerre, le rôle des commandes publiques sur la productivité de l'économie française fut pleinement pris en compte dans la coordination entre l'Etat ou les entreprises publiques et les entreprises privées. « *Selon que les commandes des organismes publics sont convenablement groupées ou anormalement dispersées, selon qu'elles s'enchaînent suivant un rythme régulier ou discontinu, selon que les produits qui font l'objet de ces commandes sont spécifiés conformément aux normes ou de manière disparate par chaque client, enfin selon que les clauses de fixation des prix et de garantie d'entretien laissent une part plus ou moins large à l'instigation de l'entrepreneur, la productivité des entreprises qui travaillent pour l'Etat et les collectivités publiques est susceptible de varier très notablement* <sup>109</sup> ».

Cette politique passe par l'accroissement du volume des commandes ou de la durée des contrats pour permettre aux fournisseurs d'engager les investissements nécessaires pour réduire les coûts de revient unitaires. On se situe dans la logique qu'adoptera quelques années plus tard EDF avec les paliers techniques qui garantiront aux constructeurs sélectionnés un niveau de commande ferme sur plusieurs exercices.

---

<sup>107</sup> Modèle de Myerson (1981) cité par Mougeot, *op cit*.

<sup>108</sup> Une autre solution consiste à mettre en place des enchères au second prix comme l'a montré W.S. Vickrey pour les marchés caractérisés par des asymétries ou des incomplétudes informationnelles. Vickrey montre qu'un tel type d'enchères fait que l'annonce de la véritable évaluation devient la stratégie dominante de l'enchérisseur. Le lecteur pourra se reporter à: Derycke P.H., (1996), « William S. Vickrey, prix nobel d'économie 1996, trois aspects de l'œuvre », *Revue d'économie régionale et urbaine*, 5-1996. et Guyer P., (1996), « Pionere der ökonomie des öffentlichen sektors » in neue Zürcher Zeitung, 12/13-10/1996, reproduit par *Problèmes économiques*, n° 2534, 17 septembre 1997.

<sup>109</sup> Note du conseiller technique Du Pont, du Secrétariat d'Etat aux affaires économiques au sujet de l'influence des marchés des collectivités publiques sur la productivité des entreprises, (1949), Archives EDF, commission d'étude des marchés 789 914.

Dans ce contexte, EDF devait veiller à l'organisation de sa politique générale d'achats<sup>110</sup>. Alors qu'en 1946, un premier projet de P.Simon avait prévu une organisation centralisée sous la forme d'un service national regroupant les marchés des directions de l'exploitation et de l'équipement, la solution retenue fut celle d'une totale décentralisation. Cette solution conduisit à des achats à la fois incohérents et contradictoires. L'absence de toute règle commune ou de toute référence à la politique générale de l'entreprise conduisit à de lourdes pertes. Face aux ententes constituées par les fournisseurs, EDF était victime des « forces centrifuges de l'individualisme ». Il apparaissait donc indispensable de créer un service central et de doter les services achats de personnels compétents.

Ainsi la toute nouvelle division approvisionnements et marchés de la direction de l'exploitation d'EDF, œuvra à édicter des conditions générales pour la passation des marchés. Elle établit un cadre général pour la procédure de l'appel d'offres<sup>111</sup>. La concurrence porte alors sur les prix et les délais, mais il est tenu compte des garanties professionnelles et financières présentées par chacun des concurrents, ainsi que de la qualité des fournitures ou de la valeur technique des solutions offertes. EDF se réserve la possibilité de ne pas donner suite à l'appel d'offres, si elle n'a pas obtenu de propositions qui lui paraisse acceptables. En effet la mise en concurrence des différents fournisseurs sur le seul critère du prix était illusoire. Il fallait prendre en compte l'existence d'ententes au sein des branches industrielles. La procédure de l'adjudication est en effet des plus difficiles lorsqu'il s'agit de marchés de fabrication. Le critère du prix est valable pour les matières premières mais n'est pas efficient en ce qui concerne les produits industriels dont la fabrication fait appel à des techniques complexes et diversifiées, pour lesquelles existent de graves asymétries d'information entre les cocontractants.

L'effort de rationalisation de la politique d'achat d'EDF<sup>112</sup> débuta dès 1947, avec une centralisation de la documentation relative aux différents marchés et l'envoi d'un ensemble de circulaires relatives aux fournisseurs, aux ententes et aux prix. En avril 1949, il fut créé un

---

<sup>110</sup> Rapport de M.Bruzaud-Grille, chef de la division des approvisionnements et marchés à la commission des économies d'EDF. Archives EDF 789 987.

<sup>111</sup> Le choix de la procédure de l'appel d'offre est clairement énoncé dans l'article deux du titre I du *Cahier des charges et conditions générales imposées aux entrepreneurs de travaux d'Electricité de France* (seconde édition, juillet 1954) relatif à la passation des marchés. Cet article indique que « les marchés sont passés dans la généralité des cas sur appel d'offres. Il peut être procédé, soit par adjudication, soit exceptionnellement par entente directe ». Archives de M. Ehrmann, contrôleur général, Archives EDF : 800562.

<sup>112</sup> Projet de réorganisation des services de marchés de fournitures et de travaux, 9/12/1950. Archives EDF 789 990.

comité de liaison des marchés et commandes, lequel s'occupait des clauses générales administratives ou juridiques des marchés. Le 15 avril 1950, la division approvisionnements et marchés est rattachée au service central de la direction de l'exploitation. Le plus grave problème était alors celui de la décentralisation des marchés, laquelle conduisait à des écarts de prix de 30 à 40% pour des commandes tout à fait comparables. Qui plus est, les constructeurs tiraient profit de la situation en mettant en concurrence différents services d'EDF. La trop grande dispersion des commandes affaiblissait considérablement la position d'EDF vis-à-vis des ententes liant les constructeurs.

Un autre problème était lié à l'absence de programme d'ensemble, laquelle interdisait d'atteindre de longues séries. Cette situation était préjudiciable aux deux parties. Les constructeurs soumis à des commandes irrégulières devaient périodiquement licencier une partie d'un personnel déjà formé. L'entreprise nationale subissait un prix de revient qui n'atteignait jamais son minimum potentiel. Il fallait établir une structure unique face au pôle constitué par les fournisseurs<sup>113</sup>. De cette volonté naquit le service central des approvisionnements et des marchés<sup>114</sup>. Celui-ci fut créé le 27 août 1951. La mise en place et le succès du service central des approvisionnements et des marchés ne seront que progressifs. Même la question de la forme de l'appel à la concurrence fit l'objet de nombreux débats entre les tenants d'une logique marchande incarnée par l'adjudication et une logique industrielle conduisant l'entreprise nationale à sélectionner le constructeur le mieux disant. Dans une note du 6 octobre 1952, la procédure de l'adjudication est encore soulignée comme par trop favorable aux ententes, lesquelles dictent alors leurs conditions. « *Pour faire de tels achats, il suffit d'un employé pour ouvrir les plis et recopier l'offre du fournisseur attributaire* ».

Il s'agit maintenant de considérer la politique suivie par la direction de l'équipement<sup>115</sup>. L'appel d'offres était privilégié, même si la concurrence n'était qu'imparfaite. L'annexe 9 illustre les caractéristiques des marchés que passait EDF avec les constructeurs et l'évolution de la politique générale de passation de marchés de l'entreprise nationale à travers les

---

<sup>113</sup> « *Les constructeurs ou entrepreneurs sont étroitement groupés en syndicats ou ententes pour la défense de leurs intérêts et disposent presque toujours d'une organisation centralisée, leur permettant de généraliser et de maintenir les prix maxima. De même, EDF et GDF doivent nécessairement mettre sur pied un service commun dépendant pour ce qui les concerne des deux directions générales, bien charpenté et aussi solidement organisé que ceux des fournisseurs afin de définir et de faire prévaloir sans ambiguïté, ni contradiction, la politique générale de ces directions en matière d'approvisionnement et de travaux* ».

<sup>114</sup> Rapport d'activité du SCAM, 1952; Archives EDF.

<sup>115</sup> L'objectif d'harmonisation des achats et des marchés entre les deux directions était assuré par un comité de liaison, créé sur l'initiative de Pierre Massé. Archives EDF.

exemples de marchés d'équipements concernant les centrales thermiques de Gennevilliers, Arrighi et Montpezat. Ces trois projets attestent des difficultés de l'entreprise nationale d'acquiescer des équipements dans des conditions concurrentielles.

### I.3.1.2 Les ententes des constructeurs : organisation de l'offre et constitution d'un monopole bilatéral

Nous allons étudier la stratégie adoptée par l'industrie de la construction électrique face à la nouvelle donne constituée par l'entreprise nationale. EDF étant le client quasi unique de ces firmes, on aurait pu craindre un rapport de force par trop inégal. Contre toute attente, les premières années furent marquées par une situation nettement favorable aux constructeurs lesquels dictaient leurs prix et s'autofinanciaient largement grâce aux marges réalisées sur les marchés d'EDF. A la désorganisation des achats de l'entreprise nationale, répondait une entente des constructeurs sur les prix, laquelle se doublait souvent d'un accord de répartition des marchés.

Nous étudierons donc la nature et le fonctionnement des cartels de l'électricité, ainsi que la riposte d'EDF face à la collusion de ses fournisseurs. Après avoir abordé la question des ententes industrielles et de leur réglementation, nous examinerons en détail la structure et la stratégie des ententes de la construction électrique. Enfin, nous aborderons la politique d'EDF face à ces comportements anticoncurrentiels.

Les ententes entravent l'indépendance stratégique des firmes, à la base de la théorie concurrentielle. Les stratégies des entreprises risquent d'être très proches lorsque certaines conditions sont réunies, conditions que nous retrouvons à la quasi perfection dans la construction électromécanique, à savoir un nombre restreint de firmes, un marché ayant atteint sa maturité, des produits homogènes, une faible élasticité-prix de la demande et des produits à haute intensité capitalistique. Le simple échange d'information entre les firmes dans une telle configuration de l'industrie peut très vite annihiler toute velléité concurrentielle. C'est pour cela que le droit de la concurrence interdit les diffusions de barèmes des prix par les organisations professionnelles.

La firme dominante peut chercher à ruiner ses rivales et à empêcher de façon artificielle l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché. Ces stratégies recouvrent le fait pour une entreprise de créer de façon artificielle des avantages absolus vis-à-vis de ses concurrentes. On songera aux travaux de rénovation de l'usine d'Arrighi qui imposèrent du fait des travaux de génie civil préalables d'installer des matériels identiques à ceux des tranches précédentes. Nous noterons l'analogie de cas avec celui de Schlumberger qui fut condamné<sup>116</sup> pour avoir imposé des coûts supérieurs à ceux de ses concurrents en faisant insérer dans la rédaction des cahiers des charges établis par les acheteurs des spécifications techniques non-nécessaires mais spécifiques à ses produits.

Les principales stratégies anticoncurrentielles auxquelles EDF fut confrontée furent les ententes concernant les marchés attribués sur adjudication. Le principal risque pour l'acheteur lorsqu'il a recours à ce mode de passation de marché est de faire face à une collusion ou du moins à une concertation des vendeurs. EDF était d'autant plus exposée à ce risque que ses marchés avaient un caractère discontinu alors que la production des matériels en question nécessitait une forte intensité capitalistique pour leur production.

Les entreprises étaient donc tentées de se concerter *ex ante* pour choisir quelle entreprise serait titulaire du marché et faire en sorte que la firme ainsi désignée apparaisse effectivement comme la moins disante lors de l'ouverture des plis. L'ouverture étant publique, les coalisés peuvent déceler facilement les tentatives de tricherie et engager des mesures de rétorsion. Les coalisées peuvent choisir de tous offrir des prix identiques ou de s'accorder pour désigner le moins disant. Dans cette seconde option, l'entente est camouflée par des offres de couverture. Il appartient alors aux autorités concurrentielles de se fonder sur un faisceau d'indices concordants pour engager une procédure. Le fonctionnement, les effets et la stabilité des ententes ont fait l'objet de nombreux travaux que nous présentons succinctement dans notre annexe 10.

Il convient de souligner que, dans le cas des constructeurs, la collusion n'était pas seulement tacite dans la mesure où les prix des constructeurs peuvent rester en partie cachés. C'est le cas dans des marchés pour lesquels les constructeurs n'ont qu'un faible nombre de clients potentiels, ce qui était le cas pour la construction. Dans de tels domaines, plutôt que d'établir

---

<sup>116</sup> Avis de la commission de la concurrence du 14 juin 1979.

un prix, les firmes passent des marchés particuliers avec chaque acheteur, marchés que les concurrents n'observent qu'avec un long délai et de façon très imparfaite, ce qui atténue drastiquement l'interaction dynamique. De tels marchés se situent dans des mondes de production interpersonnels et immatériels pour lesquels ni le prix ni la qualité du produit ne sont connus *ex ante* et parfois observables *ex post*<sup>117</sup>. Pour une vente considérablement importante (tel l'équipement d'une centrale), la collusion risque de se briser parce que le gain privé à court terme d'une réduction de prix est grand par rapport aux pertes à long terme associées à la guerre des prix qui pourrait suivre. Lorsque la collusion tacite ne peut suffire à assurer la coordination des firmes, celles forment une structure *ad hoc*, le cartel. Si nous nous plaçons dans l'immédiat après-guerre, nous pouvons considérer que le cartel des constructeurs est des plus solides. Or, un cartel s'il fonctionne idéalement voit son comportement assimilable à celui d'un monopole à établissements multiples. L'industrie se situe alors dans une configuration des plus caractéristiques. A l'acheteur quasi unique, EDF (ou l'Etat au sens large si on prend en compte les commandes des autres entreprises nationalisées) fait face un cartel qui incarne un vendeur unique. Il s'agit d'un monopole bilatéral<sup>118</sup>. Nous nous situons dans le cadre de figure comparable à celui où une centrale d'achat fait face à un groupement des producteurs.

Les firmes de construction électromécanique ne purent pas bénéficier des fonds Marshall. Leur modernisation ne put se faire que par la voie de l'autofinancement. Celui-ci supposait que chacune des firmes françaises dégage une très forte capacité d'autofinancement à partir de son activité. Or, celle-ci est assurée en majeure partie par les marchés d'Etat. Une concurrence entre les firmes de la branche apparut alors comme suicidaire aux yeux des industriels qui s'entendirent pour accroître notablement les prix pratiqués<sup>119</sup> pour les commandes publiques et s'accorder pour se répartir les marchés d'équipement. Ces pratiques déclenchèrent à partir de 1950 une réaction d'EDF, laquelle n'était plus disposée à financer aussi libéralement la modernisation de ses fournisseurs. Après que de nombreuses ententes furent mises au jour lors de nombreux marchés, le service central des approvisionnements et de marchés transmit une note relative à l'organisation des ententes des fournisseurs d'EDF<sup>120</sup>. Bruzaud-Grille entreprend dans cette note de présenter le fonctionnement des ententes pour évaluer leurs

<sup>117</sup> Salais R. et Storper M., (1993), *op cit.*

<sup>118</sup> Guerrien, *La micro-économie*, Point Seuil.

<sup>119</sup> Cette pratique était d'autant moins risquée que les importations étaient rendues quasi-impossibles du fait de la pénurie de devises.

<sup>120</sup> Note de G.Bruzaud-Grille, juin 1950, « les ententes industrielles », Archives EDF, dossiers de M.Brémont relatifs aux approvisionnements et aux marchés. 789 990.

conséquences compte tenu de la politique des pouvoirs publics. Après avoir fait un historique des ententes dans les pays industrialisés en allant des trusts américains aux cartels internationaux des années trente, en passant par les konzerns allemands, il entreprend de mettre en évidence le fonctionnement des ententes des constructeurs face aux marchés d'EDF.

Les ententes des constructeurs poursuivent trois buts : la régularisation du marché en attribuant à chaque firme un quantum maximal de vente, la fixation de prix minima communs et l'organisation de la production par la généralisation de standards de production. Lorsque l'entreprise nationale contacte une entreprise pour un appel d'offres, celle-ci doit en faire-part à son cartel, si le montant du contrat dépasse un certain seuil. L'attribution à un client déterminé se fait en fonction des possibilités et de la situation de chacun. Les autres membres du cartel vont alors proposer des offres de couverture. Si une firme venait à dépasser son quota, elle devrait s'acquitter de pénalités. En effet, le secrétariat de l'entente connaît à chaque instant la position de chacun de ses membres par rapport à son quantum et doit en principe attribuer chaque affaire en fonction des degrés de réalisations respectifs des quotas. La difficulté majeure à laquelle devait faire face Electricité de France résidait dans le fait que les pratiques collusives étaient, avant la nationalisation, consubstantielles à la branche du fait de l'existence de groupes intégrés verticalement, mais aussi d'une habitude de concertation très étroite entre les constructeurs au sein de leur syndicat professionnel, habitude institutionnalisée par les comités d'organisation de Vichy.

Déjà habituel dans l'entre-deux-guerres du fait des liens entre constructeurs et compagnies électriques, le phénomène de concertation des constructeurs s'est intensifié sous Vichy et s'est consolidé face à l'apparition d'un client quasi unique. « *On peut dans tous les cas assurer que les nationalisations ont amené un sérieux resserrement des ententes d'une part pour le partage des programmes d'équipement, d'autre part pour faire face à d'éventuelles exigences d'un client unique* ». Le risque que fait peser la force des ententes sur les entreprises nationalisées est mis en exergue par Bruzaud-Grille. « *Toute entente professionnelle risque malheureusement toujours de substituer au dirigisme d'Etat un dirigisme privé faussant le jeu de la libre concurrence et répondant au délit de coalition. Les lois de nationalisation ont eu pour origine l'emprise dangereuse que l'extension de certaines firmes leur conférait sur les pouvoirs publics* ». La force des ententes qui faisaient face à EDF obligèrent, comme nous

l'avons vu, l'entreprise nationale à abandonner la procédure de l'adjudication<sup>121</sup>, pratique habituelle pour les administrations, au profit de l'appel d'offres voire du marché de gré à gré, malgré les vives critiques des défenseurs d'une stricte orthodoxie libérale. Si la concurrence technique entre les constructeurs existait toujours, les ententes réalisées au sein des syndicats professionnels supprimaient toute concurrence sur les prix. Dans son rapport d'activité de 1950, le SCAM note que même en prenant en compte les droits de douane, les prix proposés par les italiens et les allemands sont toujours inférieurs aux prix français.

Dans une note du SCAM du 7 novembre 1953, le fonctionnement des ententes de la construction électrique est soigneusement détaillé. Le rôle des syndicats professionnels et des anciens comités d'organisation est une nouvelle fois mis en évidence. Le fonctionnement de l'entente est alors le plus souvent assuré par un office *ad hoc* « *provenant en général de la commission commerciale de l'ancien comité d'organisation* » et dont le rôle est de fixer les contingents de production des firmes, leurs conditions de vente et éventuellement les conditions techniques. La solidité des ententes était très forte, le respect des règles était assuré par des clauses financières des plus sévères et sous Vichy, les membres de la profession, qui contrôlaient la répartition des matières premières au sein de la branche, privaient le dissident de tout approvisionnement. Les ententes sont encore des plus nombreuses en 1953. Le rapport cite l'exemple des industries mécaniques lesquelles avaient constitué une SARL, l'OFGIM (office général des industries mécaniques). Cette société était dirigée par Maurice Burckard, lequel était durant l'occupation le directeur de l'office des ententes du comité d'organisation des machines thermiques, hydrauliques et pneumatiques. Cette société ne gérait pas moins d'une centaine d'ententes à la veille de sa dissolution en 1953. Les ententes dans la construction électromécanique *stricto sensu* demeuraient incontournables en 1953. Outre le domaine des câbles que nous allons traiter plus en détail, le rapport de Bruzard-Grille cite une liste impressionnante d'organismes, lesquels, pour chaque type de matériels, constituent de puissants cartels.

Le syndicat général de la construction mécanique, lui-même, abritait en son sein de nombreuses ententes dans des secteurs tels le gros matériel électrique, l'appareillage électrique, les transformateurs, les moteurs et les condensateurs. Ces ententes furent déclarées à la direction des prix le 1<sup>er</sup> janvier 1952 et firent l'objet d'un démantèlement progressif

---

<sup>121</sup> Rapport d'activité 1951 du SCAM, adressé à Brémond, le 25/2/1952, Archives EDF.

durant cette même année. Il s'agissait d'une entente sur les prix et sur les quotas de production. Ce système garantissait au participant au moins 70% de sa part normale, en pénalisant les adhérents qui dépassaient leur quota de plus de 20%. Cette entente, comme tant d'autres, fut très solide jusqu'en 1952. Sa dislocation fut provoquée par la réduction des commandes d'EDF qui fut accompagnée par une brusque décentralisation de celles-ci. Cette double rupture brisa la solidarité des membres de l'entente. La guerre des prix qui s'en suivit entraîna des baisses de 35 à 45%, qui par leur ampleur paraissaient incompatibles avec la survie de l'industrie. Cette même évolution fut constatée pour les transformateurs à 63 kV. La dislocation du cartel fit passer l'industrie d'une situation dans laquelle les confortables marges permettaient un fort autofinancement à une situation où le seuil de rentabilité n'était même plus atteint. La baisse des commandes d'EDF fit chuter les prix de 17,5% en 1949, de 16% entre 1951 et 1952 et encore de 14% en 1953. L'encadré n° 1 présente un exemple de cartel auquel EDF fut confrontée.

EDF fut confrontée à un cartel dans le secteur des compteurs. Celui-ci était organisé par la chambre syndicale des constructeurs de compteurs, transformateurs de mesures et appareils électriques et électroniques de mesure et de contrôle. Le fonctionnement de l'entente était ici particulier dans la mesure où celle-ci, installée depuis 1937, négociait avec le comité de surveillance des prix, les variations du prix, lequel était unique pour toute la branche. Cette pratique avait été encore renforcée par l'occupation, les comités d'organisation réglant, avec la direction des prix, les barèmes des ventes de l'ensemble des six constructeurs français. Enfin, il existait de nombreuses ententes abritées par le SERCE, syndicat des entrepreneurs de réseaux et centrales et surtout le syndicat général des industries mécaniques et transformatrices de métaux<sup>122</sup>. Le secteur des fils et câbles électriques était fortement contrôlé par les ententes de constructeurs. L'UTCA, union des tréfileurs de cuivre et d'aluminium, regroupait quatorze tréfileurs et contrôlait l'ensemble des matières premières importées. Le cartel contrôlait d'une main de fer l'activité de ses membres et assurait en cas de pénurie la répartition des commandes et des matières premières. Une tentative de dissidence par les tréfileries de Port à Binson se solda pour l'entreprise par de graves difficultés d'approvisionnement en matières premières. EDF eut connaissance de son existence par des dénonciations émanant des diverses commissions des marchés et par une dénonciation interne émanant de l'UPTE, union des producteurs et transporteurs d'énergie, en fait une entente des fabricants de câbles armés et câbles et fils isolés<sup>123</sup>. L'entente contrôle encore dans ce cas exclusivement les prix, laissant à EDF le choix du constructeur. Le rapport du SCAM indiquait, pour ce qui était de l'UPTE, donc l'entente en aval de l'UTCA : « *cette entente demeure et reste très solide pour les câbles armés et l'expérience montre clairement qu'elle ne se*

<sup>122</sup> Ce syndicat était en fait une fédération de syndicats primaires. Il regroupait, entre autres, le syndicat des constructeurs de machines à vapeur et turbines thermiques et le syndicat des constructeurs de turbines hydrauliques. La gestion des ententes était encore une fois assurée par Maurice Burkard, directeur de l'OFGIM. Un comité de surveillance contrôlait près de 100 ententes. L'entente n° 17 concernait le gros matériel hydraulique, la n° 11 le gros matériel mécanique...

<sup>123</sup> Cette seconde entente regroupait 10 fabricants de câbles armés et 65 fabricants de câbles et fils isolés.

*disloquera comme dans les années trente que lorsque la surproduction atteindra les câbles et fils isolés de série (...) pour lesquels le nombre de fabricants est beaucoup plus élevé et la concurrence plus vive. Dès à présent des remises confidentielles de 3 à 4% nous sont accordées pour la plupart des commandes de quelque importance ».*

### Encadré n° 1 : un exemple de cartel de la construction électromécanique dans l'immédiat après-guerre.

La réaction d'EDF fut appuyée par les pouvoirs publics à compter de 1952. Le gouvernement Pinay fut à l'origine de la loi du 18 juillet 1952, relative aux ententes professionnelles. Le 9 décembre 1952, A. Pinay, président du conseil, ministre des finances et des affaires économiques, adressa une note aux présidents des commissions consultatives des marchés des administrations publiques et des entreprises nationalisées. Cette note insistait sur le fait que la loi assimile au délit de hausse illicite des prix déjà prévue et sanctionnée par l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix, les pratiques selon lesquelles les milieux professionnels, *« confèrent, maintiennent ou imposent un caractère minimum aux prix des produits et des prestations de service, soit au moyen de tarifs ou barèmes professionnels, soit en vertu d'ententes qu'elles qu'en soit la nature ou la forme ».*

La lettre du Président du Conseil adopte un ton très ferme à l'encontre des ententes, *« les ententes dont le but évident est (...) d'obtenir des prix plus élevés des services acheteurs à l'occasion des marchés souscrits (...) sont particulièrement répréhensibles ».* Ainsi, *« les commissions doivent émettre un avis défavorable à tout projet pour lesquels une entente de fournisseurs tombera par ses pratiques en matière de prix, sous le coup de la loi ».* Quand la concurrence a été faussée par une entente, la commission peut *« proposer au ministère compétent de faire appel à la concurrence étrangère ».* La menace de recours aux importations était censée discipliner le cartel de la même façon que la menace de nouveaux entrants constituerait une incitation pour le monopole de pratiquer des prix de concurrence pure et parfaite. Cette loi marquait un tournant dans la politique de l'Etat vis-à-vis des ententes. Dans la note du SCAM de juin 1950, relative aux ententes industrielles, Bruzaud-Grille dénonçait le laxisme des pouvoirs publics<sup>124</sup>. *« La répression des abus est elle-même très hésitante. Les ententes industrielles ne pouvaient tout d'abord être poursuivies pour le délit de coalition qu'en vertu des articles 419 et 420 du Code pénal, mais la jurisprudence en*

<sup>124</sup> Dans l'entre-deux-guerres, les ententes apparaissaient comme un substitut à la concentration des entreprises.

*distinguant selon le but des ententes en rendit plus difficile encore l'interprétation* ». Alors que la loi du 5 décembre 1926 avait remanié ces articles dans le sens d'une plus grande rigueur, les années trente furent marquées par une grande complaisance de l'Etat vis-à-vis des cartels<sup>125</sup>.

L'activité de l'Etat dans la lutte contre les ententes ne faiblit pas et le bureau des ententes demandait à toutes les administrations de lui faire part de toutes les pratiques observées qui avaient pour but de réduire la concurrence commerciale<sup>126</sup>. Cependant, cette législation entra en vigueur après 1953, alors que les ententes avaient été en très grande partie dissoutes sous l'effet de forces centrifuges résultant de la réduction des commandes d'EDF et du recours aux constructeurs étrangers. Les importations de matériels, couplées au durcissement de la législation et aux restrictions budgétaires, suscitèrent des forces centrifuges au sein de la profession qui firent se rompre les ententes. A la période de l'immédiat après-guerre, marquée par de confortables marges assurées par les ententes, succéda une période de guerre des prix qui fit peser sur les entreprises le risque de disparition.

### I.3.1.3 La coopération avec les constructeurs : modernisation conjointe et rationalisation de la filière électrique

Nous avons vu que les années 1951-1952 marquent un tournant dans le rapport de forces entre EDF et les constructeurs. La réduction des programmes, la lutte contre les collusions et le recours à des commandes à l'étranger ont brisé la cohésion des cartels et faisaient courir le risque que l'ensemble de la filière ne s'engage dans une guerre des prix. Nous verrons la réaction d'EDF face à cette nouvelle donne et nous essaierons d'expliquer pourquoi le choix d'une démarche coopérative, d'une coordination fondée sur des logiques industrielles et domestiques plutôt que marchandes ont constitué l'amorce d'un cercle vertueux de modernisation conjointe entre EDF et ses fournisseurs. Notre première section s'attachera donc au processus qui a mené au choix de la coopération avec les constructeurs. Notre section

---

<sup>125</sup> En 1935, Flandin et Marchandeauproposèrent la constitution d'ententes obligatoires dès lors que les deux tiers des producteurs se sont regroupés. Ce projet fut rejeté grâce à l'industrie lourde qui refusa cet interventionnisme. Mais la loi du 16 août 1940 fit de l'organisation professionnelle, via le comité d'organisation, un des rouages de l'économie "dirigée".

<sup>126</sup> Lettre du 20/11/1953, demandant de signaler « *tous renseignements ou éléments d'information permettant de présumer l'existence d'actions concertées susceptibles d'avoir une influence sur les prix et de nature par conséquent, à faire l'objet d'un examen de la part de la commission technique des ententes* ».

seconde sera consacrée à l'émergence de cette coopération à travers l'exemple de marchés d'équipement. Notre troisième section s'attachera à sa traduction technique, les paliers de puissance.

#### A. L'émergence de l'approche coopérative

En octobre 1952, le service central des approvisionnements et des marchés fit parvenir au contrôleur général Brémond un mémorandum relatif à la politique générale d'achat d'Electricité de France<sup>127</sup>, mémorandum qui annonce l'inflexion de la stratégie d'EDF, le pari de la coordination fondée sur la confiance avec les constructeurs. Alors que les constructeurs avaient profité des commandes d'EDF pour se ménager de très fortes marges, lesquelles avaient été consacrées à la modernisation de leur appareil productif, la pénurie de commandes qui apparut dès l'année 1951, du fait des restrictions budgétaires, avait suscité les premiers craquements au sein des cartels. Ces réductions budgétaires avaient des conséquences dramatiques pour des industries telles l'appareillage électrique haute tension, les compteurs d'électricité ou les transformateurs, lesquelles travaillent à plus de 80% pour le service public. La situation de ces entreprises était beaucoup plus marquée par les aléas depuis la nationalisation dans la mesure où avant 1946, les carnets de commandes étaient à la fois plus réguliers et plus prévisibles du fait de la multiplicité des clients. Les programmes d'achat des ex-sociétés n'avaient jamais simultanément la même allure, alors qu'à compter de la nationalisation, les constructeurs subissaient de plein fouet les à-coups « *terribles et imprévisibles* » de la politique d'investissement de l'Etat, laquelle n'était dictée que par les contraintes budgétaires. Ce *stop and go* avait en plus de fâcheuses conséquences pour EDF. « *L'absence de normalisation et de programmes s'étendant sur plusieurs années les empêche de faire des investissements nouveaux en vue d'une fabrication en série, seule susceptible d'amener une baisse du coût de revient notable* ».

La nouvelle donne qui se dessine laisse à EDF le choix entre deux politiques quant à ses relations avec les fournisseurs : profiter de la lutte concurrentielle ou les considérer comme des associés. En effet, cette concurrence risque de se faire au détriment de la qualité des fournitures et des matériels, de provoquer de nombreuses faillites dans le secteur de la construction électromécanique, donc des licenciements et surtout de revenir à terme dans la

---

<sup>127</sup> « Mémorandum sur la politique générale d'achats », le 22/10/1952. Archives EDF, 789 987.

situation initiale du monopole bilatéral. Les à-coups dans les carnets de commandes constituaient un frein pour le progrès de la branche dans la mesure où le coût de revient n'atteignait jamais son minimum. De plus, les licenciements périodiques privaient l'entreprise d'un personnel déjà formé. Ces entreprises qui travaillaient entre 50 et 90% pour l'Etat étaient donc soumises aux bourrasques des déblocages des crédits publics. Les quelques firmes qui résisteraient à la lutte concurrentielle seraient à terme assez fortes pour négocier très durement les conditions des marchés. *«Selon la formule libérale, on compte alors les morts et les blessés, et ne survivent que les plus forts dont la coalition ne manque pas à la première occasion de se retourner contre les acheteurs»*. Cette coordination strictement marchande entre les différents maillons de l'industrie électrique, selon laquelle chacun cherche à maximiser ses intérêts propres sans songer à la situation de la branche, n'était même pas présente chez les anciennes sociétés de l'électricité. Les sociétés de l'électricité accordaient toujours un certain volume de commandes aux sociétés de construction affiliées, dans la limite de ce que leur permettait leur trésorerie. La conscience que le sort des deux versants de l'industrie était lié les poussait même parfois à accepter de payer transitoirement un prix supérieur au prix concurrentiel.

L'entreprise nationale lorsqu'elle négocie un marché ne peut marquer une préférence entre deux constructeurs. *« C'est pourquoi, pour les achats décentralisés, nous avons toujours recommandé de conserver les anciens courants commerciaux quitte à discuter les prix et pour tous les achats centralisés, nous avons préféré répartir nous même nos marchés à l'ensemble de la profession en discutant les prix avec chaque concurrent isolément sans laisser à leur entente le soin de faire un tel partage, bien entendu alors avec un niveau plus élevé»*. EDF se devait de prendre en compte le fait que si elle faisait le choix de tirer sur les prix cela se ferait à terme au détriment de la capacité d'innovation de l'industrie électrotechnique française et donc au détriment de ses propres performances. Il s'agissait donc d'aider les constructeurs à traverser leur crise de trésorerie en facilitant la production en longues séries. Le SCAM propose donc de définir pour certains matériels le volume de commandes qui serait passé en 1953 en fonction des crédits minimaux escomptés sur la période. Cette garantie de commandes servirait de base à la négociation de réduction des prix. EDF fait alors un pari sur la volonté de coopération des constructeurs et de leurs ententes, dans la mesure où leur faisant part de son programme d'achat, elle perd la ressource que lui offre cette zone d'incertitude qu'elle contrôle. Cependant en cas de non-coopération d'une entente, EDF peut toujours au moyen des importations engager de dures mesures de rétorsions. Cette politique fut alors

poursuivie avec persévérance par EDF qui mit en place à la fin de l'année 1953, un programme<sup>128</sup> destiné à garantir un certain volume de commandes aux constructeurs sur plusieurs exercices.

### B. La coordination autour des marchés d'équipement

Le tournant entre les logiques marchandes et industrielles dans le domaine des marchés d'EDF peut être appréhendé à travers les cas de deux marchés. Le premier est celui de l'installation d'un groupe de 100/110 MW à Nantes-Chevre. Le second marché concerne la commande de trois groupes turboalternateurs à resurchauffe de 115/125 MW, pour la centrale de Paris-Nord Ouest. Le troisième marché est celui de la fourniture et du montage d'un groupe de 100/110 MW à Gennevilliers. La commission des marchés eut à examiner le 5 décembre 1951, deux marchés relatifs à la fourniture et au montage d'une turbine de 100/110 MW et d'un alternateur de 125/137,5 MVA destinés à la centrale de Nantes-Chevre. Le groupe turboalternateur avait fait l'objet d'un appel d'offres, en juillet 1951, auprès de neuf constructeurs dont cinq étrangers. Le moins disant était l'allemand AEG, suivi d'un consortium réunissant Rateau pour la turbine et Jeumont pour l'alternateur. Rateau, bien que seconde offre, fut sélectionné pour tenir compte de ses performances en terme de valeur capitalisée des écarts de consommation garantie et d'une lettre du ministre de l'industrie et de l'énergie demandant à EDF de privilégier les constructeurs français. Ce marché et son issue furent à l'origine d'une inflexion dans la politique de passation des marchés d'EDF, l'appel d'offres cédant peu à peu le pas au marché de gré à gré. M.Giguet, directeur de l'équipement, soulignait « *il y a un enseignement à tirer pour l'avenir des circonstances de l'affaire dont il s'agit : au lieu de procéder directement à un appel d'offres ayant le caractère juridique d'une porte d'adjudication, EDF pourrait en vue de la passation de ses marchés futurs, procéder à des consultations officieuses et préalables au lancement des appels d'offres proprement dits* ».

P.Massé, représentant de la direction générale à la commission appuya cette décision. « *L'appel d'offres systématique peut, dans certains cas, mettre EDF dans une situation délicate (...) Pour les matériels banals, l'appel d'offres direct peut être maintenu, en revanche pour les affaires importantes, il y aurait certainement intérêt à admettre la procédure*

---

<sup>128</sup> Note de la direction de l'exploitation, le 1/12/1953, relative à l'aide à l'industrie électromécanique.

*préalable* ». Le 22 novembre 1951, le marché des groupes de la centrale de Paris Nord Ouest fut présenté à la commission de l'équipement <sup>129</sup>. Il n'était pas question de concurrence sur les prix entre les constructeurs français dans la mesure où ceux-ci avaient été impliqués très en amont sur le projet, et que le prix avait été établi par négociation directe avec EDF. Qui plus est les groupes de la nouvelle centrale de Creil seront identiques à ceux qui équiperont cette unité thermique. La direction d'Electricité de France proposa de traiter directement avec Alstom sans mettre celle-ci en concurrence avec d'autres constructeurs. La firme fut choisie car ses solutions techniques permettaient de réaliser une plus forte économie capitalisée en combustible, qu'elle disposait du solide appui technique de la General Electric et qu'elle avait déjà acquis une solide expérience dans la construction de tels matériels pour les centrales de Gennevilliers, Arrighi et Carling. Le seul concurrent d'Alstom était l'allemand AEG, mais celui-ci ne disposait pas du soutien et de l'expérience de la GECO. De plus, EDF depuis la construction de la centrale de Nantes-Chevire avait fait le choix de privilégier les constructeurs français.

L'appel d'offres initial portait sur des groupes de 100 MW, mais les recherches menées avec les constructeurs poussèrent la direction des études et des recherches d'EDF à porter cette puissance à 125 MW. Pour ce marché, Alstom propose un prix qui est supérieur de 7 à 8% à celui des turbines Rateau qui équipent la centrale de Nantes. L'objection fut levée par M.Giguet au nom de la santé financière et de la capacité d'innovation à long terme des firmes. *« M.Giguet pense que les prix de Nantes-Chevire sont particulièrement bas du fait de la concurrence allemande qui désirait la référence. Il est à présumer que Rateau a fait abandon d'une partie importante de ses amortissements, frais généraux et profits ; ce qu'on ne peut demander d'une façon constante sous peine de voir périliter une industrie au détriment, en définitive, des maîtres de l'œuvre »*. La commande des groupes à Alstom permet une unification technique du matériel qui peut être à la source de notables économies liées à un effet de rationalisation. *« En outre, les services de l'exploitation insistent pour avoir, dans une même centrale, des groupes identiques, ce qu'on ne peut obtenir qu'en passant commande de tous les groupes en même temps à un même constructeur »*. La commande de plusieurs groupes permet une décroissance du prix unitaire de chacun, du fait du caractère commun des études et des frais d'outillage et de l'expérience acquise sur le montage et la mise au point. L'installation d'un nouveau groupe turboalternateur à Gennevilliers fournit un

---

<sup>129</sup> Archives EDF, direction de l'équipement. 789 921.

nouvel exemple de la double rupture qu'EDF suscita dans ces marchés, la négociation directe avec un constructeur désigné *ex ante* et la méthode des tranches de puissance.

### C. La rationalisation de la coordination : les paliers techniques

Les apports de l'exemple américain permettront à Electricité de France de s'engager de la façon la plus complète qui soit dans une voie de la rationalisation, de la normalisation et de la standardisation<sup>130</sup>. Les efforts d'EDF pour la standardisation furent appuyés par le commissariat de l'énergie du plan. La nouvelle donne créée par la nationalisation permettait à l'Etat de tirer profit de sa position dominante dans le secteur pour engager de profondes réformes. L'objectif de l'Etat était de susciter la rationalisation et la modernisation de l'industrie. Dans le même temps, EDF ambitionnait de concilier la réduction de ses coûts avec la garantie de performances techniques futures. De cette double volonté naîtront les paliers techniques<sup>131</sup>. Cette volonté de rationalisation impulsée tant par l'Etat qu'Electricité de France sera matérialisée par la création au sein du ministère de l'industrie d'un comité de l'équipement électrique<sup>132</sup>.

Cette volonté va s'incarner dans la politique des paliers de puissance. Les deux premières centrales à être composées de tranches uniformes de 125 MW illustrant les nouvelles conceptions d'EDF furent les centrales de Creil et de Porcheville (dont nous venons de voir les marchés d'équipement alors qu'elle n'était encore que le projet de centrale de Paris-Nord-Ouest). Ces tranches avaient le même caractère quel que soit le site, les groupes turboalternateurs qui furent installés dans ces deux centrales constituaient les premiers lots d'une série de groupes que le second plan espérait de soixante groupes. Alors que la centrale de Porcheville fut construite au même moment où celle de Nantes-Chevre fut réaménagée, leurs conceptions respectives sont marquées d'une rupture qui illustre le nouveau d'Electricité de France de pousser la rationalisation jusqu'au niveau de l'uniformité et de l'interchangeabilité absolue des matériels entre les différentes centrales. La centrale de Nantes, avec ses groupes dont la puissance allait de 50 à 110 MW, illustre une ère dans

---

<sup>130</sup> EDF se dota en 1953 de deux nouveaux services. Le service des études et projets thermiques définissait les normes, calculait les paliers et assurait la liaison avec les instances extérieures et les constructeurs. Le comité d'études thermiques incarnait l'instance décisionnelle.

<sup>131</sup> Larroque D., (1997), *Histoire du service de la production thermique d'Electricité de France, tome I, 1946-1973*, AHEF, Paris..

<sup>132</sup> Arrêté du 26 mars 1955 portant création au ministère de l'industrie et du commerce d'un comité de l'équipement électrique. J.O. des 28 et 29 mars 1955. Archives EDF 789 990.

laquelle la centrale était un modèle unique, un produit singulier. A l'inverse, les centrales de Creil et de Porcheville, dotées d'un équipement identique appartiennent déjà au premier palier technique<sup>133</sup>. La finalité du palier technique était de susciter la convergence des efforts et des capacités de l'ensemble de l'industrie électrique française. L'un des objectifs était de créer par la coopération entre EDF et les constructeurs une filière nationale qui permette à la branche de la construction électrique de se placer sur les marchés d'exportation.

Concernant les choix de trajectoires quant au progrès technique, D.Larroque souligne une rupture entre les options de l'entre-deux-guerres et celles de l'après-guerre. Alors que la voie qui fut longtemps adoptée fut celle d'une augmentation continue et homothétique des dimensions et des caractéristiques des machines, par simple extrapolation des solutions techniques déjà éprouvées, la commission de l'énergie du plan et EDF récusèrent cette solution craignant une dégradation continue de la fiabilité des matériels. La direction de l'équipement ne se comportait pas comme un client unique, à même de dicter ses choix aux constructeurs, mais comme un chef de file, prescripteur et co-décideur. En définissant ses besoins par ses spécifications, il impulsait aux constructeurs leurs orientations techniques et leurs choix de développement à long terme. EDF conservait la haute main sur les choix techniques mais en s'associant étroitement aux constructeurs<sup>134</sup>.

Le palier technique constituait aussi une consécration de l'effet de taille. L'exportation était un impératif qui permettrait d'allonger les séries et ainsi de pallier l'étroitesse du marché français. La commande garantie de plusieurs tranches par EDF permettait au constructeur de réduire ses frais d'études et de construction et de répercuter une partie de l'économie sur le client. De plus, EDF pouvait comprimer le budget d'entretien grâce à des pièces de rechange communes.

Année	Palier de	Nombre de	Sites et particularités
-------	-----------	-----------	-------------------------

<sup>133</sup> Le premier palier technique se fondait sur une centrale équipée de quatre tranches monoblocs parfaitement identiques de 125 MW.

<sup>134</sup> Scheurer F., (1988), « Producteurs, distributeurs, entrepreneurs et constructeurs des entreprises électriques liées » in Cardot F. *Des entreprises pour produire de l'électricité*, AHEF-PUF.

	puissance	tranches	
1955-1969	125	40	
1961-1971	250	37	Ce palier marque un effort de francisation des installations après une phase d'expérimentation de matériels Westinghouse et GE
1964-1971	600	10	Le Havre- Porcheville
1972	700	2	Aramon et Cordemais

Il convient cependant de nuancer l'ampleur de la normalisation induite par les seuls paliers. La norme concerne uniquement les caractéristiques principales des matériels (puissance, pression et température de vapeur), mais une fois ces caractéristiques posées, « *libre aux constructeurs de jouer leur propre partition, d'élaborer leur propre doctrine* ». Pour F.Scheurer, EDF avait volontairement limité le champ de sa propre normalisation pour préserver l'émulation des constructeurs et celle des régions d'équipement<sup>135</sup>.

Du fait de l'extrême décentralisation des régions d'équipement, chaque centrale suscitait des combinaisons inédites entre des matériels venant de différents constructeurs. Cette diversité illustre le fait que les normes et les standards ne sont pas deux notions synonymes. Cependant, D.Larroque note que les retours d'expérience vont peu à peu miner les particularismes locaux et rapprocher les deux notions de standards et de normes. La direction de l'équipement reprochait entre autres à chaque région de commencer chaque palier avec son propre prototype. La donne va aussi être progressivement modifiée par le regroupement des constructeurs. « *Plus le palier monte en puissance, moins nombreuses sont les unités susceptibles d'être commandées à l'industrie, moins nombreux également les heureux constructeurs dont la soumission sera retenue* ». De plus, il était de l'intérêt d'EDF d'appuyer ce mouvement de concentration, dans la mesure où la réduction du nombre de soumissionnaires se couplait d'une bénéfique réduction de la diversité dans les technologies et les matériels. « *La standardisation absolue de quatre tranches strictement identiques obligeait à mettre en commun les capacités de production de plusieurs constructeurs pour réaliser dans des délais réduits un programme de neuf chaudières qui s'étendra finalement à*

<sup>135</sup> Rappelons que la direction de l'équipement était, à l'inverse de la direction de l'exploitation, favorable à la décentralisation des marchés.

*douze, conçues à partir d'un prototype dont la définition avait été fixée essentiellement par l'exploitant et maître d'œuvre, compte tenu de son retour d'expérience*<sup>136</sup> ». Alors que pour le palier 125 MW, on comptait cinq constructeurs de turbines, leur nombre était réduit à quatre pour le palier 250 MW, du fait de la fusion entre Schneider et Rateau. La prise de contrôle d'Alstom et de Schneider-Rateau par la CGE réduira ce nombre à deux en 1970. Le même phénomène s'observa dans les chaudières avec le regroupement de tous les licenciés de Babcock-Wilcox<sup>137</sup>. Ainsi cette industrie se réduisit-elle à un duopole entre Babcock et Stein & Roubaix, licencié de Combustion engineering. Ce mouvement de standardisation à l'échelle nationale sera couronné par l'uniformisation de l'ensemble des usines thermiques. Les lots d'innovation une fois entérinés par la direction de l'équipement redescendront dès lors dans l'ensemble des régions.

Nous pouvons donc remettre en perspective l'expérience de cette période avec l'évolution de long terme de la filière électrique. Nous retrouvons ici l'existence de liens privilégiés, de liens hors marchés entre les différents pôles de la filière électrique. La logique qui semble se dégager de l'évolution des liens entre les constructeurs de matériels électromécaniques et la (ou les) compagnie(s) d'Electricité, met en évidence le caractère consubstantiel de ces relations. Emanations des constructeurs, les sociétés de production furent toujours liées à ceux-ci à travers les grands groupes de l'électricité durant l'entre-deux-guerres, permettant ainsi une coordination entre les deux acteurs qui demeurera irréductible à de simples transactions marchandes. La coordination marchande n'a, semble-t-il, jamais existé à l'état pur dans l'industrie, si ce ne fut dans l'immédiat après-guerre. Dans ces années, les ententes de constructeurs purent reconstituer leurs marges et s'autofinancer en pratiquant des prix, lesquels nous l'avons vu étaient deux fois supérieurs aux allemands. Cet épisode de l'évolution de la filière, le seul où l'on pouvait considérer que même pour le gros matériel nous étions dans un monde de production marchand, s'est donc soldé par la constitution de cartels de constructeurs en vue d'organiser un marché, lequel s'il avait obéi aux strictes règles de la concurrence pure et parfaite aurait conduit à la disparition de l'industrie française de la construction électromécanique. En effet, un fonctionnement purement concurrentiel de ce marché ne pouvait être viable à long terme. Le coût et la spécificité des investissements qui ne cessèrent de s'accroître au fil des progrès technologiques rendaient illusoire sinon suicidaire des relations entre les cocontractants fondées sur l'échange conçu comme sur un marché *spot*.

---

<sup>136</sup> F.Scheurer, *op cit*.

<sup>137</sup> Il s'agissait de Babcock Atlantic, Fives-Lille Penhouët et Fives-Caills.

Qui plus est, le caractère de prototype des matériels, leur nature de produit dédié et indéfinissable *ex ante*, nécessite une coordination préalable et étroite entre le producteur et l'utilisateur. Si pour le matériel standard la filière peut se rattacher au monde de production industriel, les matériels qui constituent le cœur de la centrale ou du réseau (turboalternateur, chaudière ou câbles) se rattachent à des mondes interpersonnels ou de l'immatériel. Ce sont des produits qui sont dédiés à un système singulier et dont le contenu innovatif suppose la concourance des efforts de chacun à la réalisation d'un objectif commun qui ne se révélera totalement qu'au terme de la coordination. De tels matériels ne sauraient faire l'objet d'un échange marchand sans une perte considérable d'efficience.

La filière a donc connu trois ères successives quant à la coordination entre ses deux principaux pôles. La période allant jusqu'à l'occupation a été caractérisée par une coordination fondée à la fois sur l'autorité et la confiance. L'appartenance à un même groupe, groupe dont la structure était en fait des plus hiérarchiques, permettait à la coordination de s'appuyer sur une concertation *ex ante* et sur la mise en œuvre d'une logique domestique. Ces deux modes de coordination permettaient de pallier les incertitudes, les asymétries informationnelles et les déficiences consubstantielles à la simple logique marchande. La période allant de la nationalisation au début des années cinquante est la seule qui corresponde à un monde de production marchand. Mais très vite, pour ne pas dire spontanément, les deux pôles de la filière se sont organisés de façon optimale étant donnée la nature de la technologie mise en œuvre et celle de produits. Ce monde de production ne pouvant fonctionner sans organisation, les deux pôles se constituèrent en monopole et l'échange marchand céda le pas au marchandage entre les cocontractants, marchandage dont la conclusion était liée aux seuls rapports de forces. Enfin, la logique de la coopération mise en place par EDF à travers les paliers techniques fait entrer la filière dans un monde de production proche de celui de l'immatériel. La coordination s'appuie sur la conscience de l'intérêt commun de l'ensemble de la filière et l'épreuve de vérité est constituée par le succès des solutions techniques élaborées en commun par les membres de la filière.

### **I.3.2 Le service public et l'intérêt général : qualité du produit et innovation**

Nous aborderons dans cette section les répercussions de la convention de la réglementation extérieure selon deux axes indissociables et complémentaires. Le premier porte sur la définition et la gestion de la qualité du produit “électricité”. Le second s’attache à la politique publique visant à favoriser l’innovation au sein de la branche électrique. L’intérêt de cette présentation sera de nous fournir une base de comparaison pour chacune de ces deux dimensions pour les prochains chapitres dans lesquels nous aborderons la nouvelle convention de réglementation.

Notre démarche consiste à observer comment se traduisent les objectifs de qualité du service public dans le calcul économique de la firme. Dans un second temps, nous verrons comment cet objectif va déterminer des règles de gestion optimales quant à l’exploitation et à l’équipement du parc de production de la firme. Ces règles peuvent aller jusqu’à l’optimisation des caractéristiques techniques des éléments constitutifs du parc eux-mêmes.

Il s’agira de s’appuyer sur le réseau d’interactions existant entre le modèle théorique définissant le Bien Commun, l’équipement théorique dont disposent les gestionnaires du service public (les règles de calcul économique des règles de droit et des règles de gestion) et les caractéristiques des équipements matériels. La qualité du service public de l’électricité va être appréhendée à travers le calcul économique de la firme. Notre propos sera de montrer comment la question de la qualité est saisie par le calcul économique et comment celui-ci va déterminer les politiques optimales de gestion de la qualité aux différents niveaux de la firme.

La qualité du service public de l’électricité va être définie dans le calcul économique comme la constance et la continuité de la fourniture. En d’autres termes, la qualité est la non-défaillance de l’approvisionnement et la constance des caractéristiques de celui-ci en terme de fréquence et de tension. Nous retrouvons donc la notion de continuité du service. Celle-ci constitue l’un des trois piliers de la notion de service public<sup>138</sup>. Ces piliers<sup>139</sup> sont l’égalité, la continuité et la mutabilité. Les services publics sont tenus de fonctionner de manière régulière et continue, « *sans heurt, sans à-coups, sans arrêt* », dans des conditions égales pour tous et leurs règles de fonctionnement doivent pouvoir être modifiées à tout moment par l’autorité compétente.

---

<sup>138</sup> Chevalier J., (1997), *Le Service Public, que sais-je ?*, Paris, 120p.

<sup>139</sup> Il est parfois ajouté deux critères supplémentaires qui sont la neutralité et la gratuité.

- La continuité

Le service public, qui répond à un besoin social impérieux à satisfaire, ne peut fonctionner par à-coups. Pour reprendre la formule de Gazier, commissaire du gouvernement, on ne saurait concevoir un Etat intermittent ou « à éclipses » (*arrêt Dehaene 1950*).

- L'égalité

Elle traduit le principe d'égalité juridique devant la loi posé en 1789. Elle est le fruit d'une extension jurisprudentielle. L'égalité exige que non seulement les usagers, mais aussi tous ceux qui rentrent à un titre quelconque en relation avec le service soient placés dans une position égale en face de celui-ci (ni discrimination, ni avantages particuliers).

- La mutabilité

Les prestations fournies au public doivent toujours être adaptées aux besoins. Si les circonstances changent, si les usagers présentent de nouvelles exigences, le service public doit s'y conformer. On dit qu'il est soumis à la "loi du progrès".

#### Encadré n° 2 : Les principes de fonctionnement du service public

Bien que la continuité du service soit au cœur de l'appréhension de la qualité dans le calcul économique de la firme, les deux notions d'égalité et de mutabilité sont aussi traduites dans le cadre allaisien. L'égalité entre les usagers est assurée par l'absence de discrimination tarifaire garantie par l'application de la tarification au coût marginal. L'objectif de mutabilité s'intègre dans le calcul économique via les performances des équipements productifs. Il s'agit de performances en terme de rendement bien sûr, produire au moindre coût, mais aussi et surtout, et là se situe un lien nouveau avec la qualité, performance en terme de fiabilité et de disponibilité des équipements. En d'autres termes, l'objectif de qualité va se traduire non pas comme un arbitrage entre le coût d'une nouvelle tranche et l'espérance de coût d'une défaillance à technologie constante (i.e. à équipements ayant les mêmes coefficients de disponibilités et offrant les mêmes garanties), mais comme une action directe sur la probabilité de défaillance elle-même. Maximiser la qualité revient donc à minimiser la probabilité de défaillance. La qualité va donc devenir une variable à optimiser. Deux niveaux d'optimisation vont exister. Le premier à caractéristiques constantes des équipements : il s'agit d'arbitrer entre le coût d'une tranche supplémentaire et l'espérance de coût d'une défaillance. Le second portera sur la définition même des équipements : revient-il plus cher

d'améliorer la disponibilité d'une tranche que d'investir dans une tranche identique complémentaire ?

Notre sous-section sera donc structurée par ce continuum de règles de gestion de la qualité, allant des procédures de contrôle de la demande aux règles d'exploitation du parc, de la redéfinition du volume des investissements à l'optimisation des équipements productifs eux-mêmes. Avant de brosser le tableau des règles de gestion de la qualité et de montrer l'imbrication entre ses différents niveaux, de la tarification à la définition des standards d'équipement, nous allons nous appuyer sur les travaux fondateurs de l'UNIPEDE pour définir ce que l'on entend par qualité du service public de l'électricité.

L'UNIPEDE s'attacha entre 1964 et 1967 à définir un indice de qualité du service<sup>140</sup>. Parler de la qualité suppose de définir les caractéristiques de la fourniture électrique et de dégager les critères de qualité pertinents. La qualité est conçue sous le double aspect de la constance du produit (tenues de la fréquence et de la tension<sup>141</sup>) et de la continuité du service. Le but des recherches de l'UNIPEDE était donc de résumer l'ensemble de ces éléments aléatoires en une valeur unique qui pourrait être intégrée dans le calcul économique. Partant, il serait possible de déterminer l'optimum au-delà duquel il coûterait trop cher d'améliorer la sécurité de l'exploitation par rapport aux gains qu'en retireraient les consommateurs.

La qualité va se définir par la négative. La non-qualité est exprimée par la défaillance, i.e. par l'insuffisance de l'offre par rapport à la demande. Deux types de défaillances peuvent survenir :

- la défaillance en puissance : elle est concentrée sur la pointe de demande dans les systèmes thermiques,

---

<sup>140</sup> Les premiers travaux furent entamés au Congrès de Scandinavie en 1964. Le président du comité d'études de la tarification avait remis un rapport sur les liens entre la qualité du service et le prix de revient de l'énergie électrique. Ces travaux furent poursuivis en vue du Congrès de Madrid de 1967 et s'appuyèrent notamment sur le rapport Cash élaboré dans le cadre du comité des grands réseaux et des interconnexions internationales. Nous devons à ce dernier rapport la définition de l'indice de qualité lequel permettra d'envisager des comparaisons internationales de la qualité des systèmes électriques. Documents du 3 mai 1965 et du 21 janvier 1966 du groupe de travail « qualité du service-production » du Comité d'étude de la tarification de l'Unipede. Archives EDF. Notes 84 et 114 du Service des Etudes Economiques Générales. 801593 et 801594.

<sup>141</sup> Il convient de plus de préciser la réalité économique de la non-qualité pour les clients. Les sautes de tension causent un vieillissement accéléré des matériels électriques. Si la tension fournie par le réseau devient insuffisante, cela peut se solder par l'arrêt, voire la destruction, de certains moteurs électriques. Enfin, les microcoupures induisent des délestages des microprocesseurs et peuvent grandement désorganiser la production.

- la défaillance en énergie : il s'agit d'un risque additionnel dans les systèmes hydrauliques lorsque la quantité d'eau accumulée dans les réservoirs ne permet pas de faire tous les reports qui seraient souhaitables compte tenu de la courbe de charge. Dans ce cas, le calcul du risque de défaillance passe par la définition de règles optimales de gestion des réservoirs. Notons au passage que la défaillance en énergie est beaucoup plus grave dans la mesure où elle est intrinsèquement plus durable.

Dans un système mixte à la Française, le risque de défaillance survient dès lors que l'on commence à déstocker l'eau des réservoirs, c'est-à-dire durant la période critique.

L'optimisation de la sécurité d'un réseau passe par la définition de règles de gestion optimales tant au niveau de l'exploitation (il s'agit de pallier le risque de défaillance par les tarifs en "écrasant" la pointe de demande, par les clauses contractuelles mais aussi par une politique optimale de gestion des stocks hydrauliques et de gestion des disponibilités des tranches thermiques) que de l'équipement. Une note de l'Unipede du 3 mai 1965 indique qu'« *au moment d'une décision d'investissement, sont à mettre en balance, le risque d'avoir un équipement trop important (ce qui engagerait des dépenses inutiles) et celui d'être sous équipé qui conduirait à une défaillance* ». Ainsi, « *l'optimum peut se calculer sans ambiguïté dès lors que l'on a donné un coût de défaillance. Inversement, on peut montrer que toute décision conduit à affecter implicitement un coût de défaillance* ».

Il s'agit donc d'identifier les origines du risque de défaillance<sup>142</sup> :

- Aléas sur la consommation
  1. Du fait des délais de mise en service des équipements, il existe une incertitude sur le niveau réel de la consommation au moment de leur mise en route.
  2. Incertitudes quant au niveau de l'activité économique et des conditions climatiques.
- Aléas sur les réserves hydrauliques

Il faut tenir compte de deux variables, les apports naturels et l'énergie disponible dans les réservoirs. Celle-ci est fonction de l'hydraulicité de la période précédente et de la politique de gestion des réserves.

---

<sup>142</sup> Unipede – groupe de travail qualité du service- production : projet de note pour le comité de tarification. Le 10 mai 1966. Archives EDF. Note 134 du SEEG. 801594.

- Aléas sur le niveau d'équipement

Les nouvelles tranches entrent-elles en service dans les délais prévus pour faire face à la demande anticipée ?

- Aléas sur la disponibilité du matériel

Cet aléa est directement lié aux caractéristiques des équipements. C'est par ce biais que l'on peut jeter un pont entre la qualité du service public (continuité de la fourniture) et qualité des équipements (réponses aux attentes des clients en terme de performance et de fiabilité). Toute défaillance d'un équipement peut briser la continuité de la fourniture, s'il n'y a pas de redondance. Or, le sur-investissement a un coût certain. Il existe donc deux arbitrages imbriqués. Le premier se fait entre l'espérance de coût de la défaillance et le coût d'un équipement additionnel. Le second intervient entre l'investissement en un équipement redondant et l'investissement en vue d'augmenter la fiabilité des matériels. Si cette seconde solution, ne permet pas plus d'éliminer le risque, elle permet de jouer directement sur la probabilité d'occurrence d'une défaillance.

Afin d'évaluer le coût d'une défaillance, il convient de faire l'inventaire des diverses pertes induites par celle-ci<sup>143</sup>. L'espérance de coût pour les utilisateurs dépend de la nature même de la défaillance (durable, annoncée,...) mais aussi de l'aversion pour le risque. On peut en effet estimer implicitement ce coût par l'achat éventuel de groupes de secours. Définir ce préjudice suppose de déterminer le coût de la défaillance perçu par la clientèle. En effet, ce coût n'est pas identique quel que soit l'usage qui est fait de l'énergie électrique, l'heure de la défaillance et le caractère annoncé ou non d'un éventuel délestage. Il s'agit donc d'intégrer une description détaillée du risque. Par exemple, EDF organise des délestages sélectifs moins pénalisant pour la clientèle. L'ensemble des clients sensibles d'un secteur donné (les hôpitaux par exemples) est raccordé à un même départ sur le réseau moyenne tension. Le but est de ne pas les affecter en cas de délestage.

Le coût peut aussi s'apprécier via une espérance de pertes de recettes et de kWh pour l'entreprise électrique et une espérance de perte pour l'ensemble de la collectivité nationale (arrêt de l'activité et coût des réparations). Nous pouvons aussi estimer le coût implicite

---

<sup>143</sup> Note Unipede 1<sup>er</sup> juin 1966. Archives Services études économiques générales EDF, note 137. Archives EDF 801 594.

associé par chaque producteur à la défaillance en observant son programme d'investissement. En effet, la réduction de la probabilité de défaillance peut passer par l'investissement dans une tranche supplémentaire. Si le producteur ne réalise pas cet investissement, c'est qu'il considère que son coût serait supérieur au gain en terme de réduction de l'espérance mathématique de défaillance.

Il est possible de construire un indice de qualité de l'énergie électrique fournie au client.

On pose :

- M, la marge du système de production,
- C, la consommation durant la période vulnérable ( $\sigma_c$  : l'écart type associé),
- P, la production durant cette même période ( $\sigma_p$  : l'écart type).

On a :

$$M = P - C$$

On calcule l'écart type de la marge :  $\sigma_m = \sqrt{(\sigma_c^2 + \sigma_p^2)}$ .

On a une défaillance si  $P - C < 0$ .

La probabilité réduite  $\frac{P - C}{\sigma}$  donnera la probabilité d'excès de la demande sur l'offre, il s'agit de l'indice de qualité.

En d'autres termes, l'indice de qualité donne la probabilité conventionnelle de manquer d'au moins un kilowatt pendant toute la période vulnérable.

Il permet de caractériser l'optimum économique en donnant l'équivalence entre le coût de l'installation qui serait susceptible de réduire d'un kW une éventuelle défaillance et le coût pour la collectivité d'un kW additionnel de défaillance. A l'optimum, la tranche qui permet d'éviter la défaillance coûte aussi cher que la défaillance elle-même.

Soient :

- D : le coût de l'équipement marginal qui réduirait la défaillance d'un kW pendant toute la période vulnérable,
- K : le coût pour la collectivité d'un kW supplémentaire de défaillance<sup>144</sup>,
- I : l'indice de qualité (la probabilité de défaillance).

A l'optimum, nous avons :

$$D = K \cdot I$$

### Encadré n°3 : Indice de qualité de l'électricité

<sup>144</sup> On fait l'hypothèse implicite que le coût de la défaillance est indépendant de sa profondeur. Une défaillance de 100 MW coûte aussi cher que 100 défaillances d'un MW.

La qualité du service public de l'électricité étant définie, nous allons montrer comment celle-ci est gérée par le calcul économique de la firme. Nous construirons notre présentation selon le schéma marshallien des temps analytiques afin de montrer la cohérence profonde entre les équipements théoriques (outils de gestion) et les équipements matériels.

Le tableau suivant fournit la trame qui sera celle de notre présentation de la politique optimale de gestion de la qualité du service public de l'électricité par EDF. Nous nous appuyerons sur la division des temps analytiques, proposée par Marshall, pour mettre en évidence l'imbrication logique des diverses règles de gestion utilisées.

Temps Marshallien	Caractéristiques	Règles optimales de gestion de la qualité
Infra-court	Tous les facteurs de production sont fixes. L'offre est totalement inélastique aux prix.	La garantie de la continuité ne peut passer que par des mesures prises <i>ex ante</i> : <ul style="list-style-type: none"> <li>- tarification des pointes de demande (Boiteux 1949),</li> <li>- clauses contractuelles d'effacement durant la pointe,</li> <li>- procédures d'alerte à la fréquence.</li> </ul>
Court	Un seul facteur de production est variable ( <i>Nous allons ici supposer que la variable d'ajustement à court terme est constituée par les réservoirs et le programme d'entretien des centrales thermiques</i> ).	La qualité passe par la définition de règles de gestion optimale des stocks : <ul style="list-style-type: none"> <li>- gestion des réserves hydrauliques (Massé 1946),</li> <li>- gestion du planning d'entretien (ou de déclassement) des tranches thermiques).</li> </ul>
Long	Les facteurs de production sont variables mais la technologie de production est constante.	La qualité tient au calcul économique quant au dimensionnement optimal du parc : <ul style="list-style-type: none"> <li>- arbitrage coût d'une nouvelle tranche / espérance de coût de la défaillance.</li> </ul> <i>(On ne minimise pas le risque de</i>

		<i>défaillance à équipement donné. On augmente la dimension du parc pour réduire le risque global).</i>
Ultra-long	Tous les facteurs de production sont variables dans le temps ainsi que l'état des techniques <i>(On peut jouer sur la définition des caractéristiques des équipements et non plus seulement sur leur quantité).</i>	La qualité ne passe plus uniquement par le (coûteux) surdimensionnement du parc (à équipements identiques) mais par l'optimisation de la fiabilité (volet continuité) et de la performance (volet mutabilité) des équipements : - optimisation des nouveaux standards d'équipement.

### I.3.2.1 La gestion optimale du parc en courte période

#### A. Eviter la défaillance : les mesures ex ante

##### *a. Les clauses contractuelles*

Le coût de défaillance peut être minoré si la défaillance est annoncée ou si les gros consommateurs d'énergie électrique peuvent déplacer leur appel de puissance. Les rapports de l'Unipede soulignaient que « *certains contrats prévoient dans cet esprit, des clauses d'effacement selon lesquelles, en contrepartie d'un tarif plus bas, le producteur est libre de ne pas servir le client pendant certaines périodes. Dans ce cas d'ailleurs, on ne peut pas parler de défaillance du producteur, puisque, en faisant jouer la clause d'effacement, celui-ci se trouve dans un cadre contractuel accepté par le client*<sup>145</sup> ». Cette possibilité est à l'origine des clauses d'effacement de puissance, intégrées dans certains contrats d'EDF dès les premières réformes tarifaires entreprises après la nationalisation.

Dans un article de 1951, publié dans la *Revue française de l'énergie*<sup>146</sup>, G.Bardon, alors directeur adjoint de l'exploitation et chef du service des mouvements d'énergie d'EDF,

<sup>145</sup> Unipede, comité de la tarification. Groupe de travail « qualité du service-production ». Note 134 su SEEG, 10 mai 1966.

<sup>146</sup> Bardon G., (1951), « Les pointes de puissance sur le réseau électrique français », *Revue française de l'énergie* n°26, décembre, pp.73-77.

expliquait le lien existant entre la gestion des pointes de demande, la prévention du risque de défaillance et l'introduction de telles clauses contractuelles. Pallier le risque de défaillance suppose de conjuguer plusieurs actions, que détaille G.Bardon. Nous citerons rapidement les écrasements de puissance, les écrasements contractuels, les écrasements supplémentaires en période difficile, les appels aux centrales autonomes, les alertes à la fréquence et les délestages techniques.

Les écrasements de puissance recouvrent deux types de mesures. Les premières désignent des réductions systématiques de puissance pour certains gros consommateurs. Celles-ci sont prévues dans les clauses des contrats types d'EDF. Elles sont appliquées par les industriels quelle que soit la situation, en contrepartie d'une ristourne sur les tarifs. Pour des consommateurs encore plus importants, une seconde modalité d'écrasement se fait par une demande directe d'EDF. Les secondes consistaient en des procédures d'alertes à la fréquence mises au point par EDF dès 1949. Si les clients s'aperçoivent que la fréquence du réseau chute sous 48.5 Hz, ils doivent réduire d'eux-mêmes leur charge. Il s'agissait de plus d'un dispositif de soutien au réseau. Les industriels étaient prévenus la veille par les dispatchings d'EDF de la nécessité de contribuer au maintien de la fréquence sur le réseau. Les délestages techniques prévus par les arrêtés ministériels du 18 novembre 1948 et du 22 décembre 1949 visaient, de la même façon, à maintenir la fréquence sur la crête des 48 Hz, minimum indispensable pour la sécurité du réseau.

#### *b. La tarification des pointes*

Nous avons vu dans notre sous-section I.2 que la solution élaborée par Marcel Boiteux<sup>147</sup> consiste à pallier *ex ante* le risque de défaillance en puissance en tarifant aux demandes de pointe non seulement le coût variable de l'énergie consommée (cas des heures creuses) mais aussi le coût de développement des nouvelles installations productives rendues nécessaires par sa demande additionnelle. Le consommateur ne maintiendra sa demande que si la richesse créée par sa nouvelle activité compense le coût social engendré par la nécessité de mettre en œuvre un nouvel équipement. Ainsi la tarification permet-elle de minimiser le risque de défaillance en écrasant les pointes de demandes<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Boiteux M., (1949), *op. cit.*.

<sup>148</sup> Nous retrouvons le paradoxe du voyageur de Calais de Gabriel Dessus.

## B. L'optimisation de l'exploitation

### *a. La disponibilité des tranches thermiques : la variable entretien*

Les performances d'une tranche thermique se définissent par deux paramètres : la puissance maximale et la puissance garantie. Cette dernière intègre le coefficient de disponibilité de la tranche. Elle peut se définir comme l'énergie moyenne délivrée par la tranche durant les 1200 heures de l'année les plus chargées. Le programme d'entretien des tranches vise à accroître au maximum la puissance garantie de la centrale. Il doit donc se faire en priorité durant les périodes creuses du programme de production et de transport afin de minimiser la probabilité d'indisponibilité des tranches durant la période critique. L'entretien est donc un premier niveau d'ajustement permettant de minimiser le risque de défaillance. Cependant, lorsque le dispatching d'EDF fait face à une hausse non anticipée de la demande, il s'offre une seconde variable d'ajustement via le réaménagement du planning des entretiens et le redémarrage des tranches laissées en réserves en l'attente d'un déclassement. Le responsable de l'appel des centrales va gérer (au moyen d'un programme classique de recherche opérationnelle de gestion de stocks) le stock des centrales disponibles les appelant par ordre de coût de production croissant, mobilisant si nécessaire les capacités "dormantes" maintenues en réserve en l'attente de leur déclassement définitif et modifiant le planning d'entretien des centrales.

Ce planning est lui aussi un programme soumis à une optimisation<sup>149</sup>. En d'autres termes, augmenter la fiabilité de l'exploitation du parc, même préventivement, a un coût qu'il s'agit d'optimiser. Durant la période creuse, il est rentable pour la firme de privilégier l'exploitation en économie de marche, c'est-à-dire d'arrêter les centrales ayant le rendement le plus faible pour ne laisser fonctionner que les centrales les plus modernes (i.e. les plus économes en charbon<sup>150</sup>). Or, il serait nécessaire de stopper les centrales les plus performantes afin qu'elles fassent l'objet d'un entretien préventif visant à maximiser leur probabilité de disponibilité durant la période critique. L'objectif de minimisation du risque de défaillance a donc encore un coût, exprimé ici par une consommation additionnelle de charbon durant la période creuse. La firme fera un arbitrage entre l'exploitation en garantie et l'exploitation en économie de charbon. L'objectif du planning d'entretien est donc de procéder à la mise en état du matériel

---

<sup>149</sup> Archives Marcel Boiteux. Commission de l'exploitation, le 19 décembre 1956. Archives EDF 01194C.

<sup>150</sup> On stoppe les centrales situées en haut du diagramme.

pendant la période d'entretien en s'écartant le moins possible de l'exploitation en économie de charbon, tout en permettant de disposer du maximum de puissance garantie durant les 1200 heures critiques.

*b. La variable réserves hydrauliques : la gestion optimale des réservoirs*

La minimisation du risque de défaillance en énergie peut passer par la conservation de l'intégralité des réserves en eau. Le risque est alors de devoir opérer des déversements en cas d'excédents et donc de ramener la valeur économique de ces réserves à zéro. Nous retrouvons donc l'arbitrage entre la minimisation du risque de défaillance et le coût de celle-ci. La gestion optimale des réserves hydrauliques fut l'un des terrains d'études privilégiés de Pierre Massé. Après avoir travaillé successivement pour une filiale hydroélectrique du Crédit Suisse et l'Union d'électricité, Massé s'attacha à l'exploitation optimale des apports hydrauliques dans un système interconnecté<sup>151</sup>. Son projet était d'optimiser l'exploitation en économie de charbon en univers aléatoire. Si les apports hydrauliques sont immédiatement turbinés, la valeur économique de l'eau sera positive dans la mesure où l'on aura une économie en charbon certaine. A l'inverse, si l'on stocke de l'eau dans les réservoirs pour pallier un risque de défaillance, la valeur de cette eau risque d'être nulle si celle-ci ne survient pas et que l'exploitant est contraint d'opérer des déversements. Il s'agit d'arbitrer entre une économie en charbon certaine et une garantie contre un risque futur aléatoire. Il faut donc comparer les espérances de valeur : « *l'optimum dans une période donnée consiste à égaliser autant que possible l'utilité marginale attachée à l'eau déstockée et l'espérance mathématique attachée à l'eau gardée en réserve* ». Cette espérance mathématique dépendra à la fois des probabilités des apports naturels futurs et de l'ensemble des décisions d'exploitation futures. L'inconnu n'est pas la suite *ne varietur* des états de la réserve mais une suite d'hypothèses, c'est-à-dire une règle conditionnelle liée à ces états et aux stratégies futures de l'exploitant. On cherche un optimum économique en probabilité<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> Massé P., (1984), *Aléas et progrès. Entre Candide et Cassandre*, Economica, Paris, 352p.

<sup>152</sup> « *La stratégie consiste en un ensemble de règles conditionnelles définissant les décisions à prendre dans toutes les éventualités susceptibles de se présenter dans l'avenir* ».

### I.3.2.2 La longue période : les ajustements du parc d'équipement

#### A. Le dimensionnement optimal du parc : un choix public

##### *a. L'arbitrage entre le coût d'une nouvelle tranche et l'espérance de coût de la défaillance*

La question de la qualité interfère dans la détermination de la politique optimale de gestion du service public de l'électricité via les tarifs et les règles d'exploitation mais aussi au travers des choix d'équipements.

Le programme d'investissement de la firme ne porte pas sur un parc optimal dans l'absolu mais vise à déterminer à partir du parc existant et des décisions déjà prises, le programme optimal d'investissement et de déclassement. L'objectif de l'entreprise publique ne se conçoit pas seulement comme la satisfaction du client, mais comme la fourniture d'énergie électrique à l'utilisateur. Il s'agit de satisfaire la demande au coût total actualisé minimal, c'est-à-dire en prenant en compte l'intérêt général. La non-qualité du service fourni par le système électrique peut être intégrée dans le calcul économique via les notions de valeur de la défaillance et de parc ajusté.

La définition du coût de la défaillance donne celle du parc ajusté. Lorsque l'on trace la monotone des puissances appelées (puissance appelée en fonction de la durée), nous avons une courbe décroissante. Le dernier kWh de pointe de la monotone représente un coût des plus élevés. La décision de lui consacrer l'anticipation d'un nouvel équipement de pointe dépend de la comparaison de son coût avec ce que le consommateur serait prêt à payer pour éviter la défaillance.

On pose :

$H_p$  : durée de la défaillance,

$C_d$  : coût de la défaillance par kWh,

$A_{tac}$  : amortissement économique du moyen de pointe (turbine à combustion),

$C_{tac}$  : coût du combustible pour cette turbine additionnelle.

On a à l'équilibre :

$$H_p.C_d = A_{tac} + H_p.C_{tac}$$

C'est-à-dire :

Coût de production sur la durée de fourniture de la pointe

=

Coût de la défaillance pour la même durée d'appel.

Notons que depuis 1970, l'Etat et EDF ont convenu d'une valeur du kWh non desservi à intégrer dans le calcul économique de la firme. Ce coût était en 1996 de 60 francs par kWh. On considère qu'un parc est ajusté quand il minimise le coût total de production pour la pointe. Le kilowatt-heure non desservi permet aussi de fournir la règle d'ajustement du parc de production. Une couverture parfaite contre le risque est impossible, la probabilité d'une défaillance simultanée de tous les moyens de production ne pouvant être parfaitement réduite à zéro. Une garantie absolue serait, selon le principe d'arbitrage, trop dispendieuse par rapport à ce que les consommateurs accepteraient de payer. EDF doit donc prévoir des modalités d'effacement de certains usages en pointe et accepter un certain degré de risque de défaillance. Cet arbitrage coût / défaillance va se résoudre par l'introduction d'une variable duale, la valeur du kilowatt-heure non desservi traduisant le préjudice causé par la non-qualité pour la collectivité. L'intégration de cette valeur dans les programmes va permettre de traduire dans le calcul économique de la firme la valorisation sociale de la qualité du service public de l'électricité<sup>153</sup>.

*b. Le choix des technologies de production dans le pool des technologies existantes*

En cas d'une mauvaise anticipation de la croissance de la demande, l'entreprise aura un arbitrage à réaliser entre l'acceptation des conséquences de celle-ci, et coût d'engagement de programmes d'équipements complémentaires en vue de sa satisfaction. Ces nouveaux équipements seront par exemple des turbines à gaz, rapides à installer. Cependant, il convient de noter que ces équipements évinceront les moyens prévus en vue de fonctionner en base. Leur rendement sera nettement plus mauvais s'il s'agit de la faire fonctionner pour satisfaire la demande de base. La mauvaise anticipation de la demande engendrera un parc non optimal et représentera une perte de Bien Etre pour la collectivité. Plutôt que de financer un équipement peu adapté et un coût additionnel irrécouvrable, la collectivité peut préférer une

---

<sup>153</sup> Varoquaux W., (1996), *Calcul économique et électricité, Que sais-je ?*, Paris, PUF, 127p.

défaillance limitée. Il faut comparer le coût du programme additionnel avec le coût d'un programme futur plus riche en équipements pouvant fonctionner en base. L'arbitrage suppose donc d'évaluer le préjudice induit par la défaillance du système électrique, c'est-à-dire le coût de la non-qualité. Le préjudice pour la collectivité représente la dépense maximale que la collectivité est prête à engager pour éviter la défaillance. Si le programme complémentaire représente un coût supérieur à ce seuil, il sera collectivement préférable d'accepter la défaillance et ses conséquences. Cette situation peut s'illustrer par le dilemme posé par les deux chocs pétroliers des années soixante-dix. Les pouvoirs publics et EDF décidèrent d'abandonner le programme thermique au fuel de 700 MW dont la vocation initiale était la fourniture en base au profit de nouvelles tranches nucléaires, les seules à même de préserver la sécurité de l'approvisionnement énergétique français. Cependant si les groupes au fuel demandaient quatre ans de construction avant d'être mis en service, les groupes nucléaires en demandaient deux de plus. La collectivité accepta donc une certaine pénurie à court terme, le temps de compléter notre programme nucléaire<sup>154</sup>.

## B. L'optimisation des équipements

### *a. L'arbitrage quant à la variable disponibilité des équipements*

Le choix d'équipement prendra en compte les différents niveaux d'équipements souhaitables en fonction des différents panoramas de délestage établis. Le Conseil d'Administration d'EDF a alors à choisir celui qui lui paraît le plus acceptable en terme d'arbitrage coût / conséquence. Ce faisant, il déterminera implicitement la valeur du kWh non desservi. On retrouve la même utilisation des variables duales que dans les programmes linéaires de choix d'équipements. La notion de qualité introduit des variables aléatoires qui complexifient la modélisation du système électrique. Comme le note W.Varoquaux, il est cependant possible de faire jouer la loi des grands nombres pour le parc de production. On peut considérer que, sur l'ensemble du parc, la puissance aléatoire d'un moyen de production est égale à sa valeur moyenne. On peut donc écrire :

---

<sup>154</sup> L'incident du 19 décembre 1978 fut la conséquence de cet arbitrage.

Puissance garantie d'un moyen de production

=

Puissance maximale \* Coefficient de disponibilité

Pour un système thermique, il est possible de définir une règle d'adaptation par la définition d'une marge. Nous avons donc en retour un instrument de conception des nouvelles tranches thermiques. En effet, la définition du seuil de qualité retenu suppose non seulement la prise en compte d'effets de rétroaction sur le programme d'équipement optimal mais aussi sur la conception même des dites tranches. Les objectifs en terme de disponibilité de celles-ci vont faire l'objet de négociations entre EDF et les constructeurs d'équipements électromécaniques. La qualité du service final au client (au niveau d'EDF-GDF services) dépendra de la gestion du réseau électrique et de la disponibilité des tranches gérées par la direction de la production thermique. Celle-ci pourra en retour modifier cette disponibilité en formulant des objectifs auprès de la direction de l'équipement. Enfin, dans le cadre de la stratégie de co-élaboration des groupes électromécaniques, ces objectifs seront remontés jusqu'aux constructeurs.

Il n'en demeure pas moins qu'il existera toujours un dilemme entre la disponibilité d'un équipement et le coût en investissement de celui-ci. Il ne peut exister de fiabilité absolue pour un équipement mécanique. W.Varoquaux note que la probabilité de panne d'une tranche thermique pendant la durée d'appel ne saurait être réduite à moins de 10%. Il serait cependant toujours possible de doubler les organes sensibles sur chacun des groupes. Mais dans ce cas, le surcoût serait-il justifié ? Par exemple, pour faire passer de 80 à 90% la disponibilité d'une tranche nucléaire, il faut accepter un surcoût de 20%. EDF ayant un parc de 52 tranches, gagner 10% en disponibilité permettrait certes d'économiser cinq tranches, mais au prix d'un surcoût équivalent à quelques dix tranches ! Il est donc préférable de concevoir à un moindre degré de disponibilité, quitte à construire un plus grand nombre de tranches. En résumé, nous pouvons dire après W.Varoquaux que la définition du coût de la défaillance (i.e. de la non-qualité) offre une «*règle d'optimisation pour les nouveaux standards* [de conception des paliers techniques] ».

*b. Une optimisation liée à un certain type de relations interindustrielles*

Il convient de souligner que l'optimisation des caractéristiques des équipements productifs est rendue possible chez EDF par d'étroites relations de coopérations entretenues avec les

constructeurs. La coordination entre EDF et les constructeurs, notamment autour des paliers techniques, permet une élaboration conjointe des spécifications des équipements. Le constructeur et EDF pourront décider *ex ante* des objectifs de qualité en terme de fiabilité et de disponibilité et des limites de l'enveloppe financière à accorder à ces objectifs. EDF ne s'équipant ainsi que de matériels qui lui sont intrinsèquement dédiés pourra optimiser la qualité requise dès la conception même des équipements. Cette solution n'est rendue possible que par la volonté de mettre en œuvre un processus d'innovation conjoint entre l'utilisateur et le constructeur. Ce schéma de coopération était étroitement lié aux caractéristiques institutionnelles du marché français de l'électricité par lesquelles l'entreprise nationale en situation de quasi-monopole est investie d'une mission de service public et d'une mission implicite d'intérêt général (construction d'un cercle vertueux de modernisation conjointe avec l'ensemble de la filière électrique nationale). *Quid* de l'avenir de ce modèle quand les objectifs de l'entreprise (ou des entreprises) de production, transport et distribution vont se modifier du fait de la libéralisation et lorsque l'industrie passera du monopsonne national à un espace européen caractérisé par la multiplicité des opérateurs et la concentration des constructeurs d'équipement ?

L'analyse de la politique de coopération avec les constructeurs, de soutien gouvernemental à de grands programmes d'exportation ou de grands projets innovants, nous permet de mettre en évidence l'influence déterminante de l'action publique sur la promotion de l'efficacité productive sur le long terme. Nous sommes ici au cœur de la convention de l'Etat extérieur (ou de l'Etat Colbertiste high-tech pour reprendre les termes d'E. Cohen). Les évolutions économiques et productives vont conduire à une remise en cause de la légitimité et de l'efficacité de l'Etat dans la prise en charge des grands projets industriels et dans le soutien aux innovations radicales. De ce relatif épuisement d'un modèle (ou d'une convention) naîtra une contestation de sa légitimité que nous aborderons dans notre second chapitre. Avant d'aborder celui-ci, il convient de mettre l'accent sur la diversité des formes que peut prendre l'action publique en matière de soutien aux nouvelles technologies de production électrique. La période actuelle se caractérise aussi par la promotion par les pouvoirs publics d'énergies renouvelables (éolien, solaire, biomasse...). Si l'objectif final de l'action publique s'est déplacé de la recherche de l'indépendance nationale à la préservation de l'environnement, l'Etat n'est en pas moins au centre des attentes des acteurs pour la promotion de ces nouvelles technologies. Cependant, comme nous le verrons dans la seconde section de notre chapitre quatre, la nouvelle forme que revêt l'action publique dans le cadre de la nouvelle convention

de réglementation absente conduit à une modification dans les modalités de cette intervention. L'Etat n'intervient plus comme maître d'œuvre des nouvelles technologies de production mais se contente de rendre l'initiative privée rentable en lui assurant des débouchés à un prix administré. L'action publique passe donc par l'effet d'aubaine offert aux industriels par l'obligation d'achat pesant sur EDF. Si l'initiative privée prend bien le relais de l'action publique, demeure la question de l'efficacité économique de cette politique tant au niveau des technologies que de la composition optimale du parc de production. Cette mutation conduit donc à un effacement non pas de l'intervention publique mais du calcul économique public. Le basculement conventionnel, de l'Etat extérieur à l'Etat absent prend ici tout son sens. Nous allons maintenant détailler, dans notre second chapitre, la dynamique qui a été à l'origine de ce changement conventionnel.

## Chapitre 2 : L'irrésistible ascension de la convention de réglementation absente

L'objet de ce chapitre réside en l'étude des fondements théoriques du basculement réglementaire qui affecte le secteur électrique. Nous présentons, dans notre première section, la controverse théorique autour de la réglementation optimale des industries dites de "réseaux". Il s'agit de présenter la critique néoclassique du modèle de réglementation des services publics de réseaux édifié au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale. La convention de réglementation extérieure, que nous avons illustré au travers de la construction du modèle EDF, est donc contestée sous l'angle de l'efficacité économique. De cette remise en cause théorique naît un corpus de prescriptions tirant ses racines de la nouvelle économie publique et de la nouvelle économie des réseaux. Nous rattachons cette dernière à un "paradigme télécommunicationnel" en ce sens que nous désirons mettre en évidence le mimétisme réglementaire se faisant jour entre les télécommunications et l'ensemble des services publics de réseaux.

Notre seconde section présente les prescriptions normatives dérivant de cette "nouvelle économie des réseaux" et leurs traductions institutionnelles. Il s'agit dans un premier temps de pointer, à la lumière des expériences pionnières de libéralisation, les possibles inefficiences productives de cette nouvelle convention de réglementation. Nous aborderons notamment les questions de la tarification, des investissements et de la qualité du service rendu à l'utilisateur pour établir une base de comparaison avec la convention de réglementation extérieure présentée dans le chapitre 1. Notre seconde sous-section porte sur la traduction institutionnelle de la libéralisation et sur son impact sur la dynamique concurrentielle du secteur.

## **II.1 Un nouveau paradigme de l'action publique**

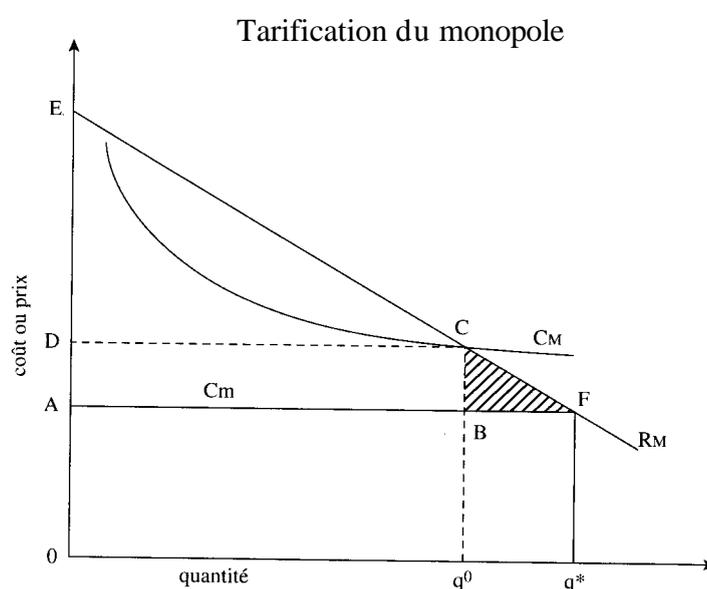
### **II.1.1 Une rupture dans l'économie publique : la contestation théorique du modèle de la convention de la réglementation extérieure**

#### **II.1.1.1 Les prescriptions de l'économie publique concernant la réglementation des industries de réseau.**

- La théorie du monopole naturel

La théorie du monopole naturel<sup>155</sup> repose sur l'hypothèse que certaines industries se caractérisent par des fonctions de coût constamment sous-additives. Dans ces situations, une firme unique s'avère plus efficace qu'un ensemble de firmes en concurrence. Cependant, une firme, qui adopterait une tarification optimale et qui donc fixerait son prix au niveau du coût marginal, subirait une perte. En d'autres termes, il existe une antinomie entre le profit de l'entreprise et la maximisation du surplus collectif<sup>156</sup>.

Le graphique suivant, tiré de Lévêque<sup>157</sup>, illustre l'équilibre du monopole en rendements croissants.



La droite RM donne à la fois la quantité demandée et la recette moyenne. CM indique le coût moyen de la firme. Cm donne son coût marginal que nous supposons constant et toujours inférieur au coût moyen. Si l'on applique la tarification optimale, le prix s'établit en A. Le monopoleur écoule la quantité optimale  $q^*$  de produit et maximise ainsi le surplus social. Les recettes du monopole sont alors égales à  $Cmq^*$ . Or, son coût total est donné par  $CF + Cmq^*$ . Le monopole ne couvre pas ses coûts fixes en tarifant au coût marginal et supporte donc une

<sup>155</sup> La théorie de la régulation publique du monopole naturel pose les principes de tarification au coût marginal. Elle indique les investissements devant minimiser le coût moyen sur le long terme. Elle donne des règles quant à la régulation de l'entrée pour éviter la duplication des infrastructures. Cependant, elle n'indique rien sur les questions de l'intégration verticale et des droits de propriété. Le choix entre la propriété publique et la régulation d'un opérateur privé n'est pas dérivé des enseignements de ce modèle.

<sup>156</sup> L'argument de l'existence d'un monopole naturel fut utilisé dès 1887 par le gouvernement américain pour réguler les chemins de fer. La régulation de la « concurrence destructive » apparaissait comme un moyen de corriger ses conséquences préjudiciables en terme de bien être.

<sup>157</sup> Lévêque F., (1998), *Economie de la réglementation*, Repères- La découverte, Paris, 125 p.

perte égale à l'aire du rectangle ADCB. A l'inverse, s'il tarifie au coût moyen, l'équilibre va s'établir en C. Ses coûts fixes seront couverts, mais la quantité écoulee sera sous-optimale ( $q_0$ ). L'économie va donc subir une perte de bien être égale au triangle CBF.

Pour atteindre l'équilibre de concurrence pure et parfaite, deux voies sont susceptibles d'être suivies. La première fut celle proposée par Dupuit, Hotelling et Vickrey, il s'agit de subventionner la perte du monopole de façon à ce que celui-ci puisse tarifier au coût marginal. S'il s'agit bien d'une solution optimale de premier rang, l'absence d'un impôt forfaitaire fait que le financement de cette subvention par l'impôt induit de nouvelles distorsions. La seconde, la tarification optimale de second rang pour les monopoles astreints à l'équilibre budgétaires, a été présentée dans notre section I.2. La règle de Ramsey-Boiteux indique qu'il est alors nécessaire d'ajouter des péages aux coûts marginaux, inversement proportionnels aux élasticités prix de la demande, pour permettre au monopole d'atteindre l'équilibre budgétaire sans pour autant devoir tarifier au coût moyen.

- La réglementation publique des industries de réseaux

Cependant, le comportement optimal de la firme monopoleuse se traduit par l'extorsion du surplus du consommateur. Il appartient donc à l'Etat de veiller, d'une part, à ce qu'aucune firme n'entre sur le marché en occasionnant ainsi des pertes de surplus collectif (gaspillage du fait de la duplication des réseaux par exemple) et d'autre part à ce que la firme ne puisse maximiser son profit. Deux voies de régulation sont alors possibles. La première, expérimentée aux Etats-Unis, réside en l'imposition à un monopole privé réglementé de prix de concurrence. La seconde suppose la nationalisation des entreprises du secteur, afin de s'assurer d'une tarification de type concurrentiel malgré les spécificités de l'industrie. Cette seconde approche a été présentée dans notre section I.2. Celle-ci conduit à la réglementation des firmes opérant dans le secteur non différencié de façon à les conduire à tarifier au coût marginal. En cas de nationalisation, les missions dévolues à l'entreprise publique sont alors de trois ordres<sup>158</sup>. Il s'agit :

- de protéger l'entreprise contre une concurrence destructrice (les droits exclusifs visent à garantir l'entreprise contre des stratégies d'écrémage portant sur les segments rentables),

---

<sup>158</sup> Percebois J., (1997), « La dérégulation de l'industrie électrique en Europe et aux Etats-Unis : un processus de décomposition - recombosition », *Cahiers de recherche du CREDEN*, n° 97.04.08, Montpellier, Juillet, 41p.

- de défendre le particulier contre les abus du concessionnaire (extorsion du surplus du consommateur),
  - de porter des objectifs d'intérêt national (politique énergétique, objectifs macroéconomiques...).
- L'organisation optimale du secteur électrique

Le cadre allaisien retenu, la question du choix du modèle optimal d'organisation du système électrique, reste à déterminer. Il existe selon M.Boiteux<sup>159</sup>, deux types de monopoles naturels. Dans le premier, le monopole du produit suppose celui du service associé. Il n'existe aucun substitut possible. Se rattachent à ce cas l'eau et l'électricité. Dans d'autres cas, le monopole du produit n'induit pas celui du service. L'exemple de la SNCF, confrontée à la concurrence de la route et de l'avion, montre qu'il peut exister des produits substitués. La concurrence peut discipliner les prix de l'entreprise publique malgré son caractère purement monopolistique. Cependant, ce mécanisme disciplinant n'existe pas pour la première catégorie. La seule mise en concurrence possible serait alors au niveau de la mise aux enchères de la concession. L'exemple de l'électricité allemande avant la libéralisation du marché tend à montrer l'utilité d'une régulation tarifaire du secteur. Boiteux va même jusqu'à défendre la nationalisation, arguant des caractéristiques techniques des équipements (poids des investissements, durée de vie des installations et unicité des réseaux). La concession lui paraît trop favorable aux entreprises délégataires de service public. L'impossibilité de rédiger des contrats complets se paie par l'abandon de rentes excessives aux entreprises. La rente de monopole apparaît à travers le cas allemand où les tarifs locaux étaient, avant la libéralisation, supérieurs de 25 à 30% aux tarifs français.

Il existe, selon Boiteux, quatre types de régulation des secteurs électriques. Le premier modèle est celui qui prévalait aux Etats-Unis. Des firmes privées disposaient d'un monopole local mais voyaient leurs rémunérations encadrées par des réglementations de type *rate of return*. Le problème de cette législation vient des faibles mécanismes incitatifs mis en œuvre. Soit le régulateur connaît les coûts de l'entreprise et celle-ci n'a plus d'intérêt à réaliser des investissements en vue d'accroître sa productivité, soit il ignore ceux-ci et auquel cas, l'entreprise peut dégager de fortes rentes informationnelles. Le second modèle correspond à

---

<sup>159</sup> Boiteux M., (1999), « Services publics : monopole ou concurrence ? », *Commentaire*, n° 88, vol. 22, hiver 1999-2000, pp.893-900.

l'expérience britannique de régulation par des prix plafonds. La fixation de ces *price caps* par Littlechild dans les années quatre-vingt à un niveau excessif, qui eût pour première conséquence de faire exploser les cours des compagnies électriques, illustre la présomption de régulateurs se faisant fort de connaître les coûts des entreprises malgré l'absence de ce mécanisme révélateur que reste le marché. Le troisième modèle se trouvait outre-Rhin. Des sociétés privées jouissaient de monopoles locaux tout en voyant leurs conseils d'administration principalement composés de représentants des collectivités territoriales. Le conseil devait donc jouer le rôle de régulateur. Cependant, l'expérience montra que les représentants des collectivités loin de se faire les partisans des répercussions des gains de productivités dans les prix, préférèrent distribuer ceux-ci pour les consacrer à d'autres usages. Le tarif resta donc assis sur des prix de monopole. Les actionnaires privés, quant à eux, accumulèrent un véritable trésor de guerre, permettant aujourd'hui la diversification des groupes allemands dans d'autres industries de réseaux, comme l'eau. Enfin, Boiteux dégage un quatrième modèle. Le régulateur tarifaire est placé à la tête de l'entreprise avec une mission légale de service public. Il a connaissance de l'ensemble des données nécessaires à la fixation de tarifs Pareto-optimaux. Ce modèle EDF souffre, Boiteux le concède, de deux défauts que sont l'absence de mécanismes incitatifs et d'absence de mécanismes de sanction des gaspillages, comme le montre la boucle tarifs-investissements. Ce modèle de fusion entre l'opérateur, le régulateur, voire la tutelle, peut être légitimé par le fait que les influences politiques qui pesaient sur la firme constituaient un relatif contre-pouvoir représentant plus ou moins fidèlement les consommateurs. Or ce contre-pouvoir, aussi imparfait était-il, disparaît avec l'avènement d'un régulateur indépendant<sup>160</sup>.

Cette typologie peut, dans une certaine mesure, faire écho à notre hypothèse quant à l'existence d'une pluralité de logiques de réglementation.

---

<sup>160</sup> Du Marais B., (2001), « L'Etat à l'épreuve du principe de concurrence : analyse et prospective juridique », Colloque *Politiques et Management Public*, Nice, octobre.

<p style="text-align: center;">CONVENTION DE LA REGLEMENTATION EXTERIEURE</p> <p style="text-align: center;">Fusion du régulateur et du régulé.</p> <p style="text-align: center;">Tarification au coût marginal.</p>	<p style="text-align: center;">CONVENTION DE LA REGLEMENTATION DE SERVICE PUBLIC</p> <p>Régulation allemande : dégagement de rente de monopole (effet pervers).</p> <p>Régulation américaine : régulation par remboursement des coûts.</p>
<p style="text-align: center;">CONVENTION DE LA REGLEMENTATION ABSENTE</p> <p style="text-align: center;">Régulateur indépendant.</p> <p style="text-align: center;">Etablissements de prix plafonds</p>	<p style="text-align: center;">CONVENTION DE LA REGLEMENTATION “AUTRICHIENNE”</p> <p style="text-align: center;">Régulation par le droit commun de la concurrence.</p> <p>Liberté des tarifs et délivrance de subventions ou de bons de consommations (financés par l’impôt) aux consommateurs défavorisés.</p>

La diversité des schémas organisationnels initiaux doit être mise en perspective avec trois types de facteurs pouvant expliquer la pluralité des solutions nationales. Si la France s’est orientée dans la voie d’un monopole national, l’Allemagne de monopoles régionaux et les Etats-Unis de firmes privées régulées, cela peut venir de facteurs historiques (la situation de départ), conventionnels (au sens de la convention de l’Etat) mais aussi purement techniques. En effet, les nations dans lesquelles prévalait la production thermique sont souvent restées à la solution de firmes privées régulées ou de monopoles locaux. A l’inverse, les pays dans lesquels l’électricité est principalement d’origine hydraulique ou nucléaire ont souvent opté pour la solution du monopole national. *In fine*, les économies d’échelle induites par les diverses technologies de production ont eu une forte influence sur la structuration du secteur électrique. Ces facteurs montrent pourquoi la concomitance d’une remise en cause théorique des schémas de régulation classiques et d’une évolution technique (rendant plus efficaces les unités de production décentralisées) peut conduire le secteur à un basculement “conventionnel”, en tout point comparable à celui qu’il a connu en 1946. Le basculement de

la réglementation ne semble pouvoir se réaliser qu'avec la conjonction d'une volonté politique, d'une nécessité technique et d'une controverse théorique.

### II.1.1.2 Contestation de l'efficacité des modèles de réglementation traditionnels

- La critique des prescriptions de l'économie publique traditionnelle

Les arguments en faveur de la déréglementation<sup>161</sup> s'appuient sur la mise en évidence de coûts liés à la réglementation publique. Ceux-ci rendraient illusoire la correction des défaillances de marché. Le coût de l'intervention publique est considéré comme supérieur aux éventuels gains en terme de bien être résultant de celle-ci. Pour les néoclassiques, le décideur public ne dispose pas des données et des capacités nécessaires pour maximiser le bien être social. Ils mettent l'accent sur le fait que le régulateur et les entreprises régulées ne se comportent pas comme des agents économiques transparents, dépourvus de fonction d'utilité propre.

Dès 1946, Ronald Coase<sup>162</sup> s'était opposé à la solution de la réglementation étatique des monopoles naturels. La réglementation lui semblait inutile du fait de l'existence de solutions purement privées. La première de celles-ci est la discrimination parfaite par les prix. La discrimination permet à la fois de maximiser le profit du producteur et le surplus collectif. Deux problèmes se posent cependant. Le premier a trait à la praticabilité d'une discrimination parfaite. Le second concerne les effets de transferts de surplus entre les agents économiques. Si l'optimum de premier rang pouvait être atteint en pure théorie, des problèmes de répartition ne manqueraient pas de se poser ensuite. La seconde solution proposée par Coase préfigure sa théorie du coût social<sup>163</sup>. Dans l'hypothèse d'une nullité des coûts de transactions, il considère qu'une négociation directe entre le producteur et ses clients peut conduire à une solution préférable à l'intervention publique.

D'autres facteurs de blocage peuvent apparaître dans la réglementation étatique à l'exemple des comportements stratégiques des firmes réglementées et des défauts du régulateur. Les comportements stratégiques dans un contexte réglementaire peuvent tout d'abord émaner des

---

<sup>161</sup> Winston C., (1993), «Economic deregulation : days of reckoning for micro economists », *Journal of economic literature*, volume XXXI, number 3, September, pp.1263-1289

<sup>162</sup> Coase R., (1946), «The marginal cost controversy », *Economica*, n° 13, pp.169-182.

<sup>163</sup> Coase R., (1960), «The problem of social cost », *Journal of Law and Economics*, n° 3, pp.1-44.

firmes. Dans une régulation de type “coût du service” (*cost of service*), il est de l’intérêt bien compris de la firme d’investir plus que ce qui est socialement nécessaire<sup>164</sup>. La réglementation provoque une distorsion dans les préférences de la firme qui induit une inadéquation entre le niveau d’investissement optimal socialement et celui qui maximise les profits de la firme. D’autres approches dénoncent l’inefficacité voire la nocivité de l’intervention publique. Dans un cas, elle représente un coût brut (les coûts de réglementation). Elle serait incapable de corriger le comportement spontané de la firme pour le faire concorder avec l’allocation optimale<sup>165</sup>. Dans le second, elle serait à l’origine de comportements encore plus sous optimaux<sup>166</sup>. Le coût de la défaillance de marché est alors moindre que la somme des coûts de réglementation et des distorsions liées aux comportements stratégiques des firmes par rapport à celle-ci<sup>167</sup>.

L’inefficience du contrôle public et de toute régulation est parfois imputée au comportement du régulateur<sup>168</sup>. Dans cette optique, il n’est pas un agent économique transparent. L’hypothèse de transparence suppose que le régulateur soit doté pour seule fonction d’utilité d’une fonction de bien être social qui lui est extérieure et qui apparaît comme incontestable. Le régulateur est souvent capturé par des groupes de pression d’autant plus efficaces qu’ils sont compacts et homogènes. Les perdants de la réglementation sont les groupes diffus et nombreux numériquement à l’instar des contribuables ou des consommateurs<sup>169</sup>. Selon la théorie des choix publics, la politique de réglementation serait le lieu d’arbitrage quant à la répartition de rentes entre les groupes d’intérêts organisés et non le lieu de correction des défaillances de marché<sup>170</sup>. D’autres résultats de l’école de Chicago portent sur les phénomènes de capture du régulateur par les firmes régulées, notamment pour les cas où le régulateur finit

---

<sup>164</sup> Averch H. et Johnson L., (1962), « Behaviour of the firm under regulatory constraint », *American economic review*, 52, December, pp.1052-1069.

<sup>165</sup> Stigler G. et Friedland C., (1962), « What can regulators regulate ? The case of electricity », *Journal of law and economics*, 5, October, pp.1-16.

<sup>166</sup> Meyer J. et alii., (1959), *The economics of competition in the transportation industries*, Cambridge Ma., Harvard University Press.

<sup>167</sup> Kirzner I., (1978), « Government regulation and the market discovery process » in *Perils of regulation : a market process approach*, University of Miami, School of law, Coral Gables, FL, section IV, pp.13-19.

<sup>168</sup> Stigler G., (1971), « The theory of economic regulation », *Bell journal of economics*, 2, spring, pp. 3-21.

Peltzman S., (1976), « Toward a more general theory of regulation », *Journal of law and economics*, 19(2), august, pp.211-40.

Becker G., (1983), « A theory of competition among pressure groups for political influence », *Quarterly journal of economics*, 98(3), august, pp.371-400.

<sup>169</sup> La logique est celle des paradoxes de l’action collective de Mancur Olson.

<sup>170</sup> Peltzman S., (1989), « The economic theory of regulation after a decade of deregulation », *Brookings paper econ act., microeconomics*, pp 1-41.

par identifier l'intérêt public à celui des firmes de son ressort<sup>171</sup>. L'examen de notre base de données jurisprudentielle (chapitre IV) nous permettra de revenir sur la validité de cette analyse.

Dans ce cadre, certains défendent une solution reposant sur l'absence de toute réglementation. Ceux-ci comparent les coûts de la réglementation avec ceux liés aux inefficiences productives des défaillances de marché. Il s'agit tout d'abord de s'interroger sur les coûts liés à l'existence de tels monopoles, puis sur leur immuabilité dans le cadre de changements techniques très marqués. Quand bien même des économies d'échelle sont présentes<sup>172</sup>, le foisonnement de produits lié à la concurrence peut apporter plus de bien être qu'un régime monopolistique. Il faut supprimer la réglementation, dès lors que les coûts de réglementation sont supérieurs ou égaux à la somme des coûts de déréglementation et de la perte sèche résultant de la défaillance du marché. Par exemple, l'abandon de réglementation de type coût du service va conduire les firmes à redimensionner de façon optimale leur outil productif et donc d'éliminer les inefficiences de type surcapitalisation. Au-delà de cette conséquence du modèle d'Averch et Johnson, il est possible de déduire des conclusions de l'école de Chicago le fait que l'abandon de la réglementation induise des gains d'efficience, dans la mesure où les stratégies de recherche de rentes des groupes d'intérêts deviendront sans objet. D'autre part, la dérégulation est censée améliorer le bien être collectif dans la mesure où l'abandon d'une réglementation est logiquement suivi de celui des investissements rendus rentables par celle-ci et qui donc n'ont plus lieu d'être dans un environnement concurrentiel.

- La nécessité de repenser les cadres réglementaires

L'insuffisance des prescriptions de l'économie publique classique provient selon Laffont, Tirole<sup>173</sup> de la non-prise en compte des situations d'information incomplète et / ou asymétrique. Ces situations correspondent aux cas dans lesquels tous les individus n'ont pas un accès identique à l'ensemble des informations relatives à la transaction elle-même et aux caractéristiques des transactants. L'introduction de la théorie de l'information dans le domaine de la réglementation s'est donc faite à partir des résultats obtenus dans l'économie

---

<sup>171</sup> Kahn A., (1971), *The economics of regulation : principles and institutions*, NY, John Wiley.

<sup>172</sup> Rappelons que la présence d'économies d'échelle n'est pas un critère suffisant pour conclure à la présence d'un monopole naturel.

<sup>173</sup> Pour une synthèse voir Boyer.

Boyer M., (1995), «La réglementation incitative», *Cahiers du Centre Inter-universitaire de recherche en analyse des organisations* (CIRANO), n° 95c-1, février, Montréal, 26p.

des organisations et notamment la théorie de l'agence. Ces nouveaux apports vont se cristalliser autour de la contestation des réglementations des services publics assises sur le principe de remboursement des coûts ou taux de rendement.

Appliquées au cas de la production électrique, ces critiques peuvent se résumer de la façon suivante<sup>174</sup>. D'une part, il n'existerait pas d'incitation à l'efficacité productive. De la même façon, le caractère intégré de l'opérateur historique est vu comme un facteur d'opacité quant aux coûts et aux affectations des surplus. De la même façon, il n'existe pas de mécanismes suffisants, susceptibles de contrarier les tendances au surinvestissement ou les choix d'investissements par trop capitalistiques<sup>175</sup>. Dernier grief à l'encontre du modèle du monopole public, les perturbations d'ordre politique ou les problèmes de pluralité des principaux liés à la celle des tutelles et à leurs objectifs multiples et parfois contradictoires.

### II.1.1.3 Contestation du caractère Pareto-améliorant des investissements des entreprises publiques

L'expérience d'EDF autour des choix d'investissements se fit par la "note bleue" de 1953. Celle-ci se proposait de définir un critérium rationnel pour l'investissement public. Cette solution pratique ne doit pas cependant occulter les difficultés de définition d'un critère de choix inter temporel public<sup>176</sup>. L'approche des choix publics distingue deux types de décision. Les premières, lesquelles se rapprochent des décisions des agents privés, sont dites de type individualiste. Les secondes, qui visent à réaliser des objectifs irréductibles à des préoccupations d'ordre privé, sont dites décisions de type paternaliste. La logique individualiste vise à offrir aux citoyens ce qu'ils veulent vraiment. A l'inverse, l'approche paternaliste leur offre ce qu'ils devraient vouloir. Nous avons donc d'une part un gouvernant qui ambitionne de construire la fonction de préférence collective et de la maximiser, et d'autre

---

<sup>174</sup> Finon D., (1997), «La concurrence dans les industries électriques : l'efficacité au prix de la complexité réglementaire ? », *Cahier de recherche IEPE*, n°12, mars, 29p.

<sup>175</sup> « *Ce modèle ne favorise qu'un type de trajectoire technologique d'unités capitalistiques de grande taille selon un mécanisme d'auto-renforcement ayant des effets d'exclusion vis-à-vis des unités de production dite "distribuée" [cogénération] ou des unités divisibles et moins capitalistiques [cycle combiné à gaz] susceptibles d'accroître la flexibilité de l'offre sur le marché* ».

Finon (1997), *Ibid.*

<sup>176</sup> Hirshleifer J, (1989), « Investment decision criteria. Public decision », working paper 571, UCLA Dept. of Economics, august, 12 p.

part un gouvernant visant, dans une approche normative (et donc extérieure) à définir et à réaliser une fonction de bien être social. Les décisions d'investissement de type individualistes reposent sur l'hypothèse que les prix de marchés sont de bons indicateurs des préférences collectives. L'investissement public doit maximiser la valeur actuelle nette des flux de fonds que celui-ci apporte aux citoyens et ce au taux du marché. Les prix relatifs traduisent fidèlement les préférences collectives et donc, dans cette optique, n'ont pas à être remis en cause par le décideur public. Les imperfections du marché ne sont donc pas prises en compte par cet Etat absent dont l'objectif est de se rendre neutre et transparent.

#### - Le choix d'investissement

La question centrale dans la problématique de l'investissement public reste cependant celle de la recherche du taux d'escompte collectif optimal, c'est-à-dire le taux de préférence inter-temporel. Nous pouvons confronter les deux approches concurrentes selon ce critère. Dans l'approche du taux marginal d'opportunité, l'optimum social est réalisé quand le taux marginal de rendement des investissements publics réalisés par le gouvernement est égal au taux de rendement privé réalisé par chaque citoyen sur le marché. Derrière l'analyse en terme de taux d'intérêt préférentiel, nous retrouvons la logique du modèle EDF. Il s'agit donc du modèle de l'Etat extérieur, dictateur omniscient et bienveillant. Trois types d'arguments peuvent être avancés pour soutenir cette option. En terme de rendement exigé, elle favorise l'investissement public sur l'investissement privé. Le premier argument favorable à cette approche réside en l'excessive préférence pour le présent des agents individuels (leur myopie). De la même façon, comme nous l'enseignent les modèles à générations imbriquées appliqués au problème des retraites, les générations présentes ne sont pas enclines à réaliser une allocation inter-temporelle optimale par rapport aux générations futures, lesquelles bien sûr n'ont pas le droit de vote et ne peuvent donc peser sur les choix collectifs. Enfin, la prise en compte des imperfections de marché peut conduire le gouvernant à refuser le taux d'intérêt comme révélateur non biaisé de l'arbitrage inter-temporel collectif. Au final, l'approche d'un taux d'escompte public défini par le calcul économique repose sur l'hypothèse selon laquelle les mécanismes spontanés de marché découragent les investissements de long terme.

Certains s'opposent radicalement à ces hypothèses. D'une part, rien ne garantit que si les agents sont incapables de former des choix optimaux sur le long terme à travers les mécanismes de marché (i.e. leurs préférences économiques), ceux-ci en soient capables à

travers leurs choix électoraux (préférences politiques). Le cœur de la contestation va donc se porter sur la possibilité de mener des politiques optimales de second rang pour la puissance publique.

La prise en compte de biais dans les préférences inter-temporelles permet de rendre compte de l'opposition entre les politiques de premier et de second rang. Dans le schéma de l'Etat extérieur (politique publique optimale issue des prescriptions de l'économie du bien être ou de la théorie du rendement social), la fiscalité pourrait permettre à l'économie d'atteindre l'optimum de premier rang en pesant sur les arbitrages inter-temporels privés. A l'inverse, dans une optique de second rang, l'action publique vise à accroître l'investissement public en lui appliquant un taux d'intérêt préférentiel. Cependant la perte de bien être conséquente à l'action publique, peut rendre cette solution de second rang inférieure à la solution spontanément obtenue en cas de non-intervention. En effet, l'adoption par le gouvernement, d'un taux d'escompte préférentiel pour les projets publics va conduire à l'éviction de projets privés dont le rendement interne est supérieur. Il est donc possible que la perte économique supportée soit supérieure au gain économique de la correction de l'imperfection de marché constituée par une excessive préférence pour le présent<sup>177</sup>. Au final, le choix collectif se situerait à l'intérieur de la frontière des possibilités de production de l'économie et ce faisant serait dominé par l'équilibre spontané du marché (quand bien même celui-ci ne serait pas optimal du fait de la part excessive de la part de la consommation présente sur la consommation future observée à l'équilibre).

#### - La détermination du taux d'actualisation

Il convient de tenir compte de la mutualisation des risques assurée par l'investissement public. Pour les tenants de la convention de l'Etat absent, le marché est capable de déterminer un taux d'intérêt particulier pour chaque profil de risque existant. L'approche de l'Etat extérieur se fonde, elle, sur la prémisse selon laquelle le taux d'intérêt appliqué aux choix de la puissance publique sera inférieur aux taux privés. Ceci s'expliquerait par une plus grande aversion vis-à-vis de risques séparés. Le risque collectif étant inférieur à l'agrégation des risques privés<sup>178</sup>, il

---

<sup>177</sup> En d'autres termes, les choix spontanés tels qu'ils sont agrégés par les mécanismes de marché ne conduiraient pas la collectivité à se positionner sur la courbe de choix inter-temporel la plus efficace.

<sup>178</sup> Imaginons les comportements de passagers clandestins pouvant grever la rentabilité d'un investissement dans un bien non totalement rival et excluable ou le sous-investissement privé pouvant survenir en recherche fondamentale du fait de la non réappropriabilité totale des retombées des investissements. Songeons donc au

serait légitime que le taux d'escompte appliqué soit inférieur. “ *One can look at much of government as primarily a device for mutual reinsurance. General Motors can borrow at a lower rate than America because it is a pooler of more independent risks. It would be absurd for G.M. to apply the same high risk-interest discount factor to a particular venture that A.M. must apply. The same holds for We Inc. which is a better pooler of risks than even G.M*<sup>179</sup> ”.

Cette analyse est parfois rejetée du fait que des investissements publics, comparativement moins efficaces, viendraient à évincer des investissements privés plus efficaces. La contestation se fonde sur une prétendue confusion faite autour du concept de mutualisation. Celle-ci peut signifier soit l'étalement du risque, soit son annulation par compensation. Tous les risques sociaux n'étant pas directement antagonistes, une mutualisation ne peut suffire à les annuler. A l'instar des marchés financiers<sup>180</sup>, il existe un risque social systémique irréductible. Il est aussi reproché à l'action publique son incapacité à réduire le risque social *per capita*. Les cas pour lesquels la mutualisation des risques (permettant leur compensation ou leur étalement) est possible, sont réalisés spontanément par les mécanismes de marché. “ *By means of portfolio diversification on the part of consumers, all of the economy's averaging possibilities are brought to bear on each production decision. Thus... large firms have no pooling advantages over small firms, nor does the government have an advantage over private business*<sup>181</sup> ”.

Trois autres arguments sont avancés par l'école des choix publics:

- Ce n'est pas parce que le gouvernement peut emprunter à un taux inférieur que le risque de l'investissement public est inférieur. Le risque est en fait reporté sur les citoyens-contribuables.
- Le risque mutualisé par l'investissement public n'est pas reporté et réparti uniformément sur la population.
- Aucune structure allocative, que ce soit le marché ou le gouvernement, ne peut annuler le risque social systémique *per capita*.

---

final à toutes les situations dans lesquelles le rendement public d'un investissement est supérieur à son rendement privé.

<sup>179</sup> Samuelson P.A., (1964), « Principles of efficiency – discussion », *American Economic Review*, 54, may, pp. 93-96.

<sup>180</sup> Nous nous référons au modèle d'équilibre des actifs financiers (MEDAF).

<sup>181</sup> Diamond P.A., (1967), « The role of a stock market in a general equilibrium model with technological uncertainty », *American Economic Review*, 58, September, pp.759-776.

De ces critiques, plusieurs prescriptions quant à la question de l'investissement public peuvent être dérivées. Le taux d'escompte public se doit d'être le taux marginal d'opportunité pour lequel les citoyens-contribuables égalisent leurs taux de rendement pour leurs investissements privés et leurs investissements collectifs réalisés à travers le gouvernement. L'adoption d'un taux d'escompte public, inférieur au taux de marché, résultant du calcul économique part de l'idée que des imperfections de marché conduiraient les agents à une préférence excessive pour le présent. Dans cette convention de l'Etat extérieur, l'Etat, dictateur omniscient et omnipotent, peut se substituer à des mécanismes de marché pour permettre à la collectivité d'atteindre l'allocation optimale. Cependant cette intervention ne peut conduire, au mieux, qu'à un optimum de second rang. L'éviction de projets d'investissement privés, va ramener l'économie à l'intérieur de la frontière des possibilités de production (perte de surplus). Au final, la recherche de l'optimum de second rang, via la distorsion des préférences individuelles, est rejetée dans la mesure où les gains de celle-ci, issus d'une meilleure allocation inter-temporelle des biens, sont plus que contrebalancés par la perte de bien être social suscitée par l'élimination de projets plus efficaces.

#### II.1.1.4 La dénonciation des coûts de réglementation

La mise en évidence du coût social de la réglementation et plus généralement de l'action publique, est l'une des voies privilégiées pour contester l'efficacité de la convention de la réglementation extérieure. Si son coût était supérieur à celui des défaillances de marché, elle ne saurait se justifier.

De nombreuses études ont été menées en vue d'évaluer le coût économique de la réglementation. Nous nous appuyons ici sur une revue de littérature de Gagné, Lanoie, Michaud et Patry<sup>182</sup>. Ceux-ci distinguent, suivant en ceci l'*Office of Management and Budget*<sup>183</sup> américain, trois types de réglementation<sup>184</sup>. La première forme de réglementation est la réglementation économique. Il s'agit de la réglementation des prix, des salaires, des profits, de l'entrée et de la sortie des firmes d'un marché. Les auteurs citent comme exemples

---

<sup>182</sup> Gagné R., Lanoie P., Michaud P.-C. et Patry M., (2001), « Les coûts de la réglementation : une revue de littérature », Cirano, cahier de recherche, série scientifique, 2001s-55, Montréal, octobre, 55p.

<sup>183</sup> Office of Management and Budget, (2000), « Report to Congress on the costs and benefits of federal regulations », Tech. Rep. *OMB report to Congress*, Washington D.C., January.

<sup>184</sup> Les auteurs proposent une notion de *fardeau administratif global* associé à la réglementation dont la valeur est égale aux coûts cumulés des trois réglementations.

le salaire minimum, la réglementation des monopoles naturels et la législation anti-trust. Deux autres sortes de réglementation peuvent être citées. Il s'agit d'une part, de la réglementation administrative et d'autre part, de la réglementation sociale. L'une correspond à l'activité étatique elle-même, à l'instar de la fiscalité. L'autre recouvre l'ensemble des réglementations relatives à la protection sociale, à la sécurité et au fonctionnement du marché du travail. La première forme de réglementation recouvre la régulation des industries de réseau qui nous préoccupe ici. Il s'agira donc de présenter les analyses en terme de coût / avantage des dispositifs réglementaires encadrant le secteur de l'électricité.

La réglementation économique<sup>185</sup> est nécessaire dans deux situations. Elle vise à améliorer l'efficacité économique globale en corrigeant les imperfections de marché telles la gestion des externalités, l'approvisionnement en biens publics, la régulation du monopole naturel ou la gestion des situations d'informations fortement incomplète ou asymétrique. Le second volet d'intervention recouvre le souci de renforcer l'équité de la distribution des revenus et ressources. A la réglementation économique incombe de corriger les imperfections de marché responsables de la non-atteinte de l'allocation de concurrence pure et parfaite. A la fiscalité incombe d'assurer une redistribution des revenus socialement souhaitable. A l'inverse, la théorie du service public et l'approche de la réglementation réflexive ambitionnent de gérer conjointement ces deux objectifs.

La plupart des études se proposant d'évaluer les coûts de réglementation reposent sur des analyses coût-bénéfice. Ces approches visent à évaluer si l'application d'une politique apporte plus de gains en bien-être que les coûts que sa mise en œuvre induit. Les gains sont évalués en terme de surplus et / ou convertis en termes monétaires. Cette démarche comporte quatre étapes :

- l'établissement d'une situation de référence (celle-ci ne correspond pas à la situation avant la réglementation, mais à une situation hypothétique dans laquelle la réglementation aurait été inexistante. Il est nécessaire de tenir compte du fait que l'existence d'une réglementation modifie le niveau d'exigence des agents (*raising baseline*). Il est possible d'utiliser à cette fin des méthodes d'analyses statistiques,

---

<sup>185</sup> Il convient de garder à l'esprit la distinction faite en introduction entre régulation et réglementation.

- l'identification des coûts et des avantages (il est à noter que certains auteurs assimilent tout transfert à un coût, lié à la recherche de rente). Jaffe<sup>186</sup> distingue deux types de coûts de réglementation,

Typologie des coûts de réglementation	
Coûts directs	Coûts indirects
Administration de la réglementation	Substitution des intrants
Coûts de surveillance	Investissements découragés
Coûts de contrôle	Innovations retardées
Coûts de conformité	Chômage
Coûts en capital	Capital non-réutilisable
Coûts d'opération	Productivité
Coûts de transaction	Perte de l'esprit d'entreprise
	Croissance économique
	Compétitivité extérieure

- l'évaluation en termes monétaires des coûts et des avantages (évaluation en terme de coût d'opportunité),
- l'actualisation.

Plusieurs méthodes sont disponibles pour procéder à de telles évaluations. Il est possible de recourir à des enquêtes directes, à des méthodes dites d'ingénierie<sup>187</sup> ou à des modèles mathématiques ou économétriques. Ces méthodes permettent d'isoler la composante de coût qui est attribuable à la réglementation. Elles furent mises en œuvre pour évaluer les coûts induits par le *Clean Air Act* de 1990.

L'une des premières études détaillées réalisée sur les coûts de la réglementation fut celle de Hahn et Hird en 1991<sup>188</sup>. Elle se proposait d'évaluer le *fardeau réglementaire global*. Les auteurs se sont attachés à calculer les coûts directs suscités par la réglementation pour l'année

<sup>186</sup> Jaffe A.B., Paterson R., Portney R. et Stavins R., (1995), « Environmental regulation and the competitiveness of U.S. manufacturing : what does the evidence tell us ? », *Journal of Economic Literature*, vol 33, n°1, pp.132-163.

<sup>187</sup> Les méthodes d'ingénierie sont utilisées pour mesurer le coût de mise en conformité d'une entreprise avec une réglementation donnée. Elles sont par exemple mises en œuvre par le *Bureau of Labor Statistics* américain.

<sup>188</sup> Hahn R. et Hird J., (1991), « The costs and benefits of regulation : review and synthesis », *Yale journal on regulation*, vol 8, n°1, hiver, pp. 233-277.

1988. Le principal problème de cette première analyse est la non prise en compte pure et simple de la réglementation bancaire et celle du secteur électrique. Le coût de la réglementation est évalué par les auteurs entre 5.96 % et 7.33 % du PIB américain en 1988. Sans les transferts, ce coût s'établirait entre 2.48 % et 3.1%. Leur évaluation des avantages induits les amène à évaluer l'effet net de la réglementation entre - 1.46 % et + 0.55 % du PIB. Cependant, l'un des chiffres présentés par les auteurs nous apparaît aberrant. Les avantages induits par la réglementation économique seraient... négligeables. Cette évaluation a été complétée par Hopkins en 1992 et en 1996<sup>189</sup>. Hopkins part du principe que les coûts de réglementation mis en évidence par Hahn sont à minorer dans la mesure où son étude s'est faite avant la vague de déréglementation américaine. Il intègre à ses calculs plusieurs domaines négligés par Hahn, dont le secteur électrique.

	1988	1995	2000
Réglementation Economique	92.25	85.5	82.13
Coût total de la réglementation	617.63	751.5	811.13

Evaluation des coûts de la réglementation (en milliards de \$ 2000)

Cette méthode a été reprise par l' *Office of management and budget*. Ce dernier doit présenter au Congrès depuis 1996<sup>190</sup>, une analyse de type coût-avantage de la réglementation en vigueur aux Etats-Unis. Cette innovation dérive de l' *executive order 12886* du Président Clinton. Celui-ci exigeait que toute réglementation importante s'accompagne d'une évaluation d'impact. La méthodologie de l'OMB souffre des mêmes insuffisances que les précédentes, notamment pour ce qui est de la mesure de l'impact de la réglementation économique. Par exemple, la déréglementation des télécommunications et des services bancaires est censée procurer un gain de 10 milliards de \$, sans que ce chiffre ne soit jamais justifié. Quant à la réglementation économique, force est de s'interroger sur les raisons de son existence, dans la mesure où l'OMB ne lui accordait aucun bénéfice en terme de bien être en 1997 ! Son coût étant évalué à 77.96 milliards de \$, l'absence de dérégulation totale est un non-sens. Ce résultat est à comparer avec une étude de l'OCDE qui chiffrait les gains de la

<sup>189</sup> Hopkins T.D., (1996), «Regulatory costs in profile », *Policy study*, Center for the study of American business, Saint Louis, august.

<sup>190</sup> Amendement de l'*Omnibus consolidated act*

déréglementation à 91 milliards aux Etats-Unis<sup>191</sup>. Résultat surprenant, l'OMB, dans son rapport au Congrès de janvier 2000, fait l'hypothèse d'une négligeabilité des coûts de réglementation économique aux Etats-Unis....

Les conclusions à tirer de ces études résident principalement dans le caractère fluctuant et sans doute parfois partisan des diverses évaluations. En outre, le basculement de la convention de la réglementation extérieure vers celle de la réglementation absente, n'induit pas, comme nous le verrons, la réduction des coûts de réglementation. La dérégulation ne s'accompagne que très rarement d'une déréglementation<sup>192</sup>. Il s'agirait d'ailleurs souvent d'une sur-réglementation, dont le caractère transitoire fait débat.

#### II.1.1.5 La propriété publique remise en question

La question des coûts de la réglementation fait souvent écho à la disparition de la régulation appliquée aux industries de réseau. La problématique des privatisations se rattache à la disparition de la propriété publique de groupes tels EDF. Bien que le débat sur la privatisation ne soit pas un élément central de la libéralisation portée par les directives européenne, il n'en conserve pas moins tout son intérêt. Il interroge en effet la place de l'Etat dans l'économie. Il constitue à ce titre un élément central du basculement conventionnel.

- Le traitement traditionnel de la propriété publique par l'analyse économique

Au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, la nationalisation de certaines entreprises de réseau sonna le glas de pratiques régulatrices fondées sur une régulation indépendante et sur l'encadrement administratif<sup>193</sup>. Celles-ci ne se sont maintenues qu'au Japon et en Amérique du Nord<sup>194</sup>. Dans des secteurs caractérisés par des défaillances de marché, le contrôle direct de la puissance publique semblait plus à même de restaurer l'optimalité

---

<sup>191</sup> OCDE, (2000), « Analyse comparative de l'environnement réglementaire des entreprises. L'enquête internationale de l'OCDE (PUMA) auprès des entreprises », Tech. Rep., Paris, juillet.

<sup>192</sup> En d'autres termes, il s'agit plus de la substitution d'une réglementation à une autre qu'une suppression de celle-ci.

<sup>193</sup> Gönenç R., Maher M. et Nicoletti G., (2000), « Mise en place et effets de la réforme de la réglementation : leçons à tirer et problématique actuelle », *Revue économique de l'OCDE*, n° 32, 2000/1.

<sup>194</sup> Les mécanismes de régulation mis en place aux Etats-Unis durant la majeure partie du vingtième siècle se caractérisaient par la faiblesse des mécanismes incitatifs déployés. En effet, des mécanismes de remboursement des coûts étaient préférés à des plafonds de prix pour diminuer l'intérêt des firmes à capturer le régulateur.

allocative et productive. Le mouvement de privatisation s'amorça dès les années quatre-vingt. Il peut être expliqué par deux mouvements de fonds, significatifs d'un changement de convention de l'Etat.

Le premier tire ses racines des conclusions des théories des droits de propriétés et des choix publics. Suivant celles-ci, la propriété publique ne se justifie que dans des situations réunissant trois conditions, dont certains arguent qu'elles ne sont plus réunies :

- la qualité du produit est inobservable et ne peut être contrôlée *a posteriori*,
- les innovations de produits et de procédés seront résiduelles ou à l'inverse seront radicales,
- la concurrence s'exerçant au niveau des choix des consommateurs est faible et les effets réputationnels marginaux.

Le second facteur à l'origine du mouvement de privatisation est la prise en compte des mécanismes incitatifs à l'œuvre dans les firmes privées pouvant être à l'origine d'une efficacité supérieure de ces dernières. La pression des contrôles internes et externes pesant sur les dirigeants des firmes constituerait un meilleur aiguillon vers l'efficacité que la tutelle publique, marquée par des interférences politiques. Les réflexions sur les droits de contrôles et les droits résiduels sont ici primordiales.

Pour une critique libérale de l'action publique, l'existence d'un secteur public peut s'expliquer par la conjonction de trois phénomènes<sup>195</sup>. Le premier serait une propension "naturelle" et spontanée de l'Etat à envahir la sphère privée. Le second tiendrait aux circonstances historiques particulières des années trente et de l'après-guerre, lesquelles auraient fourni une fenêtre d'opportunité d'immixtion à l'Etat dans l'économie. Enfin, le dernier argument repose sur une interprétation par trop maximaliste de l'intervention réglementaire<sup>196</sup>. La privatisation provient, *a contrario*, de la survenance de la crise budgétaire et de la double révélation de l'incapacité de l'Etat à être un moteur de la croissance et des défaillances de l'intervention publique. On observerait donc une convergence des résultats des théories des incitations, de l'agence, des droits de propriété, de la réglementation

---

<sup>195</sup> Vaté M., (2001), « privatisation », in Jessua C., Labrousse C., Vitry D. et Gaumont D. (s.d.), *Dictionnaire des sciences économiques*, PUF, Paris, 1054 p.

<sup>196</sup> Choix de l'entreprise nationalisée plutôt que de la firme régulée, à l'instar des expériences électriques françaises et américaines.

et des choix publics pour récuser la légitimité et l'efficacité de l'intervention directe des pouvoirs publics.

Les défaillances de l'Etat seraient de trois ordres. Il s'agirait de défaillances d'évaluation (des opportunités et des coûts), des défaillances d'allocation (inefficacité des emplois) et des défaillances de représentation (problème du choix social). La propriété publique serait de la même façon à l'origine de plusieurs effets d'éviction. Outre l'éviction des ressources par rapport aux activités concurrentielles, il est posé comme démontré que la gestion publique est moins efficace que la gestion privée. Un dernier effet d'éviction est souligné, celui induit par la couverture des déficits publics engendrés par la propriété étatique. Outre le fait, que la survenance de ceux-ci n'a rien d'inévitable, il est à noter que le déficit d'une firme tarifant son produit au coût marginal est systématique dès lors qu'elle opère dans un secteur à rendements croissants. La seule différence est que toute firme privée souhaitant adopter une tarification optimale est alors condamnée à la faillite. Il s'agit ni plus ni moins d'une défaillance du marché et en aucun cas d'une défaillance de l'Etat. D'ailleurs, la solution à ce déficit systématique a été développée au sein d'un monopole public mettant en œuvre une tarification au coût marginal. La théorie de l'optimum de second rang naquit des travaux de Marcel Boiteux pour éviter le subventionnement de l'entreprise publique par le budget général<sup>197</sup>. Il est cependant vrai que la gestion publique est rendue beaucoup plus difficile par le caractère multiple, fragmenté et parfois contradictoire de la tutelle publique. De la même façon, le manque de transparence lié à la propriété publique est dénoncé. L'Etat "prédateur" peut être tenté de détourner les rentes de monopoles à des fins diverses. Il est vrai que cela fut parfois la pratique de l'Etat vis-à-vis de firmes telles France Télécom.

---

<sup>197</sup> Boiteux M., (1956), *op. cit.*

Notons que la tarification de type Ramsey-Boiteux (qui consiste à appliquer des péages additionnels au coût marginal inversement proportionnels à l'élasticité prix des consommations afin que les recettes couvrent les coûts) n'a jamais été réellement mise en œuvre. Cela tient d'une part, à des raisons d'équité (ce sont les usagers captifs qui auraient supporté les péages maximaux) et d'autre part, aux circonstances historiques. En effet, l'inflation qui sévissait en France depuis la seconde guerre mondiale érodait tellement les charges d'intérêts qu'il ne fut pas nécessaire de mettre en œuvre une tarification optimale de second rang.

Entretien avec Marcel Boiteux, Fondation EDF, Paris, mai 2001.

Notons cependant, en accord avec Vaté, qu'il existe un dilemme entre la maximisation du surplus collectif et la minimisation des charges liées au déficit pour les contribuables. Il n'en demeure pas moins qu'il existe une solution optimale donnée par la théorie économique. Il s'agit d'une tarification au coût marginal et de la couverture des déficits par des impôts non distortifs (par exemple des impôts forfaitaires). Les ressources publiques ayant un coût (le  $\lambda$  de Jean-Jacques Laffont) et l'impôt forfaitaire étant inacceptable politiquement (cf. la Poll Tax de Margaret Thatcher), la solution optimale de second rang permet de concilier au mieux ces deux objectifs non réellement contradictoires l'un avec l'autre.

L'un des arguments évoqués pour appuyer la nécessité de privatiser les entreprises publiques réside dans le risque d'abus de position dominante vis-à-vis des entreprises opérant dans le champ concurrentiel. Les entreprises publiques peuvent adopter des stratégies de prédation via des subventions croisées provenant du segment captif. Il nous apparaît néanmoins (comme en atteste l'expérience de la dérégulation du secteur électrique) que ce risque n'est pas propre aux entreprises publiques mais concerne toute entreprise régulée qui détient un pouvoir de monopole sur un segment de marché donné. Le second risque est de voir l'entreprise monopolistique s'attaquer à d'autres produits que celui qu'elle livre à ses clients captifs. L'entreprise publique peut être détentrice d'une infrastructure essentielle dont elle pourrait priver ses concurrents de l'usage ou leur accorder dans des conditions discriminatoires. Nous verrons que ces arguments sont au cœur de l'action du Conseil de la Concurrence. Il n'en demeure pas moins que la situation concurrentielle de l'opérateur historique importe beaucoup plus que sa nature juridique.

- L'analyse des privatisations dans les industries de réseau pour la nouvelle économie publique

### *Le traitement de la propriété publique par la nouvelle économie publique*

La nouvelle économie publique s'attache aussi au choix de la propriété publique ou de la régulation d'une entreprise privée. Le critère repose toujours sur la maximisation du bien être social. Pour Laffont et Tirole, d'éventuelles différences de performances entre les deux types de propriété ne peuvent venir que de la différence des arrangements institutionnels et des systèmes d'incitations<sup>198</sup>. Un premier handicap de la propriété publique peut venir du fait que les responsables peuvent être conduits à réaliser des investissements sous-optimaux pour satisfaire des objectifs autres que ceux de l'intérêt social de la firme. Les responsables de la firme publique peuvent aussi craindre d'être expropriés de leurs investissements. Symétriquement, un des handicaps de la propriété privée pour les entreprises de réseau tient au fait que le dirigeant de l'entreprise se trouve dans une situation à deux principaux. Il doit satisfaire à la fois aux objectifs de l'actionnaire et à ceux du régulateur. Ceux-ci étant par nature divergents, un problème d'incitations se pose. Dans une relation d'agence à plusieurs

---

<sup>198</sup> Laffont J.J. et Tirole J., (1993), *A theory of incentives in Procurement and Regulation*, The MIT Press, Cambridge, MA., 705p.

principaux, les incitations se diluent<sup>199</sup>. Cette situation explique en grande partie les faibles performances des entreprises régulées aux Etats-Unis. Laffont et Tirole montrent que, techniquement, la multiplicité des principaux introduit autant d'inefficiences productives que deux monopoles consécutifs dans une même chaîne de production. Pour résoudre cette inefficience, la théorie des contrats prescrit la fusion des deux entités. Du fait de l'incomplétude des contrats, le gouvernement ne peut conduire l'entreprise à s'engager dans des obligations détaillées et ne peut lui-même s'engager sur sa conduite future vis-à-vis de l'entreprise et vis-à-vis de ses propres mandants. La difficulté est alors commune aux entreprises publiques et privées. Une firme privée souffre cependant moins de ce risque dans la mesure où il est plus facile de faire converger les intérêts des managers et des actionnaires. Le risque d'expropriation de ses investissements par les actionnaires est plus faible.

Ainsi trois solutions sont présentes pour les firmes de réseau : à savoir les nationaliser, les réguler ou les laisser sans régulation. Deux types de contrôles sont à prendre en considération. Le contrôle externe porte sur les liens entre la firme et son environnement. Au niveau des consommateurs, les prix, la qualité et la gamme des produits peuvent être évalués. Au niveau des concurrents, le contrôle peut porter sur la possibilité d'entrée sur le marché, sur les prix d'accès au réseau. Au niveau des contribuables, le contrôle peut prendre la forme d'un audit sur les coûts. Le contrôle interne porte sur les intrants de la firme et sur la minimisation de ses coûts. Quand une firme est publique, le contrôle exercé par la tutelle est à la fois interne et externe. Dans une firme privée régulée, l'Etat assume le contrôle externe et les actionnaires exercent le contrôle interne. Dans une firme privée non régulée, l'Etat n'exerce aucun de ces deux types de contrôles. Nous verrons que ce schéma correspond au cas, purement hypothétique, d'une convention de réglementation "autrichienne". Il convient, en effet, de souligner que l'hypothèse d'une entreprise parfaitement dérégulée est un mythe. Tout sujet de droit est soumis à des régulations étatiques. L'expérience Néo-Zélandaise, la seule qui pourrait s'apparenter à une réglementation qui n'est plus celle de l'Etat absent, a conduit à réguler les utilités à partir de la réglementation générale et non plus à partir d'une réglementation sectorielle spécialisée.

Si la propriété publique permet de ne retenir que la maximisation du rendement social comme objectif de la firme et permet d'unifier le contrôle de la firme (notamment en fusionnant le

---

<sup>199</sup> Cela est aussi le cas d'EDF confrontée à la double tutelle des ministères des Finances et de l'Industrie.

régulateur et le régulé, en réunifiant le contrôle interne et le contrôle externe), il n'en demeure pas moins qu'il est possible de dégager une série d'arguments plaidant pour un retrait de l'Etat :

#### *L'absence de contrôle des marchés boursiers*

Un manager peut ne pas prendre les décisions optimales d'investissements s'il n'est pas appuyé par l'information que lui donnent les marchés boursiers. Ceux-ci lui fournissent des signaux par l'intermédiaire des variations de cours à chacune de ses décisions. En l'absence de cotation boursière l'entreprise publique perd une source d'information quant à la performance du manager. Il est plus difficile de donner des incitations à celui-ci (ex. des *stock-options*). Le propriétaire public ne bénéficie pas de l'effet disciplinant sur les managers du risque d'une offre publique d'achat hostile. Cependant, deux arguments peuvent être mis en avant. D'une part, l'expérience récente montre que les marchés boursiers peuvent s'avérer d'une efficacité pour le moins limitée quand il s'agit d'évaluer la réelle performance d'une firme (Enron). D'autre part, le contrôle public peut reposer sur des indicateurs internes<sup>200</sup>.

#### *L'argument de la contrainte budgétaire molle*

L'absence de risque de faillite pesant sur une entreprise publique réduit drastiquement les incitations pesant sur les managers. Il n'en demeure pas moins qu'une entreprise nationale peut théoriquement disparaître. De plus, les expériences récentes venues notamment de Royaume-Uni<sup>201</sup> montrent qu'une entreprise privée, notamment quand elle opère un réseau de service public, a une quasi-certitude d'être secourue par l'Etat. L'argument de la contrainte

---

<sup>200</sup> La cotation en bourse d'une entreprise partiellement privatisée ne fournit cependant pas les incitations nécessaires. En cas d'ouverture du capital, l'information contenue dans le cours de bourse n'est pas identique à celle dont bénéficierait un propriétaire privé. En effet, la liquidité du titre joue sur la significativité du cours. Les intervenants du marché ont moins d'incitations à acquérir de l'information sur le titre car la part détenue par le gouvernement rend le marché "illiquide".

Holström B. et Tirole J., (1991), « Market liquidity and performance monitoring », Mimeo Yale University and Massachusetts Institute of Technology.

<sup>201</sup> Railtrack, l'opérateur privé du réseau britannique de chemin de fer, a été placé sous administration pour insolvabilité le 7 octobre 2001. Une offre de rachat a été formulée le 25 mars 2002. Elle émane de la société à but non lucratif Network Rail. Cette société bénéficie du soutien de la Strategic Rail Authority (SRA), le régulateur sectoriel britannique. Les membres de la société seront la SRA, des opérateurs de chemins de fer et des représentants des usagers. La société va financer par emprunt (sans garantie de l'Etat, mais en cas d'échec le contribuable se substituera à la société) le dédommagement des actionnaires qui ont perdu leur mise lorsque la cotation de l'action a été suspendue. Le but est d'éponger la dette de *Railtrack*, de recommencer l'entretien des 37 000 kilomètres de voies ferrées et les 2 500 gares du réseau. Un appel aux marchés pour se refinancer est prévu d'ici fin 2002.

budgétaire molle s'applique aussi bien pour les firmes publiques que pour les entreprises privées régulées.

### *L'expropriation des investissements*

Sachant que toute décision politique peut transformer les investissements de la firme en coûts irrécouvrables, les dirigeants de la firme publique seront tentés de sous-investir. Il n'en demeure pas moins que le manager d'une entreprise privée est dans le même cas, non seulement vis-à-vis de ses actionnaires mais aussi vis-à-vis du régulateur.

### *L'absence d'objectifs précis*

Le manager public fait face à des objectifs gouvernementaux multiples, peu nets, contradictoires et instables. Il n'en demeure pas moins que ces caractéristiques sont peu ou prou présentes dans le cas d'une firme régulée.

### *L'impact des groupes de pression*

Les groupes de pression peuvent tenter d'influencer les entreprises nationales dans le sens de leurs intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général. Cependant, rien n'exclut que les groupes de pression ne se manifestent pas auprès du régulateur de la même façon, après la privatisation.

### *L'impact des privatisations*

L'expérience acquise après vingt ans de libéralisation montre que la privatisation n'est pas un élément essentiel. Elle importe bien moins que la mise en concurrence de l'opérateur dominant. De ce fait, la position de Jean Tirole<sup>202</sup> sur les privatisations est assez équilibrée. En effet, s'il souligne que la privatisation aboutit souvent à une gestion de la firme plus efficace que la gestion publique, il admet que les incitations à l'efficacité fournies par les changements de droits de propriété sont bien moindres que celles induites par la pression concurrentielle. En d'autres mots, le pouvoir disciplinaire des marchés (contrôle externe) est

---

<sup>202</sup> Tirole J., (1999), « Concessions, concurrence et incitations », *Revue d'économie financière*, n°51, pp. 79-92.

toujours plus fort que celui des actionnaires (contrôle interne). Il est tout de même à noter que la privatisation peut être à l'origine d'une amélioration des performances de la firme dans la mesure où elle conduit à une gestion plus efficace. Cette efficacité vient de la disparition des nominations politiques de dirigeants, de l'exercice d'un réel gouvernement d'entreprise et de la discipline constituée par les marchés financiers via l'appel à l'épargne publique et la cotation des titres en bourse. *A contrario*, une firme publique peut subir des nominations de dirigeants et des inflexions de stratégies liées à des pressions politiques. La difficulté d'exercice d'une tutelle, ainsi que la "pluralité" de celles-ci peuvent être des facteurs qui annihilent toute "gouvernance d'entreprise" au sens classique du terme<sup>203</sup>. L'argument des marchés financiers répond à la notion de "contrainte budgétaire molle" de J.Kornai. Dans ce contexte, celle-ci peut être interprétée comme la conséquence sur les décisions de la firme (notamment en matière d'investissement) du fait que le risque de faillite est nul. En effet, l'Etat y répondrait par des subventions directes ou par l'aval donné à des hausses tarifaires.

Un élément, à première vue paradoxal, que donne J.Tirole, peut nous aider à expliquer la dynamique historique des mouvements de nationalisation / privatisation. Dans le cas d'investissements répondant à la fourniture de biens publics, les firmes privées peuvent craindre de subir des "expropriations". Ce problème est décrit dans le modèle de Laffont et Tirole sous le nom du risque de *hold up*. Celui-ci est le fruit de l'incomplétude des contrats. Le contrat peut être d'autant moins exhaustif que l'horizon temporel est long et que l'incertitude technologique est forte<sup>204</sup>. Notons que cette situation est le lot commun de la plupart des secteurs dans lesquels la puissance publique est impliquée. Cette incomplétude est propice à l'opportunisme *ex post* (aléa moral) de l'un des deux co-contractants, voire des deux (on parle alors d'expropriation réciproque). Le mandataire risque d'être exproprié de ses investissements<sup>205</sup> par des mesures de confiscation ou par des décisions publiques unilatérales

---

<sup>203</sup> L'exemple d'Electricité de France est ici particulièrement éclairant tant au point de vue de l'asymétrie d'information qui se crée entre le régulé et le régulateur (quant aux coûts et aux techniques) que de la présence d'une pluralité de tutelles qui contribuent à réduire les capacités de contrôle des autorités publiques. En effet, le contrôle exercé sur EDF émane d'autorités aux objectifs divers, pas obligatoirement cohérents et parfois contradictoires (le ministère de l'industrie, le ministère des finances...). Nous sommes dans la situation dans laquelle un agent tire profit de l'existence d'une pluralité de "principaux".

<sup>204</sup> J.Tirole considère que ce risque peut être limité en réduisant l'incomplétude contractuelle en équipant les contrats de procédures claires de révision, en valorisant les aspects "réputationnels" (cf. les modèles à la Kreps) et mettant en place des sûretés (prises d'otages réciproques).

<sup>205</sup> Le cas symétrique peut se présenter quand l'entreprise détient des actifs spécifiques ou des capacités tels que nul ne peut la remplacer, quand elle parvient à capturer son régulateur (par corruption ou par les pressions politiques) ou quand elle peut brandir de façon crédible la menace de la faillite.

quant aux tarifs à appliquer<sup>206</sup> ou à l'accroissement de normes d'intérêt général, tenant à la défense nationale, au service public ou au respect de l'environnement. Ce risque est d'autant plus fort qu'il n'existe pas de marché secondaire des équipements permettant à la firme de redéployer ceux-ci et que la capacité d'engagement de l'Etat est faible<sup>207</sup>. Lorsque l'Etat n'a pas la crédibilité nécessaire pour s'engager à ne pas exproprier les firmes privées, une fois les investissements réalisés, celles-ci peuvent refuser de prendre en charge ces services. Dans un tel cas, la fourniture de ceux-ci par des entreprises publiques est nécessaire. En d'autres termes, la propriété publique est d'autant plus nécessaire que l'Etat est faible.

#### - Privatisation et basculement conventionnel

Autre argument pour expliquer le désengagement de l'Etat, celui de la réduction de sa capacité d'engagement budgétaire. La privatisation peut être analysée comme la réalisation des actifs patrimoniaux de l'Etat, visant à desserrer la contrainte budgétaire à court terme, sans préoccupation quant à l'efficacité économique de long terme. Cependant l'insuffisance majeure des politiques de privatisations réside dans la sous-estimation du primat du pouvoir disciplinant de la concurrence sur le marché des produits. Le contrôle de l'entreprise tant interne qu'externe n'a que peu d'impact sur l'efficacité économique globale si l'entreprise privatisée dispose d'un pouvoir de marché suffisant pour s'abstraire de la pression concurrentielle. Ce problème est central dès lors que l'on se préoccupe de la privatisation d'industries de réseau. Les expériences britanniques, australiennes, néo-zélandaises montrent que la libéralisation de secteurs tels l'électricité ne peut simplement passer par une mutation du cadre réglementaire et un transfert des droits de propriété au privé. Elle suppose l'éclatement vertical et horizontal de l'ancien monopole public intégré<sup>208</sup>. La pression concurrentielle est un meilleur aiguillon vers l'efficacité que les changements dans le contrôle interne et externe de la firme. Il peut être efficace de confier la distribution à plusieurs compagnies locales indépendantes, afin de tirer profit des méthodes d'étalonnage concurrentiel. Au final, nous pouvons sans peine faire nôtre la conclusion de Gönenç, Maher

---

<sup>206</sup> Les décrets-lois Laval de 1935 constituent l'archétype de ces pratiques.

<sup>207</sup> Nous nous retrouvons dans un cas à la Williamson où la firme est piégée par ses actifs spécifiques. Dans un tel cadre, il existe une défaillance du marché car l'entreprise ne peut se retirer sans coût de celui-ci (problématique des coûts irrécouvrables). L'apport de la théorie des marchés disputables de Baumol, Panzar et Willig sera d'ailleurs de mettre en relief l'importance de l'hypothèse de "libre sortie" du marché.

<sup>208</sup> Pour l'électricité, le risque de la limitation de la dérégulation à un simple transfert de la propriété de l'ancien opérateur historique réside dans le fait que celui-ci va s'appuyer sur sa position dominante en amont et éventuellement sur le contrôle de l'infrastructure *essentielle* dont il dispose pour instaurer des barrières à l'entrée ou mettre en œuvre des stratégies de prédation à l'encontre de ses concurrents sur les marchés en aval.

et Nicoletti. La privatisation d'utilités publiques n'aura d'impact sur l'efficacité productive que si elle s'accompagne d'une politique d'ouverture à la concurrence du marché des produits. Le cas échéant, la privatisation reviendrait à substituer un monopole privé à un monopole public. Les conséquences sur le Bien Etre social d'une privatisation simple ne pourraient donc n'être qu'une perte sèche. Il n'en demeure pas moins que le passage au privé des utilités publiques pose le problème de l'optimalité sociale des décisions d'investissements prises par celui-ci.

L'ambiguïté quant au traitement de la privatisation se retrouve dans la diversité des expériences nationales de libéralisation du secteur électrique. Si les Britanniques ont mené de front libéralisation et privatisation, cela vient à la fois de contingences politiques (le coût des contrats d'achat de charbon anglais), mais aussi d'un choix économique assumé qui est celui de la convention de la réglementation absente. Nous sommes dans un cadre où la construction du marché concurrentiel répond à une optique volontariste. A l'inverse, les tenants de la théorie des marchés disputables se limitent à l'accès des tiers à l'infrastructure essentielle. Dans ce cadre, il suffit de rendre la concurrence possible. La différence de choix tient donc à une différence de théorie économique sous-jacente.

Peut-être faut-il considérer que l'un des facteurs les plus décisifs en matière de privatisation des entreprises nationales s'avère être la législation européenne elle-même. En effet, même si l'article 222 du traité de Rome proclame la neutralité de la Communauté vis-à-vis des formes de propriété des entreprises, de nombreux articles du traité vont à l'encontre de la propriété publique des entreprises de service public. Le traité stipule que si tout actionnaire est libre d'investir dans une entreprise et éventuellement d'y subir des pertes, cette situation est prohibée pour un investisseur public. En effet, investir à perte dans une entreprise jouissant de droits exclusifs est considéré par la Communauté comme une aide publique directe, une entrave à la concurrence. Pis, toute augmentation de capital d'une entreprise telle EDF, souscrite pour tout ou partie par l'Etat (pour l'instant seul actionnaire) serait considérée comme une aide publique, discriminatoire et anticoncurrentielle. L'Etat doit donc se comporter comme tout actionnaire privé, exiger une rémunération des capitaux investis équivalente à celle qu'exigent les investisseurs privés, mais ne peut en aucun cas apporter de nouveaux fonds, sans s'attirer les foudres des autorités communautaires. Dans un domaine tel l'électricité, ces contraintes sont devenues incompatibles avec la stratégie de croissance externe d'EDF. Peut-être est-il possible de considérer que la politique d'acquisitions d'EDF

visé à hâter le “Grand Soir” de la privatisation en exploitant les contradictions internes du cadre réglementaire actuel...

## **II.1.2 Le cadre théorique fédérateur de la nouvelle économie des réseaux**

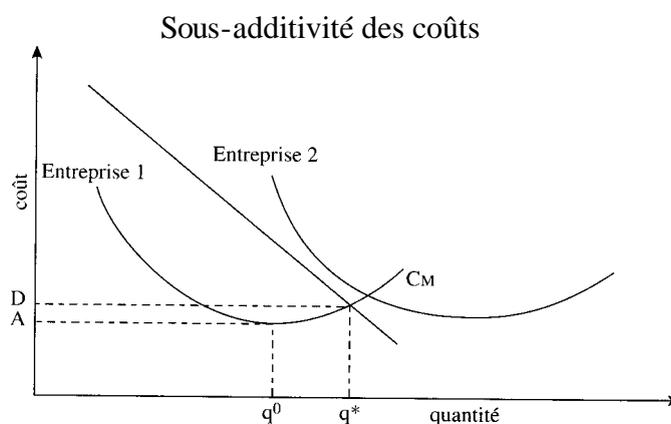
Les exemples anglais et californiens illustrent la difficulté pratique pour l'action publique de construire un marché. Plusieurs explications peuvent être mises en avant pour expliquer cette défaillance. Une première analyse met en évidence le caractère partiellement libéralisé des “nouveaux marchés” de l'électricité. La libéralisation est récente et de plus ne s'est pas encore totalement dégagée d'un carcan réglementaire handicapant (cf. les prix de détails en Californie). La solution resterait donc de poursuivre dans la voie de la libéralisation et de faciliter la construction du marché par une “régulation éducatrice”. Dans cette optique, le rôle de la régulation est éminemment circonscrit dans le temps. L'échafaudage réglementaire doit s'effacer devant le droit commun de la concurrence dès lors que les conditions de la concurrence pure et parfaite sont instaurées. Une seconde analyse, à l'inverse, attribue les échecs de ce constructivisme aux spécificités techniques du produit électricité. Celle-ci ne peut être physiquement assimilée aux télécommunications. De ce fait, les possibilités existantes dans l'industrie des télécommunications pour la libéralisation ne se retrouvent pas dans le domaine électrique. La difficulté de créer un véritable marché unifié de l'électricité en Europe illustre cette irréductibilité de l'électricité au paradigme réglementaire forgé à l'occasion de la libéralisation du secteur des télécommunications.

### **II.1.2.1 Un changement de paradigme théorique dans l'économie de la réglementation**

Les modèles issus de l'économie du Bien-Etre supposent qu'une intervention de la puissance publique (planificateur omniscient, omnipotent et bénévole) est à même de se substituer aux mécanismes de marchés pour assurer, malgré les défaillances de celui-ci, l'allocation optimale des ressources. La nouvelle économie publique et la nouvelle économie institutionnelle intègrent les apports de la théorie des choix publics à ce cadre de référence. Face à un Etat

défaillant et inapte à représenter l'intérêt général<sup>209</sup>, la théorie économique serait à même de fournir des modèles théoriques d'un degré de rationalité encore supérieur, permettant de mettre en place des contrats ou structures de gouvernance, incitatifs conduisant la société à atteindre un optimum de second rang.

L'une des premières innovations réglementaires tient à la rupture de l'automatisme du lien entre la croissance des rendements d'échelle et l'intervention publique. L'intervention publique n'est pas obligatoire dès lors qu'un monopole naturel semble apparaître<sup>210</sup>. Il s'agit tout d'abord de s'interroger si la présence d'économies d'échelle dans une industrie implique pour autant l'existence d'un monopole naturel. Lévêque cite, par exemple, une étude de Preston<sup>211</sup> concluant que le monopole national de la SNCF ne se justifie pas par celles-ci. Les économies d'échelles seraient utilisées pleinement par cinq compagnies régionales. De la même façon, les économies d'échelle apparaissent comme une condition nécessaire, mais non suffisante à l'existence d'un monopole naturel. Les rendements peuvent n'être croissants que sur un segment donné de la courbe d'offre.



Le graphique précédent, cité de Lévêque (1998), montre une production pour laquelle les rendements d'échelle ne se retrouvent que pour le segment  $0q_0$ , au-delà de  $q_0$  les rendements d'échelles croissants ne sont plus présents. L'industrie bascule donc dans le secteur différencié. Il convient en fait de substituer la catégorie de sous-additivité de la fonction de

<sup>209</sup> Laffont J.J., (2000), « Etapes vers un Etat moderne : une analyse économique », rapport n°24 du Conseil d'Analyse Economique, actes du colloque de décembre 1999, *L'Etat et la gestion publique*, La documentation française, juin.

<sup>210</sup> Lévêque F., (1998), *op. cit.*

<sup>211</sup> Preston A., (1994), « The Economics of Rail Privatisation : an assessment », *Working Paper*, University of Leeds, Institute for Transport Studies.

coût à celle de monopole naturel. On dit qu'une fonction de coût est sous-additive, quand quelle que soit la partition d'extrants  $q_1, q_2, \dots, q_n$ , il s'avère moins coûteux de produire les diverses quantités d'extrants ensemble que séparément. En d'autres termes, une fonction de coût est sous-additive quand  $C(Q_1) < C(Q_2) + C(Q_3)$  avec  $Q_1 = Q_2 + Q_3$ .

Deux apports majeurs peuvent être mis en évidence dans le cadre de ce changement de paradigme théorique<sup>212</sup>. Il s'agit de celui de Baumol, Panzar et Willig et de celui de Laffont et Tirole. Les premiers ambitionnent de restaurer les mécanismes concurrentiels en rendant possible l'entrée de nouveaux compétiteurs sur le marché. Ce procédé rend inutile la propriété publique ou la régulation stricte, lesquelles visent à prévenir l'extorsion du surplus du consommateur. Les seconds mettent l'accent sur les dysfonctionnements de la tutelle publique<sup>213</sup>, d'une part, et sur la nécessité de mettre en place des contrats incitatifs, d'autre part. Le champ d'analyse de l'économie publique se déplace donc des défaillances de marché aux défaillances publiques. *In fine*, il s'agit de se rapprocher le plus possible des mécanismes de marché pour converger vers l'optimum parétien.

La théorie des marchés disputables indique que dès lors que le régulateur lèvera les barrières à la fluidité du marché, de nouvelles entrées se feront tant qu'il existera un surprofit dans la branche. La réglementation peut donc devenir une réglementation minimale sans contrôle des prix et sans droit exclusif. L'Etat peut aussi assurer une réglementation *ex ante* en mettant le droit de monopole aux enchères. Cette solution, pressentie par Chaldwick pour les chemins de fer en 1859<sup>214</sup>, fut théorisée par Demsetz en 1968<sup>215</sup>. L'hypothèse défendue est celle de la convergence du prix vers le coût moyen. Il s'agit donc d'une variante *ex ante* du mécanisme des marchés disputables. L'avantage est qu'aucun coût irrécouvrable n'est engagé. Il n'y a donc pas de gaspillage social. Le régulateur n'a pas non plus à accumuler une forte information pour ce qui est de la fixation des tarifs du monopole. Cependant, de nombreuses difficultés de mise en œuvre peuvent se poser dès lors qu'il n'y a que peu de concurrents

---

<sup>212</sup> Il convient aussi d'évoquer l'approche néo-institutionnaliste. Pour celle-ci, la déréglementation peut être expliquée par les coûts de transaction. L'intégration verticale laisse progressivement la place au marché du fait de la conjonction de plusieurs phénomènes tels la réduction de la spécificité des actifs (les turbines à gaz ont des rendements d'échelle moindres), l'interconnexion croissante des marchés nationaux et des marchés des diverses énergies et la baisse des coûts de transaction liée aux technologies de comptage et aux marchés financiers.

<sup>213</sup> Quinet E., (1999), « Libéralisme et transports – Les chemins difficiles de l'efficacité », *Commentaire*.

<sup>214</sup> Chaldwick E., (1859) « Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe : of Competition for the Field, as Compared with the Competition within the Field of Services », *Journal of Royal Statistical Society*, n°22, pp.381-420.

<sup>215</sup> Demsetz H., (1968), « Why Regulate Utilities », *Journal of Law and Economics*, n° 11, pp. 55-65.

potentiels, que la qualité du service est difficile à définir, que les coûts fixes sont élevés ou qu'il existe de fortes interdépendances entre les segments<sup>216</sup>. Ensuite, se pose un problème commun à tout renouvellement de concession, celui du suivi du respect des obligations par le contractant et de son comportement stratégique à l'approche du renouvellement de sa concession.

La réglementation "incitative" telle que la promeut Jean-Jacques Laffont<sup>217</sup> prend en compte des difficultés informationnelles des régulateurs. De là naît un arbitrage entre l'acceptation de rentes informationnelles coûteuses au point de vue social et celle de distorsions d'efficacité productive. Les régulations traditionnelles de type *rate of return* (remboursement des coûts et garantie d'une rémunération minimale du capital) ont pour conséquence, selon J.-J. Laffont, de sacrifier l'efficacité productive à la minimisation des rentes des entreprises régulées<sup>218</sup>. A l'inverse, une régulation par des prix plafonds sera plus encline à abandonner des rentes au profit de la garantie de l'efficacité productive. Il s'ensuit un modèle de régulation optimale<sup>219</sup> dont les deux piliers sont la mise en place de schémas incitatifs pour minimiser les coûts et la mise en place de tarifs à la Ramsey-Boiteux.

Si cette réglementation soulève des problèmes de mise en œuvre concrète, du fait de l'interdiction des transferts directs entre régulateur et régulés et de la difficulté d'évaluation des élasticités-prix de la demande, elle s'avère supérieure à une régulation de premier rang. En effet, selon J.J. Laffont, la régulation de premier rang, traduite par une tarification au coût marginal et un financement du déficit par l'impôt, souffre du coût des ressources publiques<sup>220</sup>. Les coûts des fonds publics se traduisent par des pertes d'efficacité. Les théories de premier rang sont rejetées en ce sens où l'économie ne se déplacerait pas sur une frontière de Pareto linéaire, mais à l'inverse sur une frontière d'autant plus convexe que les prélèvements étatiques sont forts. Cette optique conduit alors à privilégier la tarification proposée par Marcel Boiteux<sup>221</sup> (les péages appliqués sur les consommations en sus du coût marginal sont

---

<sup>216</sup> Kay J. et Vickers J., (1990), « Regulatory Reform : an Appraisal », in Majone G., (éd.), *Deregulation or Re-regulation ? Regulatory Reform in Europe and the United-States*, Pinter, Londres, pp. 223-251.

<sup>217</sup> Celui-ci affirme « cette théorie a eu le mérite de clarifier nombre de discussions et de sortir l'économie de la réglementation d'un état que l'on pourrait qualifier de pré-scientifique eu égard aux progrès de la science économique ».

Laffont J.J., (1995), « Sur l'économie politique de la réglementation », *Réseaux, Revue du CNET*, n° 72/73.

<sup>218</sup> Ce fut le cas des Etats-Unis le siècle dernier.

<sup>219</sup> Laffont J.J., (1995), *op. cit.*

<sup>220</sup> Solution préconisée par Hotelling (1938).

<sup>221</sup> Boiteux M., (1956), *op.cit.*

d'autant plus forts que l'élasticité prix de la consommation est faible). Ainsi, le tarif permet de couvrir le coût sans intervention des finances publiques. Ce raisonnement conduit Laffont à condamner la tarification au coût marginal (i.e. l'unicité du tarif) pour rejoindre les prescriptions ultérieures d'Allais quant à l'application d'une stricte discrimination tarifaire<sup>222</sup>.

#### - Les principes théoriques

La prise en compte des asymétries d'information entre régulateur et régulé conduit le premier à mettre en place des mesures incitant le second à révéler son information privée, à atteindre le bon niveau d'investissement et à réaliser les efforts nécessaires. La reconnaissance des phénomènes d'antisélection suppose de mettre en place des contrats révélateurs assurant au régulé un gain au moins égal à celui qu'il aurait obtenu s'il avait triché sur son type. La prise en compte de l'aléa moral conduit à instaurer des contrats incitatifs, abandonnant une partie des gains de productivités au régulé. Le régulateur est donc confronté à un dilemme. Soit, il fixe le prix au coût marginal et il obtient l'allocation efficace des ressources. Soit, il abandonne des rentes à l'entreprise et vise l'efficacité productive. Nous retrouvons le dilemme entre efficacité statique et efficacité dynamique.

Les modèles de réglementation en action et en information cachée<sup>223</sup> ont été développés par Baron et Myerson<sup>224</sup> dès 1982. Dans ce modèle, le monopole fixe le prix, encaisse les recettes et perçoit le paiement compensatoire du régulateur. Ce dernier connaît les caractéristiques de la fonction de demande mais pas celles de la fonction de production du monopole. Il connaît cependant la distribution statistique des types des entreprises (productive ou pas). Nous supposons que l'aléa moral est absent (coût de production exogène). Le paiement compensatoire permet d'assurer la convergence des intérêts entre l'entreprise et le monopoleur. Le prix se fixe donc au coût marginal. Le montant compensatoire étant financé par l'impôt, le régulateur doit faire un arbitrage entre l'abandon de rente au monopole et les effets distortifs liés à la pression fiscale.

---

<sup>222</sup> Allais M., (1981), *La théorie générale des surplus*, Economie et sociétés, cahiers de l'Ismea, série EM, n°8, tome I.

<sup>223</sup> Lévêque, (1998), *op. cit.*

<sup>224</sup> Baron D. et Myerson R., (1982), « Regulating a Monopolist with Unknown Cost », *Econometrica*, n° 50, pp. 911-930.

Laffont et Tirole ont introduit, en 1993, des modèles caractérisés par une double asymétrie informationnelle. Celle-ci porte à la fois sur les coûts de l'entreprise (son type), mais aussi sur son niveau d'effort. Le type de l'entreprise est inconnu pour le régulateur. Il connaît seulement la distribution de probabilité de la population des firmes régulées entre les fortement productives et les faiblement productives. L'effort étant aussi inobservable, l'entreprise a intérêt à tricher sur son type lors de la négociation du contrat pour réaliser ses objectifs, en minimisant les efforts (donc le coût). Il faut donc que le régulateur lui propose un contrat incitatif la conduisant à révéler son vrai type et à réaliser le niveau d'effort nécessaire. Deux types de contrats réglementaires peuvent alors être mis en œuvre. Le premier est destiné aux entreprises peu efficaces. Il s'agit d'un contrat à remboursement de coûts. Le second est plus intéressant pour les entreprises productives. Le régulateur garantit un prix forfaitaire pour la prestation. L'entreprise reste propriétaire des économies réalisées grâce à ses gains de productivité. Alors que le premier contrat résout les problèmes d'aléa moral, il ne conduit à aucun effort de la part du régulé. En effet, il serait exproprié de tous ses gains de productivité. Le second contrat a un effet incitatif maximal, dans la mesure où le paiement est déconnecté du coût de l'entreprise. Cependant, l'ensemble des rentes est abandonné à l'entreprise. Le régulateur doit donc réaliser un arbitrage entre l'efficacité productive de l'industrie réglementée et l'abandon de rentes informationnelles aux régulés.

#### - Les expériences réglementaires

Les contrats du premier type correspondent à des contrats de type *rate of return regulation*. L'entreprise aura un revenu indexé sur le coût de son capital. La tarification permet de couvrir le coût du service et d'assurer un taux de rendement raisonnable au capital investi. Le régulateur doit estimer le coût de fonctionnement du réseau et l'importance du capital investi. Des problèmes d'asymétries informationnelles se posent alors. Deux effets pervers peuvent émerger. Le premier est une faible productivité (il n'existe aucune incitation). Le second est l'effet d'Averch Johnson, c'est-à-dire une surcapitalisation de l'industrie. Le second contrat est un *price cap*. Il est le plus incitatif en terme de productivité, mais l'abandon de l'ensemble des rentes à l'entreprise peut être à l'origine de deux effets pervers que le régulateur britannique de l'électricité expérimenta en pionnier. Le premier risque est une fixation nettement sur-évaluée du plafond de prix du fait de l'asymétrie radicale d'information sur les coûts des firmes. Le second est le *hold-up* commis par le régulateur en cours de contrat réglementaire. Constatant son erreur dans la fixation des plafonds, révélée par l'envol des cours

boursiers des entreprises régulées, celui-ci peut-être tenté de baisser unilatéralement les plafonds de prix et donc exproprier les entreprises de leurs efforts en terme de productivité.

Si les opérateurs américains d'industries de réseaux étaient régulés à l'origine au moyen de prix plafonds, la régulation basée sur le coût du service s'était peu à peu imposée. Les prix plafonds refirent leur apparition dans les années quatre-vingt<sup>225</sup>. Au Royaume-Uni, l'*Oftel* et l'*Ofgas* optèrent pour cette régulation, respectivement en 1984 et en 1986, de même que la *Federal Communications Commission* américaine en 1989. Dans une régulation par le coût du service, le régulateur doit déterminer un tarif moyen de façon à ce que le revenu de la firme puisse équilibrer la somme de ses coûts. Pour déterminer ce tarif, le régulateur doit observer la structure de coût de l'opérateur historique, déterminer le stock de capital qui lui est nécessaire pour remplir sa mission et un taux assurant une juste rémunération des capitaux engagés<sup>226</sup>. Le revenu de la firme sera donc égal à la somme des coûts autorisés et d'un rendement raisonnable du capital. La question des mécanismes incitatifs qu'il est possible d'introduire dans ce type de régulation reste posée. Les prix sont rigides entre deux revues régulatrices. Plus l'espacement de ces revues est grand, plus on se rapproche d'un contrat à prix plafonds. Inversement, si les revues sont trop fréquentes, la firme est expropriée de tous ses gains de productivité (elle détient les droits résiduels sur les gains de productivité entre deux revues). En d'autres termes, le retard régulateur est positif d'un point de vue incitatif.

Le mécanisme des prix plafonds peut reposer sur une échelle mobile qui ajuste les prix vers le bas quand le taux de rendement des capitaux de l'entreprise dépasse le taux fixé conventionnellement. Le mécanisme fonctionne de façon à ce que l'entreprise conserve une partie des gains de ses investissements. Plus classiquement, la régulation par prix plafonds se fait sans accès à la comptabilité de l'entreprise. Le régulateur fixe un plafond de prix et le régulé est libre de fixer son tarif tant qu'il n'excède pas ce dernier. Si le plafond est trop haut, l'entreprise va se comporter comme un monopole non régulé. S'il est trop bas, l'entreprise ne sera plus viable. La revue des tarifs ne doit en aucun cas être endogène ou avoir une périodicité fluctuante en fonction des résultats de l'entreprise. La périodicité de la revue des tarifs doit être fixée *ex ante*.

---

<sup>225</sup> Laffont J.J. et Tirole J., (1993), *op. cit.*

<sup>226</sup> Nous retrouvons ici l'empreinte de Commons. Le taux de rendement des capitaux engagés doit être compatible avec les garanties constitutionnelles protégeant les particuliers des atteintes à la propriété privée sans juste compensation.

Un exemple de prix plafond peut être donné en prenant le tarif imposé à *British Telecom* en 1984. Le prix plafond a été fixé en tenant compte de paniers de biens de référence. Une échéance régulatoire a été déterminée et des prix moyens déterminés pour chaque panier. La firme est libre de déterminer sa structure de prix à l'intérieur de chaque panier mais ne peut augmenter le prix moyen du panier d'un pourcentage fixé chaque année. Celui-ci est donné par la formule "RPI-X"<sup>227</sup>. La hausse des prix autorisée annuellement est égale à la progression de l'indice des prix de détail moins un taux de progrès technique annuel anticipé (fixé à 3% pour la première année). Ainsi, le régulateur fixe pour chaque période régulatoire la valeur du facteur X, donnant l'objectif de gains de productivité<sup>228</sup>.

Période	Formule tarifaire donnant le prix plafond
1984-1989	RPI - 3%
1989-1991	RPI - 4.5%
1991-1993	RPI - 6.25%
1993-1997	RPI - 7.50%

Dans un prix plafond pur, les pertes ou les gains réalisés par la firme ne sont pas pris en compte dans les renégociations tarifaires. Cependant, des clauses de partage des profits sont souvent insérées dans les contrats régulatoires. Pour reprendre les termes de Laffont et Tirole, il s'agit de contrats incitatifs avec certaines caractéristiques de prix plafonds telle la flexibilité descendante des prix ou la détermination exogène des intervalles de renégociations. Plus généralement, la différence entre la régulation selon les taux de rendement et selon des plafonds de prix ne porte en fait que sur le caractère prospectif ou rétrospectif de la procédure de révision des prix. Dans la théorie, les prix plafonds sont fixés indépendamment des coûts constatés et du rendement des capitaux de l'entreprise. Cependant, les performances passées de l'entreprises ne peuvent pas ne pas être prises en compte dans la renégociation et dans certains cas, tels le Royaume-Uni, le régulateur peut décider unilatéralement de renégocier les tarifs.

Dans une régulation basée sur le remboursement des coûts, la firme devrait être pénalisée pour ses gains de productivité passés et ses investissements dans les technologies économisant

<sup>227</sup> RPI signifie *Retail Price Index*.

<sup>228</sup> Il peut se fonder sur des comparaisons internationales (*yardstick competition*) ou sur des comparaisons intersectorielles.

les coûts. Cependant, la firme jouit souvent d'une garantie constitutionnelle d'un taux de rendement équitable, lui permettant d'être protégée dans ses investissements. Ainsi la différence entre les deux régimes est moindre qu'en théorie. Il convient aussi de considérer la régulation en dynamique<sup>229</sup>. Il existe un effet de cliquet (*Ratchet effect*) dans la négociation entre le régulateur et le régulé. On considère une entreprise bénéficiant d'un premier contrat régulateur. Si elle anticipe le renouvellement de sa concession ou la prochaine revue tarifaire, elle sait que toute information qu'elle va révéler au régulateur pendant cette première période va modifier les actions de ce dernier durant la seconde. Par exemple, si elle se révèle productive (admettons qu'elle ait "triché" sur son type), elle sait que le régulateur baissera son plafond de prix pour la seconde période (vu qu'il connaîtra son type). En d'autres termes, le régulateur va opérer en information moins incomplète. Il va abandonner moins de rentes informationnelles au régulé. Or, comme celui-ci va anticiper ce phénomène dès la première période, il aura tout intérêt de minimiser son efficacité dès la première période, pour bénéficier de rentes informationnelles les périodes suivantes. Il est donc nécessaire, pour préserver l'efficacité productive, que le régulateur s'engage à ne pas utiliser l'information qu'il acquiert sur les entreprises régulées en cours de contrat régulateurs. Nous retrouvons donc l'arbitrage entre efficacité productive et rentes informationnelles.

Des schémas régulateurs hybrides peuvent être mis en place<sup>230</sup>. Il s'agit, par exemple, de contrats intermédiaires entre une régulation par remboursement des coûts et une régulation par prix plafonds. Le régulateur fixe un plafond pour la période régulateur. Cependant, il est autorisé à réviser celui-ci dès lors que le rendement réel des capitaux de la firme dépasse un taux fixé *ex ante* en accord avec le régulé.

La prise en compte de ces risques conduit à envisager la question de l'ingénierie régulateur. Le contrat de réglementation doit être à long terme pour éviter les revirements politiques et prévoir de nombreuses clauses de renégociation. Notons cependant, que la quête du contrat complet réduisant les risques de comportement opportunistes est en grande partie illusoire. Lévêque souligne un autre risque lié à la faible crédibilité du régulateur quant à ses engagements à long terme. Une entreprise sera réticente à engager des investissements

---

<sup>229</sup> Gagnepain P., (2000), «La nouvelle théorie de la régulation des monopoles naturels », *Revue française d'économie*, n° 4.

Cet article permet de faire le point sur l'ensemble des prescriptions normatives quant aux modèles régulateurs proposés par la nouvelle économie publique.

<sup>230</sup> Il s'agit de prix plafonds hybrides reposant sur des "échelles mobiles" ou sur des logiques de *profit sharing*.

productifs, si elle anticipe le risque qu'une fois ceux-ci réalisés le régulateur maximise le bien être social en fixant ses tarifs au niveau du coût marginal. Ce faisant, l'entreprise ne pourra recouvrer ses coûts fixes. Ainsi, l'anticipation de la maximisation du bien être par le régulateur *ex post* va réduire le bien être *ex ante*, en désincitant les investissements des firmes.

Nous verrons dans notre prochaine sous-section que les techniques actuelles de réglementation des monopoles ont pris en compte la difficulté d'influer sur les choix des firmes et préfèrent s'attacher à auto-discipliner les firmes via des actions sur leur environnement concurrentiel et réglementaire. La théorie des marchés disputables doit se comprendre dans cette logique.

### II.1.2.2 Le modèle de l'économie des télécommunications

- La convergence de dynamiques productives et théoriques

L'application du modèle Panzar-Baumol-Willig permet de libéraliser un secteur anciennement en situation de monopole naturel. L'importance de la théorie des marchés disputables est de déplacer encore plus la frontière entre les secteurs différenciés et non différenciés. La rupture technologique a déjà fait basculer une partie du secteur des télécommunications dans le domaine concurrentiel. L'idée selon laquelle une ingénierie régulatoire peut séparer les domaines de rendements croissants des domaines à rendements décroissants et assurer par le mécanisme de l'accès des tiers au réseau, l'utilisation par tous de celui-ci, permet d'accroître encore la nature concurrentielle de l'industrie. Le recours au marché sera rendu possible par la division verticale des anciens monopoles naturels. La libéralisation d'industries à rendements croissants par la disputabilité est une technique dont la première mise en œuvre correspond à la "dérégulation" des télécommunications américaines. L'organisation de la disputabilité va passer par le démantèlement de l'opérateur intégré en plusieurs segments distincts. Sur certains de ces segments la concurrence sera possible, sur d'autres la solution passera par une forte régulation. Schématiquement, l'infrastructure sera régulée et isolée du reste de la firme, dans la mesure où elle demeure un monopole naturel. Les services, eux, retourneront à la

sphère concurrentielle<sup>231</sup>. Une série d'innovations technologiques a conduit à un glissement de frontières dans l'industrie des télécommunications.

Nous aborderons ici de façon très succincte les facteurs à l'origine de la mutation de l'économie du secteur des télécommunications. Notre objectif sera de montrer que les transformations du secteur sont le fruit d'une double rupture technologique et réglementaire. Le secteur des télécommunications a connu en quelques années une profonde transformation qui l'a conduit d'un marché monopolistique à un marché concurrentiel, d'une offre mono-produit à une offre multi-services et d'un environnement caractérisé par une forte stabilité technique à un schéma concurrentiel fondé sur l'innovation technologique. Ces mutations technologiques sont en fait liées aux progrès des secteurs électroniques et informatiques, domaines connexes à l'industrie. Ces mutations doivent s'envisager à la fois sur les plans techniques et institutionnels.

### La rupture technique

Au point de vue technique, l'industrie a changé de paradigme technologique avec l'apparition de la numérisation<sup>232</sup>. Les télécoms sont passés d'un système analogique (signaux continus) à un système numérique (manipulant des objets discrets). Ce traitement numérique de l'information est en lui-même porteur d'une convergence avec l'industrie informatique, notamment via les réseaux d'information. Il s'agit de bien noter que la numérisation introduit une innovation radicale sur les plans tant techniques qu'organisationnels dans la mesure où elle induit une séparation des fonctions d'administration et de contrôle et de la fonction de transport de l'information. Il s'agit en fait d'un nouveau régime technologique assis sur les technologies de l'information et l'automatisation flexible. Depuis l'invention du téléphone par Graham Bell en 1876, l'industrie vivait dans un paradigme spatial-analogique. Il fallait mettre à disposition de chaque usager un chemin unique permettant de transporter l'information point à point. Dès les années soixante, la transmission fut numérisée. La seconde révolution numérique, après celle du transport, fut celle de la commutation temporelle, laquelle permit de commuter directement des signaux numériques. La commutation temporelle joue sur la discontinuité des signaux pour traiter plusieurs communications simultanément. Elle autorise

---

<sup>231</sup> Curien N., (2000), *op. cit.*

<sup>232</sup> Brousseau E., Petit P. et Phan D., (1996), *Mutations des télécommunications, des industries et des marchés*, ENSPTT- Economica, Paris, 553p.

une réduction du coût des communications et permet, via le multiplexage temporel, d'augmenter le débit d'information. La numérisation permet à la fois d'améliorer la qualité du signal<sup>233</sup>, mais aussi d'accroître la capacité de transport des supports<sup>234</sup>. Ces capacités furent d'ailleurs encore accrues par les progrès réalisés dans les algorithmes de compression et l'apparition de nouveaux supports tels la fibre optique, lesquels ouvrent la voie aux réseaux universels à large bande passante ou le transport des communications par satellites ou mobiles.

Cette révolution numérique est à l'origine d'une réelle sophistication des services et ouvre la voie à des économies d'envergure entre le secteur des télécommunications et celui de l'informatique. En effet, la base de connaissance de l'industrie s'est déplacée de l'électromécanique à l'informatique. La conséquence est la part croissante des coûts fixes (recherche-développement et logiciels), l'obsolescence rapide des technologies et l'explosion de l'offre des services. L'apparition d'économies d'échelle d'une telle ampleur a modifié la taille du marché pertinent de l'industrie qui ne peut plus se concevoir sur une base uniquement nationale<sup>235</sup>. La convergence avec l'informatique (les deux industries ont la même fonction, le traitement de données numériques) induit l'enjeu de l'interopérabilité et de la communication entre systèmes et pose donc le problème de la normalisation des formats et des protocoles<sup>236</sup>. L'industrie dans son ensemble est donc passée de marchés monopolistiques, reposants sur des systèmes techniques dédiés et fermés à des marchés concurrentiels assis sur des systèmes techniques ouverts et répartis fonctionnant sur des équipements hétérogènes. La fin de cette logique dédiée s'incarne par l'interopérabilité dans le domaine des équipements et l'interconnexion dans celui des services.

La dynamique de libéralisation entamée dans les télécommunications avec le procès AT&T ne se limita pas à la simple séparation des infrastructures et des services. En effet, la notion même de segment en monopole naturel tend à disparaître dans les télécommunications du fait des progrès techniques. L'infrastructure de réseau n'est plus un passage obligé pour les compétiteurs de l'opérateur historique, lesquels peuvent s'appuyer sur des réseaux hertziens

---

<sup>233</sup> On ne transporte plus directement des fréquences vocales, lesquelles se déforment en fonction de la distance. On échantillonne le signal, puis on l'exprime par une série de codes numériques. Il s'agit d'une modulation par impulsion et codage (MIC).

<sup>234</sup> En effet, le multiplexage temporel permet de jouer sur la nature discontinue de chaque signal pour en transporter plusieurs simultanément.

<sup>235</sup> Quélin B., (1992), « Trajectoires technologiques et diffusion de l'innovation : l'exemple des équipements de télécommunication », *Revue d'économie industrielle*, 62/4, pp.83-105.

<sup>236</sup> Modèle OSI, *Open System Interconnexion* ou technologie ATM.

ou sur des réseaux concurrents (cf. l'accord Cegetel / SNCF). La complexité du dégroupage pour la boucle locale montre que plus est qu'il peut être efficient de dupliquer les infrastructures dans certaines zones. Autre raison pour laquelle le secteur des télécommunications n'est peut être plus caractérisé par l'existence d'un monopole naturel, le caractère marginal du coût de transport et la faiblesse des solidarités technico-économiques liées à l'infrastructure de réseau. Tout d'abord, il est possible de gérer les droits de propriété au sein d'un réseau de télécommunications. Les messages sont parfaitement individualisés et l'activité de transport est, à ce titre, facturable. Ensuite, les charges de réseau ne proviennent que très marginalement du transport lui-même mais sont imputables aux appareils de commutations en œuvre de part et d'autre de l'infrastructure de réseau. La commutation par paquets neutralise alors l'argument du monopole naturel. Comme l'écrit Marcel Boiteux<sup>237</sup> : « *les charges terminales deviennent tout à fait prépondérantes, face à des liaisons dont la capacité s'est formidablement accrue. Or ce sont ces liaisons qui étaient le siège des principaux effets de réseau, générateurs de rendements croissants et donc de monopole naturel. Dans l'électricité, au contraire, c'est le réseau lui-même qui est coûteux, très coûteux même* ». Cette dynamique technologique va confluer avec une nouvelle analyse théorique, consacrant ainsi une double rupture paradigmatique dans l'économie des télécommunications.

### La rupture théorique

La théorie des marchés disputables conclut à l'efficacité de la déréglementation comparée à la réglementation, même pour des marchés caractérisés par des fonctions de coûts sous-additives<sup>238</sup>. Les auteurs considèrent qu'en l'absence de coûts irréversibles, la menace d'une concurrence potentielle conduit spontanément la firme à adopter une tarification optimale, même en l'absence de régulation en ce sens. Tout marché dans lequel une firme concurrente est susceptible d'entrer en compétition avec les firmes présentes est considéré comme disputable. La conséquence sera que les prix ne pourront s'élever durablement au-dessus des coûts marginaux sans susciter de nouvelles entrées<sup>239</sup>. L'apport de cette théorie fut de montrer que le degré de concurrence sur un marché ne dépend pas fondamentalement du nombre de firmes. Dès l'instant où liberté d'entrée et de sortie sont préservées, le marché peut être

---

<sup>237</sup> Boiteux M., (1999), *op cit.*

<sup>238</sup> Glais M., (2001), « Marchés contestables », Jessua C., Labrousse C., Vitry D. et Gaumont D. (s.d.), *Dictionnaire des sciences économiques*, PUF, Paris, 1054 p.

<sup>239</sup> Si le prix vient à s'éloigner du coût marginal, des entrées brusques de firmes pour écrémer le marché vont se produire selon le modèle de la "guerre de partisans". En d'autres termes, les concurrents se retireront du marché avant que les entreprises en place n'entament une guerre des prix.

qualifié de concurrentiel. Pour reprendre la définition de Stigler, la libre entrée désigne la possibilité pour un entrant potentiel de produire dans les mêmes conditions techniques et de coût, des biens identiques à ceux offerts par l'entreprise en place. Cependant, la liberté de sortie est le principal apport de cette analyse. Celle-ci désigne une situation dans laquelle, en cas de sortie du marché, le seul coût supporté par l'entreprise est la dépréciation normale du capital engagé. Pour reprendre la typologie de Williamson, les actifs sont parfaitement redéployables. L'avantage de la théorie réside dans le fait que la disputabilité n'est pas l'apanage des situations de concurrence pure et parfaite. En d'autres termes, des situations de monopoles ou d'oligopoles n'auront plus à être considérées comme mauvaises en elles-même par les autorités de la concurrence dès lors que la disputabilité est possible. Il ne sert à rien de considérer la structure du marché. Le nombre de firmes sur un marché peut être déterminé par une optimalité technique. Les autorités de la concurrence devront s'attacher aux comportements des firmes en place, afin de s'assurer que celles-ci n'adoptent pas de stratégies anticoncurrentielles visant à réduire la disputabilité du marché.

Cette approche permet donc d'accroître le périmètre des activités économiques pouvant être gérées par le droit commun de la concurrence. A ce titre, elle permet de faire basculer des pans entiers des entreprises de réseau dans le domaine concurrentiel. Il s'agit de repérer les maillons de la chaîne de production pour lesquels la fonction de coût est sous-additive. Les segments correspondants à cette situation, souvent les infrastructures, ne sont pas disputables. De ce constat naissent les prescriptions de la nouvelle économie des réseaux, à savoir la séparation des segments disputables des autres et la mise en place de règles d'accès et de tarification transparentes et non discriminatoires. Le modèle de Baumol donne à l'autorité de la concurrence un ensemble d'outils lui permettant de contrôler un marché à travers la prohibition des positions dominantes ou des stratégies de prédation. Cependant, diverses limites de cette grille d'analyse sont à souligner. Les auteurs ne tiennent pas compte des phénomènes d'apprentissages nécessaires pour concurrencer les firmes en place. Ceux-ci induisent des délais et des coûts qui limitent de ce fait l'hypothèse de libre entrée. De plus, la théorie ignore les possibilités de réponses et de comportements stratégiques<sup>240</sup> des firmes en place. Autres limites notables, le faible réalisme dans certaines industries de l'hypothèse de non-spécificité des actifs engagés et de non-différenciation des produits entre les entreprises en place et leurs compétiteurs.

---

<sup>240</sup> Dissuasion, menace crédible, manipulation de l'environnement ou des règles institutionnelles, engagements d'investissements irréversibles et politique de croissance externe.

La confluence d'une évolution technique, d'une rupture réglementaire et d'une doctrine juridique

La théorie des marchés disputables rejoint la doctrine juridique de *l'essential facility*<sup>241</sup>. Cette notion a été introduite aux Etats-Unis avec le *Sherman Act* de 1890, attestant de la proximité logique et historique de l'antitrust et de la régulation des utilités. Cette doctrine revint sur le devant de la scène dans les années soixante et soixante-dix. Elle visait à prohiber les abus de position dominante dans les domaines où il existait des goulets d'étranglement. Cette notion fut reprise par le droit communautaire. Pour le tribunal des communautés européennes<sup>242</sup>, il s'agit d'une infrastructure laquelle « *en raison de ses caractéristiques particulières et notamment du coût prohibitif de sa reproduction fait qu'il n'existe pas d'alternatives viables pour les concurrents potentiels qui se trouveraient, de ce fait, exclus du marché* ». Au final, les marchés disputables et la doctrine des infrastructures essentielles fondent une convention de réglementation reposant sur trois hypothèses fortes. La première idée est issue de la jurisprudence concurrentielle américaine des années soixante et soixante-dix. Il s'agit d'un présupposé défavorable à l'intégration verticale<sup>243</sup>. Autre hypothèse sous-jacente pour le moins ambitieuse, l'idée selon laquelle la concurrence sera possible, immédiate et réelle sur les segments hors monopole. Troisième élément, mais qui s'inscrit toujours dans la même logique, la croyance dans le fait que l'on pourra se limiter à une "réglementation à la main légère" dont les coûts seront limités et transitoires avant que le secteur ne soit mûr pour être régulé selon le droit de la concurrence.

Le marché américain des télécommunications constitua le laboratoire d'expérimentation de cette théorie. Il s'agit d'un parfait exemple de construction d'une théorie conjointement au règlement d'un différent juridique. Comme le montre D.Allen, la construction de la théorie des marchés disputables est inséparable des argumentaires théoriques des différentes parties au procès antitrust<sup>244</sup>. L'exploitation des réseaux appartenait en effet à des firmes privées en monopole local contrôlées par des agences chargées de la régulation du marché. La position dominante d'AT&T depuis l'entre-deux-guerres avait induit une régulation dérogatoire des

---

<sup>241</sup> Bouttes J.P. et Haag D., (1996), « Economie des réseaux d'infrastructure », in Brousseau E., Petit P. et Phan D., *op cit.*

<sup>242</sup> 15 septembre 1998.

<sup>243</sup> Joskow P.L., (1991), «The role of transaction cost economics in antitrust and public utility regulatory policies" » *Journal of law, economy and organization*, vol 7.

<sup>244</sup> Allen D., (1992), « Le débat d'idées, avant et après le démantèlement d'AT&T », *Réseaux*, revue du CNET, n°56.

lois antitrusts. L'entreprise était contrôlée au niveau fédéral par la FCC (*Federal Communication Commission*). La régulation était en fait encore plus complexifiée par le jeu de la multiplicité des instances de régulation (les *Public Utilities Commissions* dans chaque Etat et le système judiciaire de Droit Commun c'est-à-dire les cours d'appel de chaque Etat et le Département de Justice). La situation d'AT&T, dérogoire du droit commun, se traduit dans le *Consent Agreement* de 1956 qui limitait ses activités au domaine des *Common carrier communications services*, lui interdisant l'accès au traitement de l'information. La convergence entre l'informatique et les télécommunications fut comprise dès le début des années soixante-dix. Le nouveau *Consent Decree* de 1982, qui se substitua à celui de 1956, d'où son nom de *Modified final judgement*, conduisit AT&T à abandonner ses sociétés téléphoniques locales en échange du droit de développer ses activités informatiques et les réseaux à valeur ajoutée. L'accord fut facilité par la différence d'appréciation de la source du pouvoir de marché entre le Département de la Justice et la firme. Pour le juge, le contrôle du goulot d'étranglement que constituait le réseau local était la clé du pouvoir de marché. A l'inverse, AT&T a toujours considéré que son pouvoir de marché résultait de sa capacité à raccorder les réseaux locaux entre eux au sein d'un système unique (la colonne vertébrale du réseau, *bone network*) que constituait son réseau interurbain. L'accord pu donc se faire, soutenu par la volonté du juge de promouvoir des connexions conformes au principe d'architecture ouverte des réseaux (*open network architecture – ONA*). Cette logique se fonde sur l'idée qu'il faut démanteler de façon logique les réseaux en composantes élémentaires (*unbundling*) afin de susciter de la concurrence sur chacune d'entre-elles. Les prescriptions de la théorie des marchés disputables pouvaient être mises en œuvre.

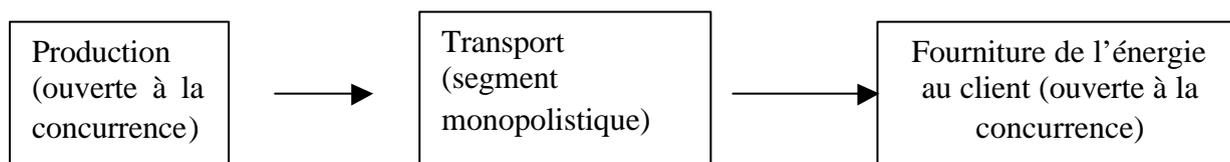
- La nouvelle économie des réseaux et la disparition "organisée" du monopole naturel

### La séparation des différents segments

Le secteur des télécommunications a servi de laboratoire dans la construction d'une nouvelle doctrine économique pour la régulation des industries de réseau. Il s'agit d'une construction réflexive entre la théorie économique et son objet. L'économie des réseaux et la théorie de la régulation des monopoles naturels ont été formatées selon ce précédent idéal-typique.

Les services publics de réseaux se subdivisent en quatre branches. La première recouvre les services d'environnement tels l'eau. Ceux-ci sont opérés au niveau local (régie) ou concédés au privé. De ce fait, ils ne rentrent pas dans la problématique de la mise en concurrence des opérateurs publics de réseaux<sup>245</sup>. Cette problématique se retrouve pour les trois autres industries de réseau : à savoir les transports, les télécommunications et l'énergie. Le réseau désigne le segment en situation de monopole naturel, c'est-à-dire l'infrastructure d'interconnexion. Les frontières de ce segment varient selon des paramètres de la fonction d'offre, de demande et des objectifs de redistribution des pouvoirs publics<sup>246</sup>. Il s'agit alors, dans le cadre de la nouvelle économie des réseaux, de limiter le monopole légal au seul segment en monopole naturel. Il s'agit de rendre possible le libre accès à celui-ci à l'ensemble des opérateurs. Dans le cadre de cet objectif, le régulateur va devoir encourager l'entrée de nouveaux concurrents dans l'industrie<sup>247</sup>.

Il s'agira donc de mettre en œuvre un démantèlement, au moins vertical, de l'opérateur historique pour rendre possible la concurrence.

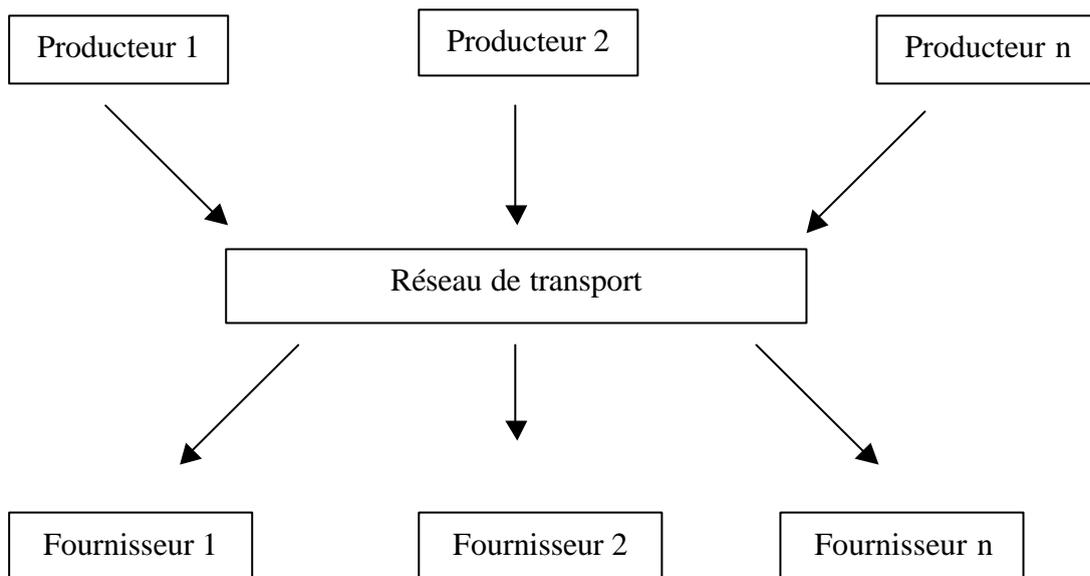


Le régulateur britannique a choisi une option beaucoup plus radicale quant à la séparation des différents segments de l'industrie. Il a doublé la séparation verticale d'un démantèlement horizontal de l'opérateur national.

<sup>245</sup> Nous verrons lorsque nous étudierons notre base de données à quel point la problématique des services publics concédés s'éloigne de celle des services publics nationaux.

<sup>246</sup> Nous verrons avec le législation européenne dans quelle mesure la prise en compte de missions de service public va justifier le maintien de droits exclusifs visant à autoriser des subventions croisées pour financer celles-ci.

<sup>247</sup> Lévêque (1998), *op. cit.*



Nous avons vu que cette politique de démantèlement de l'opérateur dominant prend sa source dans le procès d'AT&T devant l'antitrust. Un autre exemple peut être cité, celui du démantèlement des chemins de fer britanniques. L'opérateur historique a, en effet, été scindé en 70 entités et privatisé<sup>248</sup>. La propriété et la gestion du réseau ont été confiées à un monopole privé, *Railtrack*. Celui-ci loue les gares et les dépôts aux exploitants des lignes. Le matériel roulant a été dispersé entre trois compagnies. Le fret a lui aussi fait l'objet d'un démantèlement. Le service passage a été découpé en 26 entités régionales, en concession pour 7 à 15 ans et attribuées aux enchères<sup>249</sup>. Une des difficultés est de savoir quel est le niveau de démantèlement le plus efficace. Du fait des économies d'échelle, une dispersion trop importante risquerait de se révéler contre-productive. Dans un cas extrême, une privatisation simple se traduirait par la substitution d'un monopole privé à un monopole public<sup>250</sup>. Tirole<sup>251</sup> suggère qu'il est préférable de démanteler excessivement le monopole sachant que les

<sup>248</sup> Un retour en arrière a eu lieu en catastrophe en 2001, comme nous l'avons montré lorsque nous avons illustré l'argument de la contrainte budgétaire molle.

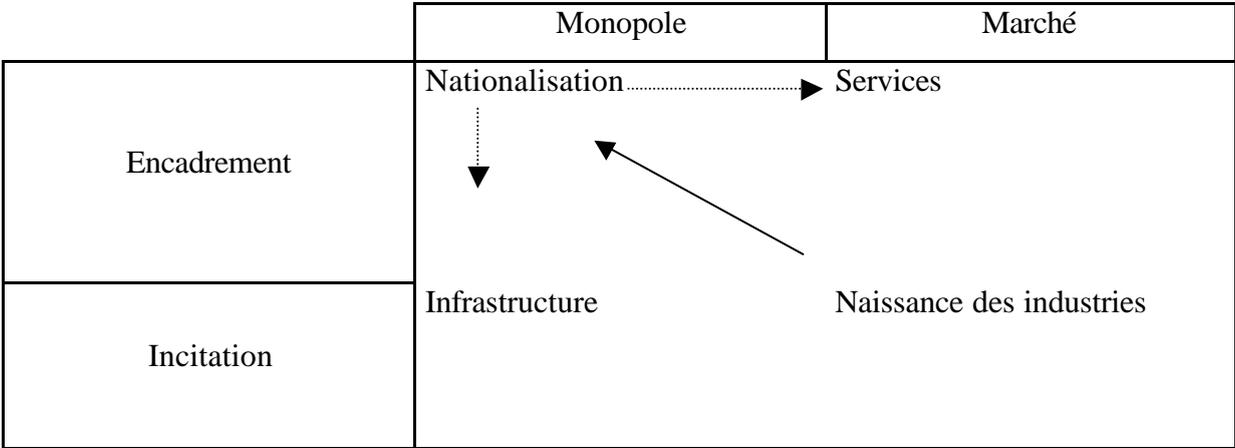
<sup>249</sup> Connex, filiale de Vivendi, en a obtenu deux.

<sup>250</sup> La privatisation sans démantèlement de British Gas fut un échec. L'office de régulation (*Ofgas*) dut batailler dix ans pour obtenir l'auto-démantèlement de la compagnie. Le problème de la privatisation est un problème second. La mise en concurrence de l'opérateur donne plus d'incitations à l'efficacité que les changements de droits de propriété. Il n'est pas dit que le contrôle interne soit nettement plus strict lorsque l'actionnariat est dispersé. De la même façon, le contrôle externe est rarement ciblé sur l'efficacité productive et le risque de faillite est peu crédible pour les opérateurs de télécommunications et d'électricité.

<sup>251</sup> Tirole J., (1992), « Ownership and Incentives in a Transition Economy », MIT, nimeo, Cambridge, Etats-Unis.

mécanismes spontanés du marché reconstitueront des firmes de taille optimale. Nous retrouvons ici le raisonnement de Coase en 1937 dans son article sur la nature de la firme.

Selon Nicolas Curien, il est possible de diviser tout réseau en trois couches distinctes et séparables. La couche basse correspond aux infrastructures. Les économies d'échelle sont ici très importantes et les firmes qui entreraient sur ce segment auraient à faire face à des coûts irrécouvrables très importants. Il s'agit d'infrastructures essentielles. Il convient donc de réguler ce segment par des règles prescriptives définissant les conditions techniques d'accès à celle-ci pour tous les opérateurs potentiels et les tarifs d'interconnexion. Il est possible de mettre en œuvre des mécanismes incitatifs via des concessions d'infrastructures mises aux enchères ou gérées à partir de soumissions comparatives. La couche médiane des réseaux correspond à la couche logicielle ou infostructure. La couche intermédiaire est le niveau de contrôle-commande. L'infostructure sert à optimiser l'emploi de l'infrastructure et de piloter l'intermédiation réalisée par le réseau. Dans celle-ci prévalent les contraintes de coordination. Il existe encore des économies d'échelle (par exemple les bases de données) et des externalités de réseau. La régulation doit veiller à ce que la sécurité de l'acheminement des flux et l'interopérabilité soient assurées. La couche haute est celle des services finals. S'il existe encore des externalités (effets de club, questions de compatibilité entre les réseaux et les services), les coûts fixes sont faibles et de ce fait la disputabilité est possible. Ainsi, l'exemple des télécommunications permet à Curien de tracer une dynamique susceptible d'être appliquée à l'ensemble des industries de réseaux.



La même logique est mobilisée par Marcel Boiteux<sup>252</sup> quand il explique la substitution d'une entreprise nationale intégrée verticalement au régime des concessions en arguant de facteurs technologiques tels l'importance des coûts fixes, la durée de vie des équipements et l'unicité naturelle des réseaux. Notons que seul le dernier facteur est à même de justifier l'existence d'un monopole naturel du fait de la sous-additivité de la fonction de coût. De plus, cette logique revient à réduire le service public à la Française au modèle du monopole public nationalisé. Or, ce modèle n'apparut qu'après la seconde guerre mondiale et ne saurait être assimilé à la tradition juridique du service public qui reposait, elle, sur la concession de service public accordée à des entreprises privées dans le cadre de cahiers des charges précis. Il convient de ne pas réduire le service public au modèle historiquement daté qui est aujourd'hui contesté par Bruxelles<sup>253</sup>.

La "déréglementation" va s'opérer en trois temps. Le premier sera celui de la libéralisation par l'ouverture à la concurrence. Le second consistera en la privatisation ou dans le démantèlement (désintégration verticale au minimum) de l'opérateur historique<sup>254</sup>. La troisième phase sera celle de la déréglementation *stricto sensu*, c'est-à-dire la disparition du régime de prescription (régulateur administratif spécialisé) au profit d'un régime d'incitation (droit commun de la concurrence). Le modèle de l'économie des télécommunications suppose donc de séparer l'infrastructure (couche basse) des services et de réguler très strictement la première afin de garantir l'accès des tiers au réseau. L'objectif de cette régulation est d'interdire à l'opérateur historique de profiter de sa position dominante et d'éviter que les concurrents ne soient obligés de dupliquer certaines infrastructures essentielles faute de pouvoir accéder aux infrastructures. Cependant, il convient de souligner les difficultés que peut susciter la désintégration verticale de l'opérateur historique. D'une part, il s'avère difficile, dans la pratique, de séparer les activités concurrentielles du segment monopolistique. D'autre part, la séparation organique va induire des coûts de transaction et de coordination difficiles à évaluer *ex ante*. Il convient, en effet, de ne pas seulement considérer les coûts directs liés à la fourniture du bien économique, mais de prendre en compte les coûts

---

<sup>252</sup> Boiteux M., (1999), *op cit.*

<sup>253</sup> Baumstark L. et Bonnafous A., (2000), « La relecture théorique de Jules Dupuit par Maurice Allais face à la question du service public », in Dockès P., *Les traditions économiques françaises, 1848-1939*, ed. du CNRS, pp. 397-415.

<sup>254</sup> Cette logique est celle des directives européennes de libéralisation. On la retrouve pour les chemins de fer (91/440), pour les télécommunications (90/387 et 96/19), pour le gaz (98/30) et pour l'électricité (96/92). Les directives laissent le choix aux états entre trois options. La première est l'indépendance juridique (séparation institutionnelle). La seconde recouvre la filialisation (séparation fonctionnelle). La troisième est l'*unbundling* (séparation comptable).

d'élaboration et de suivi des échanges. Il ne faut pas perdre de vue que l'organisation hiérarchique permet d'économiser les coûts de transaction en facilitant la circulation des informations et en réduisant l'incertitude. Nous retrouvons ici la limite principale de la nouvelle économie des réseaux appliquée à l'électricité, à savoir la méconnaissance de l'impact économique des solidarités techniques existant entre les différents maillons du système de production.

### La tarification de l'accès des tiers au réseau

L'ouverture de l'accès des tiers au réseau va poser le problème du niveau optimal de facturation de celui-ci. Nous reviendrons dans la section II.2 sur les règles de tarification propres au secteur électrique. Nous n'envisagerons ici que le cas général et son traitement par la théorie économique.

La fixation des niveaux de péages à appliquer aux segments en monopole naturel suscite de nombreuses difficultés. Trop élevés, ils découragent l'entrée et induisent un surinvestissement dans le réseau. Trop faibles, ils autorisent des entrées de firmes inefficaces et conduisent à une dégradation du réseau faute de maintenance, renforcement et extension. La solution la plus simple à l'accès des tiers au réseau serait bien sûr une négociation directe entre les deux parties selon le modèle de Ronald Coase. Ce mode d'accès était pratiqué au Royaume-Uni entre *Railtrack* et EWSR, principal exploitant quant au fret. La possibilité introduite par la directive de 1996 sur l'accès des tiers au réseau négocié, dont seule l'Allemagne a expérimenté la voie, participait à cette logique. Cependant, il convient de souligner que cette voie ignore les coûts de transaction, les rapports de force et l'intérêt bien compris d'un propriétaire de réseau encore lié à l'opérateur historique (barrières à l'entrée, subventions croisées).

Dans le secteur des télécommunications, les règles de tarification de l'accès au réseau sont débattues mais reposent sur des fondements solides<sup>255</sup>. Le régulateur doit prévenir quatre risques. Le premier résiderait en une stratégie de l'opérateur historique qui consisterait en une

---

<sup>255</sup> Notons cependant que les coûts joints et les coûts fixes représentaient quelque 35 % des coûts de France Télécom en 1996. Les règles d'imputation de ceux-ci sont toujours sources de difficultés dans l'établissement d'un tarif.

Champsaur P., (1996), *Rapport du groupe d'expertise économique sur l'interconnexion et le financement du service universel dans le secteur des télécommunications*, ministère délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace.

fixation des tarifs d'interconnexion à un niveau très proche des prix de détail de façon à annihiler les marges des nouveaux compétiteurs (effet de ciseaux). Il s'agit, deuxièmement, d'éviter les discriminations entre les utilisateurs potentiels du réseau. Troisièmement, il convient d'assurer l'accès à l'infrastructure à un tarif non prohibitif, et ce afin d'éviter les stratégies de contournement (*by pass*), lesquelles se traduisent par une duplication inefficace socialement de celle-ci. Il convient cependant, il s'agit de la quatrième contrainte, de rémunérer suffisamment l'opérateur de réseau pour qu'il engage les investissements de maintien et de développement du réseau.

Schématiquement, deux types de tarifications sont possibles. Les tarifs de Baumol et Sidak (*Efficient component pricing rule – ECPR*), favorisent les entrées. Le tarif d'interconnexion est alors égal à la somme du coût incrémental direct lié à l'interconnexion et du coût d'opportunité (manque à gagner) de l'opérateur historique par minute de communication écoulée par l'opérateur entrant<sup>256</sup>. Le tarif ECPR réalise le "principe d'indifférence"<sup>257</sup>. La charge d'accès est fixée à un niveau pour lequel il est indifférent pour l'opérateur historique de fournir la prestation lui-même ou de la faire assurer par son concurrent. Il est optimal socialement dans la mesure où il n'autorise les nouvelles entrées que si elles apportent un gain en terme de bien être collectif. Le tarif n'autorise les entrées que des opérateurs plus efficaces que l'opérateur historique<sup>258</sup>. Une des difficultés, posées par ce tarif, réside dans le fait qu'il ne remet pas en cause les profits de l'entreprise anciennement en monopole. Autre limite que nous pouvons mettre en évidence, la prise en compte du coût d'opportunité du monopole. En effet, faut-il dédommager l'opérateur historique pour toute demande adressée à un nouvel entrant ? La demande adressée à ce dernier est, peut être, le fruit de sa politique commerciale et n'aurait jamais vu le jour dans le précédent contexte<sup>259</sup>.

Si un emploi efficace de la ressource essentielle est privilégié, le tarif d'interconnexion pourra se baser sur les coûts moyens incrémentaux de long terme (CMILT). Le CMILT mesure le coût qu'encourt l'opérateur historique par minute de trafic du fait du supplément de trafic que lui adressent les nouveaux entrants. Le coût est calculé en valorisant les équipements de

---

<sup>256</sup> Notons que ce tarif, un temps expérimenté en Nouvelle Zélande et en Grande Bretagne, brille par son impraticabilité. Ce tarif souffre aussi de deux handicaps. Il ne permet pas de couvrir les coûts fixes d'infrastructure et n'est pas lié aux paramètres de demande.

<sup>257</sup> Percebois J., (1997) *op. cit.*

<sup>258</sup> Siddayao C., (1995), « Pricing Transmission in a Reformed Power Sector : Can U.S. Issues be generalized for Developing Countries ? », *Cahiers de recherche du CREDEN*, Montpellier, 35p.

<sup>259</sup> Percebois J., (1999), *op. cit.*

réseau à leur valeur de remplacement (par les technologies les plus performantes du moment) et non à leur valeur comptable (historique). Notons que selon la base de calcul choisie, le CMILT est plus ou moins favorable à l'opérateur historique<sup>260</sup>. Laffont et Tirole ont cependant proposé, en 1996, une tarification de l'accès au réseau qui repose sur une optimalité de second rang et qui intègre un volet incitatif<sup>261</sup>. Ce tarif correspond, en fait, à une tarification à la Ramsey-Boiteux en information imparfaite<sup>262</sup>.

### L'accès des tiers au réseau suffit-il à créer les conditions de la concurrence pure et parfaite ?

L'expérience anglaise en matière de tarification de l'accès des tiers au réseau est instructive. Il apparaît que la garantie de l'accès aux infrastructures essentielles n'a pas été considérée par les Britanniques comme suffisante pour susciter une réelle mise en concurrence de l'opérateur historique. De là vint un retournement. Il ne s'agissait plus de rendre la concurrence possible (constructivisme réglementaire), mais de la développer voire de la renforcer (constructivisme concurrentiel, que nous aborderons dans notre troisième chapitre). Le cas de la régulation asymétrique dont bénéficia Mercury de la part de l'*Oftel*, illustre bien cette politique<sup>263</sup>. Les règles de l'ATR, outrageusement favorables à Mercury, ont permis de faire émerger un concurrent sérieux pour British Telecom.

Au final, deux approches irréductibles et complémentaires peuvent être mises en évidence dans le cadre de ce changement de paradigme théorique. Il s'agit de celle des marchés disputables et de celle de la nouvelle économie publique. La première ambitionne de restaurer les mécanismes concurrentiels en rendant possible l'entrée de nouveaux compétiteurs sur le marché. Ce procédé rend inutile la propriété publique ou la régulation stricte, lesquelles visent à prévenir l'extorsion du surplus du consommateur. La seconde a enrichi l'économie publique standard de raisonnements issus de la théorie des incitations et de la théorie du *public choice*.

---

<sup>260</sup> Delache X. et Chitour E., (1999), « Ouverture à la concurrence et évaluation des coûts dans le secteur des télécommunications », *Troisièmes entretiens* de l'Autorité de Régulation des Télécommunications, Paris, 27 mai.

<sup>261</sup> Laffont J.J. et Tirole J., (1996), « Creating Competition through Interconnection – Theory and Practice », *Journal of Regulatory Economics*, n° 10, pp.614-641.

<sup>262</sup> Il convient de mettre en avant un argument qui fera sens dans le choix d'un tarif pour l'accès des tiers au réseau dans le domaine électrique. Le tarif d'accès ne doit pas être trop complexe afin de ne pas nécessiter trop d'informations qui ne sont pas directement disponibles pour le régulateur. De la même façon, les nouveaux entrants peuvent être dissuadés par un tarif trop complexe. Celui-ci leur paraîtrait par trop susceptible de faire l'objet de manipulations. Le choix du timbre-poste pourra être lu selon cette grille d'analyse.

<sup>263</sup> Armstrong M. et Vickers J., (1995), « Competition and Regulation in Telecommunications », in Bishop M. et al. *The Regulatory Challenge*, Oxford University Press, Oxford, pp. 283-308.

L'accent est alors mis sur les dysfonctionnements de la tutelle publique<sup>264</sup>, d'une part, et sur la nécessité de mettre en place des contrats incitatifs<sup>265</sup>, d'autre part. Le champ d'analyse de l'économie publique se déplace donc des défaillances de marché aux défaillances publiques. Il s'agit de se rapprocher le plus possible des mécanismes de marché pour converger vers l'optimum parétien<sup>266</sup>.

Au final, pour les analyses de la nouvelle économie publique et de la nouvelle économie institutionnaliste, les politiques optimales de second rang menées par les nations industrialisées depuis la dernière guerre sont vouées à l'échec. Cette contestation repose sur deux principes. D'une part, l'action publique est supposée moins efficace que le marché. D'autre part, l'Etat n'est pas considéré comme un représentant légitime de l'intérêt général. Malgré son pessimisme quant aux capacités de l'Etat, la nouvelle économie publique garde sa foi en la capacité de la science économique à forger des prescriptions normatives à même de définir des contrats optimaux. Les prescriptions de l'économie publique seraient capables de mettre en place des structures incitatives pouvant restaurer l'efficacité concurrentielle. Il s'agit donc de recréer les conditions dans lesquelles les mécanismes de concurrence pure et parfaite peuvent s'appliquer. Le modèle walrasien est à la base du raisonnement. La régulation consiste alors à rendre peu à peu effectives les logiques issues des modèles théoriques. Par exemple, la théorie des marchés disputables vise à restaurer l'hypothèse de fluidité.

Ce basculement marque un changement de paradigme dans les politiques publiques. Le modèle allaisien est contesté via la remise en cause des hypothèses d'omniscience (mise en évidence des asymétries d'information et théorie des incitations) et de bienveillance des acteurs publics<sup>267</sup>. Les missions de l'opérateur historique sont simplement réduites à la fourniture d'un bien économique. Cette logique n'est pas celle de la convention de réglementation extérieure dans laquelle le monopole public se voyait chargé de missions macroéconomiques (place de l'équipement d'EDF dans le premier Plan, choix des constructeurs français pour équiper les nouvelles tranches), de politique industrielle (constitution de champions nationaux à l'exportation), sociaux et distributifs (ex. le Franc breton). La mission de l'entreprise nationale était de porter les missions de service public et

---

<sup>264</sup> Quinet E., (1999), *op. cit.*

<sup>265</sup> Tirole J., (1999), *op. cit.*

<sup>266</sup> Laffont J.J. & Tirole J., (1993), *op. cit.*

<sup>267</sup> Laffont J.J., (2000), *op. cit.*

d'exercer un effet d'entraînement sur la branche électrique et indirectement sur l'ensemble de l'économie française. L'approche segmentée et axée sur la seule fourniture d'une commodité, qui est celle de la convention de la réglementation absente, ne peut porter ces objectifs.

Le recours au marché, rendu possible par la division verticale des anciens monopoles naturels apparaît donc comme la régulation la plus efficiente. Le recul de la régulation de type centralisé s'incarne par ailleurs dans l'essor des autorités administratives indépendantes. La privatisation va incarner l'issue naturelle, mais aussi la variante la plus radicale de ce démantèlement.

Cependant, l'application de ce modèle forgé sur le cas des télécommunications ne va pas sans poser de graves difficultés dans le domaine de l'électricité. Celles-ci viennent des fortes spécificités du produit et des fortes influences qu'exercent sur lui la configuration et la situation des infrastructures de réseau. La spécificité du produit électricité vient du fait qu'il ne peut être stocké, que sa demande varie à tout instant de façon non prédictible et qu'il appartient à l'opérateur du système électrique d'égaliser à chaque instant l'offre et la demande. De plus, à l'inverse des télécommunications, il est impossible d'individualiser le flux électrique, flux dont le parcours sur le réseau est non maîtrisable. En outre, toute transaction affecte l'ensemble des transactions en cours sur le réseau<sup>268</sup>. La difficulté de la libéralisation du secteur électrique comparé aux télécommunications revient à la nécessité de définir une ingénierie réglementaire permettant l'articulation entre la coordination marchande et l'équilibrage technique<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> La qualité d'une transaction est fonction de la coordination technique de toutes les transactions en cours.

<sup>269</sup> Wilson R.B., (1998), «Design principles », in Chao H. & Huntington H., eds, *Designing competitive electricity markets*, Kluwer Academic Publisher.

## II.2 Les défaillances du libéralisme constructiviste

### II.2.1 Critiques de la cohérence interne de la nouvelle réglementation aux points de vue économiques et productifs

#### II.2.1.1 Les impasses du paradigme télécommunicationnel

- Le réseau de transport de l'électricité reste au cœur du système électrique et demeure un monopole naturel

L'électricité se distingue des autres utilités par l'importance des solidarités technico-économiques qui caractérisent le réseau<sup>270</sup>. De nombreuses spécificités sont à mettre en évidence, notamment quant à la gestion en temps réel de celui-ci. Un réseau n'est libéralisable facilement que si sa nature technique le met à l'abri des perturbations imprévues et des externalités liées aux transactions qu'il supporte. Ceci suppose de considérer un ensemble de paramètres tels des facteurs d'offre (degré de maîtrise des flux, conséquences d'un engorgement du système...) et de demande (quelles conséquences pour une dégradation de la qualité du service ?). Des facteurs liés aux décisions d'investissements sont aussi à considérer. Il faut s'attacher à la durée de vie de ceux-ci, à leur spécificité, à l'existence de substituts ou au degré de complexité et d'incertitude caractérisant la gestion des relations entre les différents maillons de la chaîne de production. Troisième ensemble de facteurs à considérer, la spécificité et la solidarité dans la définition du produit. Il s'agit de savoir s'il est possible de séparer le management technique du réseau de transport de la qualité du produit. Nous voyons que les situations des réseaux de télécommunications et d'électricité sont radicalement différentes eu égard à ces critères.

L'électricité demeure un monopole naturel du fait de la présence de fortes économies d'échelles. Quand la capacité d'une artère de transport double, son coût n'est augmenté que de 50%. Le pouvoir fédérateur du réseau permet de tirer profit des effets de foisonnement de la demande<sup>271</sup>. Le maillon en monopole naturel, le transport, assure aussi une fonction de

---

<sup>270</sup> Bouttes J.P. & Haag D., (1996), *op cit.*

<sup>271</sup> Le même processus se retrouve pour les télécommunications avec la loi d'Erlang.

coordination technique, permettant d'exploiter les externalités pouvant se créer entre les transactions commerciales et d'offrir un bien collectif, la sécurité de fourniture. L'activité de transport permet aussi d'organiser la coordination économique de court terme entre les unités de production (rapprochement de l'équilibre de marché de l'ordre de mérite en terme de coûts marginaux). En d'autres termes, il ne peut exister de transaction bilatérale, mais seulement des trilatérales. Les services essentiels aux transactions (assurances de fourniture et de qualité des produits) ne peuvent être offerts que par l'opérateur de réseau. Le marché ne peut donc se substituer au dispatching pour organiser spontanément une multitude de transactions porteuses d'externalités<sup>272</sup> et proposer une offre multi-produits pour chacune d'elles<sup>273</sup> (énergie, puissance, qualité,...). Le réseau est porteur d'économies résultant d'une compensation spatiale des transactions à partir de deux variables, la loi des grands nombres et la forme de la demande agrégée. Grâce au réseau, le consommateur bénéficie de l'ensemble des ressources de production disponibles quelles que soient leurs situations. Cependant, à partir d'une certaine distance, les effets bénéfiques de l'interconnexion vont tendre vers zéro. Cela vient du fait que les rendements des effets de foisonnement sont décroissants et que les coûts liés à l'interconnexion augmentent avec la distance. Notons cependant que l'intégration verticale de l'industrie peut s'expliquer par la prise en compte des coûts de transaction. Quels que soient les contrats de long terme signés entre les contractants, ceux-ci sont subordonnés à l'action de l'opérateur de réseau. Celui-ci doit gérer toutes les unités de production en fonction de toutes les autres à tout instant. Il y a donc une intégration de facto entre le pilotage du réseau et la production.

De plus, l'électricité se caractérise par une série de spécificités qui la rend irréductible au paradigme issu de l'économie des télécommunications. Tout d'abord, le kWh n'est pas stockable. Il faut équilibrer à tout instant l'offre et la demande quels que soient les aléas. Il est impossible de gérer les déséquilibres par des mécanismes de file d'attente comme dans les télécommunications. Il est dangereux d'ajuster par la qualité, comme c'est le cas dans les réseaux de gaz. Autre spécificité de l'électricité, la fongibilité de celle-ci dans le réseau. Du fait de la loi de Kirchhoff, il est impossible d'individualiser les mouvements d'énergie électrique dans un réseau maillé. Les déplacements ne pouvant être individualisés, on ne peut savoir qui alimente qui et quel est le trajet emprunté par l'énergie. De façon conséquente, le

---

<sup>272</sup> Economies d'envergure, effets de foisonnements et réduction induite des réserves de puissance.

<sup>273</sup> Gegax D. et Novotny K., (1993), « Competition and the electric utility industry : an evaluation », *The Yale journal on Regulation*, vol 10, n° 63, pp.63-87.

phénomène du *loop flow* induit que chaque transaction affecte l'équilibre des charges sur l'ensemble du réseau.

A l'inverse de ce qui s'est produit dans le domaine des télécommunications avec les liaisons satellitaires et la fibre optique, aucun progrès technique majeur n'a été enregistré dans le domaine électrique de façon à réduire les coûts de transports (ceux-ci peuvent représenter jusqu'à 10 à 20 % des coûts). Les innovations possibles telles la transmission d'énergie sans fil<sup>274</sup> et la supraconductivité<sup>275</sup> restent pour l'instant des utopies ou des technologies expérimentales. L'électricité n'est pas prête à s'abstraire de son réseau physique. La même évolution concerne l'infrastructure (moyens de commande). Si les logiciels utilisés dans les télécommunications ont réduit drastiquement les économies d'échelle, les progrès de l'électronique de puissance sont encore insuffisants pour révolutionner le contrôle des flux dans les réseaux électriques<sup>276</sup>. L'argument du contrôle des flux est bien sûr dirimant entre les deux industries. Il est possible de les maîtriser dans les télécommunications et de recourir à des mécanismes locaux pour gérer les saturations, ce qui est rigoureusement impossible dans le domaine électrique. Une autre différence entre les deux industries est liée à la question de la qualité du produit. Dans les télécommunications, celle-ci dépend de la coordination entre le client et l'entreprise de services. A l'inverse, pour l'électricité, la qualité du produit dépend principalement de la coordination entre le producteur et le *dispatching* et de la qualité du

---

<sup>274</sup> Si la transmission d'électricité sans fil fut testée par Tesla dès 1912, les véritables expérimentations ne commencèrent que dans les années soixante dans le cadre des programmes spatiaux américains. La réalisation de centrales satellites en orbite géostationnaire fait l'objet de nombreuses études. Les résultats pourraient être transposés au transport d'énergie électrique sans fil. Cependant, les difficultés sont nombreuses dans les deux cas. Le transport ne peut se faire que par micro-ondes ou par lasers (avec dans ce cas un rendement très faible), ce qui pose des problèmes environnementaux et de compatibilité électromagnétique.

Deschamp L., (2000), « Des centrales solaires spatiales des années 1900 à demain », *Bulletin d'histoire de l'électricité*, n° 35, pp.79-100.

<sup>275</sup> Les supraconducteurs, connus dès les années soixante, bénéficièrent d'un regain d'intérêt dans les années quatre-vingt grâce à deux percées techniques. Tout d'abord, la supraconduction fut obtenue non plus seulement pour des courants continus, mais aussi pour des courants alternatifs. Ensuite, les supraconducteurs céramiques (les "pérovskites") limitent le refroidissement nécessaire permettant ainsi de fortes économies de coûts et une notable simplification des procédés. Deux conséquences de ces innovations pourraient potentiellement bouleverser le secteur électrique. L'affranchissement de la résistance électrique offrirait la possibilité de réduire les quantités d'énergie dissipées par effet joule dans le transport et donc d'en réduire drastiquement le coût. La faible température dans laquelle le supraconducteur doit être maintenu permet en effet de limiter les chocs entre les électrons. Autre opportunité offerte par ces supraconducteurs, la possibilité de faciliter le pilotage du réseau en offrant au *dispatching* la possibilité de disposer de réserves d'énergies stockées pour équilibrer les déséquilibres entre l'offre et la demande en temps réel.

Marquet A., (1996), « Trente ans de recherche en électrotechnique supraconductrice en France : des ambitions en dents de scie, un paysage mutant et de nouvelles perspectives », *Bulletin d'histoire de l'électricité*, n° 27, juin, pp. 149-162.

<sup>276</sup> Concédonsons que les progrès actuellement observés dans le domaine de l'infrastructure pourraient à terme réduire la portée de l'argument.

réseau de transport<sup>277</sup>. Dernière différence à relever, il est possible de juxtaposer pour les télécommunications, des réseaux privés et des réseaux publics. Les réseaux privés désignent alors des tronçons interconnectés à l'infrastructure en monopole naturel mais offrant des services privatifs à certains clients. Nous pouvons citer l'exemple des PBX (*private branch exchange*) ou commutateurs privés permettant de relier les différents sites d'une même entreprise. Ce mécanisme est impossible dans le domaine électrique dans la mesure où il signifierait la perte des économies d'échelle liées au foisonnement et celle de la gestion des externalités. Au final, nous pouvons voir que le segment du transport à l'origine du monopole naturel dans les deux industries n'a pas connu dans le domaine électrique les bouleversements qui ont autorisé la dérégulation dans le domaine des télécommunications.

Il s'agit de déterminer les fondements, pour l'électricité, de la préconisation de séparer les services du réseau, bien que ceux-ci apparaissent difficiles à mettre en œuvre. Il convient, d'abord, de souligner que la tarification du transport de l'électricité est une chose ardue. La difficulté vient notamment de la spécificité du produit "électricité" au point de vue physique. La transposition de la logique des télécommunications au secteur de l'électricité provient en partie de la reprise telle quelle de la logique de ce secteur. Il s'agit d'une optique selon laquelle la logique de l'économiste doit se substituer à celle de l'ingénieur. L'optique technique est celle de l'optimisation d'équipements complémentaires devant coopérer pour acheminer un flux. La logique de l'économiste est celle d'un réseau conçu comme le lieu d'une intermédiation économique. La question de l'allocation des ressources l'emporte sur les problèmes de coordination technique. Si cette logique revêt une certaine praticabilité dans le domaine des télécommunications, les contraintes techniques restent centrales dans le domaine électrique.

Il n'en demeure pas moins que la division en trois couches pose problème tant dans le domaine des télécommunications que dans celui de l'électricité. Dans les télécommunications, il est impossible de séparer l'infrastructure (réseau de transmission) de l'infostructure (services d'acheminement et de commutation). Dans le domaine électrique, il est inefficace de séparer techniquement la gestion de l'infrastructure (le *dispatching*) de la production elle-même. De plus, comme le souligne F.Barale<sup>278</sup>, le découpage est en grande partie illusoire. La

---

<sup>277</sup> Nous aborderons cette dimension en fin de chapitre.

<sup>278</sup> Barale F., (2000), « Critique de la nouvelle économie des réseaux et de son principe de séparation de l'infrastructure et des services », *Revue d'économie industrielle*, n°91, 1<sup>er</sup> trimestre, pp.7-24.

nouvelle économie des réseaux analyse les trois composants *ceteris paribus* et optimise la structure de marché séparément pour chaque couche. Non seulement trois optimisations locales ne sauraient tenir lieu d'une optimisation globale, mais on fait l'hypothèse implicite d'une séparabilité technique, organisationnelle et économique parfaite de chaque activité. Cette hypothèse, déjà ambitieuse dans les télécommunications, est à rejeter dans le domaine électrique<sup>279</sup>.

- Une transposition qui renforce le risque de choix anti-économiques

### La question de la tarification de l'accès des tiers au réseau et la solution du timbre-poste

La libéralisation du secteur de l'électricité passe par l'accès des tiers au réseau du monopole historique (logique de l'*unbundling*). Il s'agit de la seule voie de libéralisation praticable dès lors qu'il existe un monopole naturel. Etant donné qu'il est inefficace de dupliquer les réseaux, il faut, pour créer la concurrence sans entraîner de gaspillage au point de vue social, permettre à tous les compétiteurs d'utiliser le réseau, segment où se situent les rendements croissants. Le réseau sera utilisé moyennant le paiement d'un péage. Les questions qui se posent alors sont celles de la possibilité technique de gérer cet accès et celle du calcul des coûts d'interconnexion. Notre propos sera de présenter les mécanismes à l'œuvre dans le domaine électrique. Il s'agira de s'interroger sur leurs fondements mais aussi leur praticabilité. En effet, les deux dimensions vont s'avérer inséparables. Il s'agira de mettre en évidence le fait que ce "mimétisme réglementaire", à l'origine d'une transposition des pratiques des télécommunications est à l'origine de graves inefficacités économiques dans le secteur électrique. La question de la tarification de l'accès des tiers au réseau (notamment dans sa dimension relative au coût du transport) constituera l'élément structurant de notre réflexion.

Un exemple de la difficulté inextricable de la fixation de tarifs pour le transport de l'énergie électrique peut être trouvé avec la malheureuse expérience des sociétés privées de transport d'électricité en France entre 1930 et 1946. La complexification croissante du tarif, puis sa simplification drastique par la mise en place d'un système de forfait n'empêchèrent pas les

---

<sup>279</sup> Boiteux M., (1996), «Concurrence, régulation, service public. Variations autour du cas de l'électricité », *Futuribles*, janvier, n° 205, pp.39-60.

sociétés impliquées dans cette activité d'afficher des résultats financiers désastreux<sup>280</sup>. Ces errements tarifaires auraient pu les conduire à la faillite si elles n'avaient pas été des filiales de sociétés de production et si les pouvoirs publics ne s'étaient pas fortement impliqués dans le secteur. Les formules de prix mises en place<sup>281</sup> (le tarif trinôme de 1921 à 1938) ne pouvaient fonctionner que dans le cadre d'un réseau filaire (non maillé). Cette formule de prix plafonds<sup>282</sup> avec formules de variation de prix intégrée n'eût pour d'autre conséquence que de conduire les compagnies à des situations financières des plus tendues tant les paiements étaient déconnectés des flux réels d'énergie. En effet, dès lors que le réseau n'était plus simplement filaire (i.e. de point à point), il devenait impossible de suivre les mouvements de l'énergie. La répartition des mouvements varie à tout instant en fonction de l'état de charge du réseau (loi de Kirchhoff). De ce fait, le tarif perdait sa raison d'être, c'est-à-dire refléter les coûts pour guider les choix économiques.

Une formule de paiement par forfait, rémunérant la location par un utilisateur d'une certaine capacité d'usage annuelle sur une ligne fut mise en place en 1937 par la SNCF et l'Union des Producteurs d'Electricité des Pyrénées Occidentales (UPEPO). Partant de la constatation de l'impossibilité de rémunérer l'utilisation du réseau pour chaque mouvement d'énergie, les parties convinrent d'un paiement annuel forfaitaire.

Celui-ci était donné par la formule :

$$R = (CI * P * p) * I$$

avec :

- R : le versement,
- CI : la rémunération brute annuelle des capitaux investis,
- P : le coût total des installations,
- p : le pourcentage de capacité louée,
- I : le coefficient d'indexation tenant compte des conditions économiques.

La redevance avait pour but de couvrir les coûts du transporteur et de lui assurer une juste rémunération pour ses actifs. Il s'agissait donc de la substitution d'un tarif de type

---

<sup>280</sup> Berthonnet A., (1998), « La tarification du transport de l'énergie électrique entre 1920 et 1945 », *Bulletin d'histoire de l'électricité*, n°32, décembre, pp. 53-92.

<sup>281</sup> Concession entre l'Etat et la société « Energie électrique de la Basse Isère » ayant donné lieu à la publication d'un décret de déclaration d'utilité publique le 29 juin 1921 (*Journal officiel* du 6 juillet 1921).

<sup>282</sup> Article 11 des cahiers des charges.

“remboursement de coût” à un prix plafond. *In fine*, nous pouvons admettre que les tarifs de type *price cap* étaient condamnés dès lors que le réseau devenait maillé et que l'énergie ne se déplaçait plus simplement d'un point à un autre. En effet, dès lors qu'un KWh est injecté sur le réseau, il ne peut plus faire l'objet d'une individualisation incontestable, ce qui condamne les tarifs basés sur des transactions commerciales classiques<sup>283</sup>. A la veille de la nationalisation, les opérateurs des réseaux n'avaient ni les équipements techniques ni les outils théoriques nécessaires pour facturer efficacement l'activité de transport d'énergie électrique pour compte de tiers. La malheureuse expérience des années vingt à quarante-cinq montra la difficulté d'établir un tarif optimal de transport de l'électricité et illustra la faible rentabilité pour des investisseurs privés d'infrastructures en monopole naturel.

La gestion l'Accès des Tiers au Réseau (ATR) fut rendue possible dans les télécommunications par les progrès techniques. Ceux-ci ont supprimé l'obstacle de la gestion en temps réel d'un nombre important de flux liés aux transactions bilatérales conjointement avec la gestion technique du réseau de transport. L'ATR est souhaitable en ce sens qu'il permet d'augmenter la disputabilité du marché du moment où le régulateur veille à imposer un accès non discriminatoire, à éviter que l'opérateur historique ne limite volontairement ses capacités de transport pour le compte de tiers ou n'impose une tarification anticoncurrentielle. Cependant, la fixation des tarifs d'interconnexion pose de nombreux problèmes en matière électrique. En effet, du fait de la circulation des flux sur le réseau et de leur interaction, il est impossible de repérer un coût marginal de transport. De toute façon, ces coûts seraient dispersés et volatils. Ces caractéristiques viennent de leur dépendance vis-à-vis des contraintes du réseau. Le coût du transport devrait aussi tenir compte des coûts liés aux infrastructures et des coûts des services auxiliaires mis en œuvre par le GRT (maintien de réserves tournantes, compensation de l'énergie réactive, réglage de la fréquence...). La complexité de l'ATR conduisait certains, à la veille de la libéralisation, à préférer la solution d'un pool du fait de la complexité transactionnelle de l'ATR et de l'expérience britannique du *Common carrier* en 1982<sup>284</sup>.

---

<sup>283</sup> Une note de la RSTE, Réunion des Sociétés de Transport d'Énergie, créée en 1933, prenait l'exemple des services bancaires pour mettre en évidence les difficultés de tarification. En effet, l'organisation du transport de l'électricité se rapproche de l'organisation bancaire « *dont les opérations comportent des transferts de crédit d'une place sur l'autre, les différences donnent seules lieu à déplacement, la chaîne d'interconnexion constituant l'organisme de compensation* ».

<sup>284</sup> Hammond E., Helm D. et Thompson D., (1989), « Competition in electricity supply : has the energy act failed », in Helm D., Kay J. et Thompson D. (dir.), *The market for energy*, Oxford, Clarendon Press, pp.157-176.

### a. Les solutions théoriques au problème de l'accès des tiers au réseau

La règle de Faulhaber-Sharkey permet de fixer les bornes inférieures et supérieures de la tarification de l'accès des tiers au réseau<sup>285</sup>. Il faut que le régulateur se garde de deux écueils. Le premier serait de proposer un tarif d'accès si élevé, que le nouvel entrant aurait intérêt à tirer ses propres lignes et donc à contourner le réseau (coût de la fourniture isolée). Cette stratégie de *by-pass* induirait dans une industrie de réseau un gaspillage sous-optimal. Le second écueil serait de sous-estimer les coûts d'accès au réseau afin d'encourager les nouvelles entrées dans la branche. Afin de s'assurer du maintien et du développement de l'infrastructure essentielle, les coûts du gestionnaire doivent être couverts. Pour ce, le tarif d'accès doit être au moins égal au coût incrémental moyen. Ce coût est égal au coût marginal majoré d'un facteur reflétant les coûts fixes.

Ainsi, la tarification optimale de l'accès aux réseaux est bornée de la façon suivante :

$$\text{Coût incrémental moyen} < \text{charge d'accès} < \text{coût de la fourniture isolée}$$

Les deux types de tarifications, que nous avons présentés pour les télécommunications, se retrouvent pour l'électricité. Aux côtés des tarifications par prix plafonds, il existe toute une palette de tarifications de type *cost-plus*. Celles-ci vont des tarifs à la Ramsey-Boiteux et de l'*Efficient Component Pricing Rule* à des tarifs moins élaborés tels le timbre-poste et le tarif FDC<sup>286</sup>.

La réflexion sur la tarification optimale de l'accès des tiers à l'infrastructure essentielle dans le secteur électrique peut s'inspirer des pratiques mises en œuvre dans le secteur gazier.

### b. L'exemple du secteur gazier

Dans le secteur gazier trois types de tarifications de l'accès des tiers au réseau sont envisageables<sup>287</sup>. La première est une tarification se rapprochant d'un paiement "à la distance". Il s'agit en fait de sommer les coûts élémentaires correspondants à l'utilisation des

---

<sup>285</sup> Percebois J. et David L., (2001), « les enjeux du transport pour le gaz et l'électricité : la fixation des charges d'accès », *cahier de recherche du CREDEN*, n° 01.05.21, Montpellier, mai, 29p.

<sup>286</sup> Il s'agit d'une tarification au coût marginal avec répartition des coûts fixes au *pro rata* d'un critère objectif (Brauetigam).

<sup>287</sup> Bergougnoux J., (2001), *Rapport du groupe d'experts sur la tarification de l'accès aux réseaux de transport et de distribution de gaz*, Commission de Régulation de l'Electricité, 30 avril.

différents segments du réseau, le long du chemin le plus court reliant les points d'injection et de soutirage du gaz. Ainsi, le paiement est directement relié à la distance parcourue. Le second type de tarif est lié à la position des points d'injection et de soutirage par rapport aux différents nœuds du réseau. La notion de distance n'intervient pas directement mais est sous-jacente à la structure nodale du réseau. La troisième solution est la tarification uniforme dite du timbre-poste. On ne tient pas compte de la position relative des points de soutirage et d'injection. Les conclusions du rapport Bergougnoux relatives à la tarification optimale des transports gaziers vont dans le sens d'une tarification de type nodale<sup>288</sup>. La tarification de type timbre-poste, si elle représente des avantages en terme de simplicité et de transparence, ne reflète que trop imparfaitement les contraintes technico-économiques du transport. Si le timbre-poste ne reflète que très imparfaitement les coûts, la tarification en fonction des points d'injection et de soutirage n'est possible dans le secteur gazier que par le fait du faible maillage du réseau et de la faiblesse des interconnexions.

Critère	Tarification à la distance	Tarification Entrée-Sortie	Timbre-poste
Simplicité pour l'utilisateur	Satisfaisante	Bonne	Très bonne
Transparence pour le régulateur	Complexe (fort besoin d'informations sur la situation du réseau)	Bonne	Très Bonne
Risques de discriminations	Forts	Non	Non
Représentativité des coûts	Non	Correcte	Mauvaise
Effets pervers sur les investissements	Possibles	Possibles	Forts

### *c. Le choix d'un tarif pour le secteur électrique*

Si une tarification tenant compte de la distance est possible à mettre en œuvre dans le secteur gazier, il est autrement plus difficile de retracer les déplacements de l'électricité<sup>289</sup> dans un

<sup>288</sup> On calcule un "schéma de réservation minimale" associé à un système de "prix nodaux", de façon que le coût marginal de réservation d'un transport supplémentaire entre un nœud d'injection et un nœud de soutirage soit égal à la différence entre le prix nodal du nœud de prélèvement et le prix nodal du nœud d'entrée.

<sup>289</sup> Une simulation effectuée pour le compte de la Commission européenne a montré que dans le cas d'un transport de 1 000 MW depuis le Nord de la France jusqu'à la frontière italienne, seulement 60 % de l'électricité atteignait directement l'Italie. Les 40 % restants n'arrivent qu'indirectement en Italie après avoir engendré des flux en Belgique, en Suisse, aux Pays-Bas, en Allemagne, en Autriche et en Slovaquie.

réseau que ceux d'une molécule de gaz. Le déplacement de l'électricité dans un réseau maillé se fait en fonction du chemin de moindre résistance. De ce fait, les mouvements sont déconnectés des distances géographiques. De ce fait, la solution d'une tarification au timbre-poste est défendue par la Commission de Régulation de l'Electricité.

La tarification de type timbre-poste induit certaines difficultés. Si nous faisons l'hypothèse d'un réseau non maillé, la solution serait à rejeter. Appliquer une telle règle de calcul reviendrait à faire l'hypothèse implicite que le coût du transport de l'électricité est indépendant de la distance parcourue par le flux électrique. On admettrait de même le principe selon lequel les transports à faible distance doivent subventionner les transports à longue distance. Les deux explications sont non fondées. D'une part, la libéralisation se justifie (en théorie) par la disparition des subventions croisées ou du moins leur transparence. Force est de constater que ni l'une, ni l'autre n'est obtenue ici. D'autre part, le coût du transport de l'électricité est fonction du carré de la distance. Ainsi, tarifier indépendamment de la distance induirait, sur un réseau non maillé, un gaspillage pour la collectivité. Les consommateurs et les producteurs n'auront aucune incitation à contracter avec l'offreur ou le demandeur le mieux localisé. Des choix non optimaux socialement seraient donc faits. Le bien être social en serait donc réduit.

Au-delà des spécificités physiques du produit "électricité" par rapport aux télécommunications pour ce qui est de la possibilité de mettre en place et de gérer des "droits de propriétés" sur les flux dans le réseau, il existe une seconde différence entre les deux domaines, remettant en cause la solution du timbre-poste dans le cas d'un réseau non maillé. Les coûts de transport dans les télécommunications sont localisés dans les équipements terminaux (au niveau des commutateurs). Le coût du transport des données elles-mêmes en fonction de la distance est donc négligeable par rapport aux coûts d'entrée et sortie dans le réseau. Une tarification par timbre-poste est donc peu inefficente. D'où sa préconisation dans ce domaine (arbitrage coût de la tarification optimale / gain attendu de celle-ci). A l'inverse, dans le domaine électrique, les coûts principaux sont les coûts du transport *stricto-sensu*. Appliquer le système du timbre-poste, revient à choisir le mauvais inducteur de coût. Les tarifs étant faits, selon Marcel Boiteux, pour dire les coûts (i.e. pour donner les signaux

---

Commission européenne, (2001), « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité », COM (2001)-125, 2001-0077 et 0078 (COD), Bruxelles, le 13 mars.

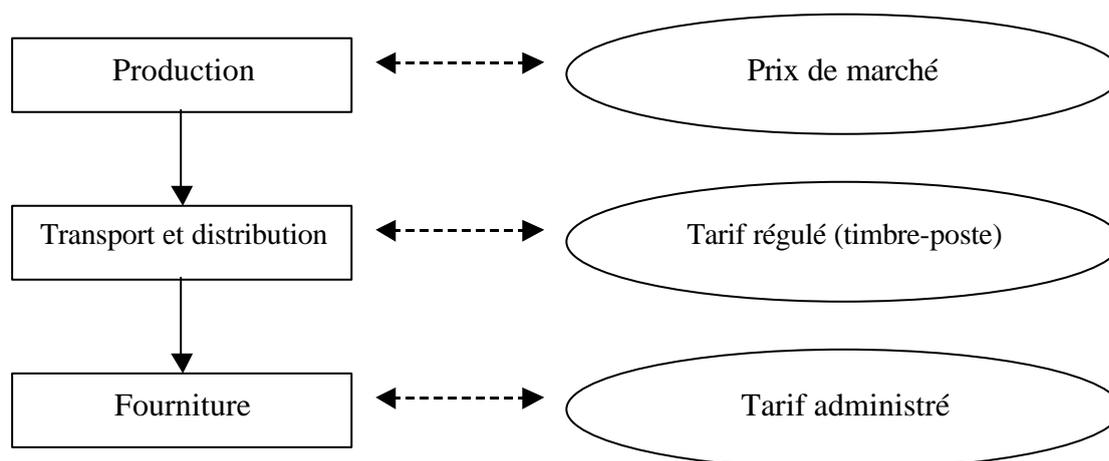
indiquant la rareté de chaque bien aux consommateurs pour guider leurs choix), le timbre-poste induit automatiquement une mauvaise allocation des ressources. Il n'en demeure pas moins que ces arguments ne tiennent plus dès lors que l'on considère un réseau maillé. Ainsi, il apparaît que la tarification de type timbre-poste, si elle ne saurait se justifier dans un réseau faiblement maillé et à faible densité, demeure une approximation acceptable dans le cas du système électrique français.

La solution du timbre-poste est donc retenue dans le cadre d'un réseau maillé dans lequel une tarification à la distance est impraticable dans la mesure où il est impossible de déterminer les mouvements réels d'énergie. Le réseau électrique fonctionne comme une sorte de banque de compensation dans laquelle on ne paie que les différences entre les injections et les soutirages. Le système électrique doit se concevoir comme un "réservoir" dans lequel l'énergie puisée n'a aucune raison d'être celle qu'a réellement injecté le contractant. Etant donné qu'il ne peut être établi un lien entre les contrats commerciaux et les mouvements physiques de l'énergie, la solution de la tarification au timbre-poste s'avère rationnelle dans le cadre d'un marché libéralisé. Cependant, une tarification au timbre-poste pure souffre de deux insuffisances. Il ne peut être aménagé de façon horo-saisonnaire et ne tient pas compte des congestions pouvant survenir sur le réseau.

Si la distance n'est pas un critère valable pour la tarification du transport de l'électricité, il convient de prendre en compte certaines spécificités spatiales du réseau. Celles-ci sont de deux sortes. Les premières sont relatives aux congestions et aux faiblesses des réseaux en certains points localisés telles les Alpes-Maritimes. Les secondes sont liées aux coûts de raccordements des nouveaux entrants. S'ils devaient payer à la fois leur coût direct de raccordement et le coût des renforcements nécessaires, cela constituerait une barrière à l'entrée. D'où l'option dite du *shallow cost* qui consiste à faire payer à l'ensemble des utilisateurs le coût du renforcement du réseau amont rendu nécessaire par le nouvel entrant. Si la mutualisation des coûts de renforcement du réseau est nécessaire et légitime afin de permettre de nouvelles entrées sur le marché, les pratiques du régulateur ne doivent pas, selon le rapport Champsaur, s'inspirer de la pratique britannique de la régulation asymétrique. Dans un environnement européen caractérisé par la présence de surcapacités, un tarif par trop favorable aux nouveaux entrants susciterait de vastes gaspillages. Nous retrouvons les effets pervers de la volonté de construire le marché par la régulation, « *le rôle de la régulation est d'établir un cadre propice à ce processus, non de s'y substituer* ».

#### d . La définition du tarif de l'accès des tiers au réseau

Comme le note J. Percebois<sup>290</sup>, le choix du régulateur, quant au tarif régissant l'accès des tiers au réseau, doit répondre à trois objectifs. Le premier correspond à la cohérence des prix dans l'ensemble du système électrique. Le second concerne spécifiquement le choix du tarif d'accès. Le troisième concerne les investissements à réaliser dans le réseau. L'effondrement électrique de la Californie illustre la nécessité de maintenir une cohérence entre les différents prix du système électrique. L'ouverture d'un marché *spot* de l'électricité fait que les prix amonts de l'énergie électrique sont désormais des prix de marchés soumis à des fluctuations en temps réel (avec des instruments de couverture). En aval, le coût de l'électricité pour les clients non éligibles est un prix administré (il s'agissait d'un prix plafond en Californie). Au cœur du système électrique, la tarification de l'accès à l'infrastructure essentielle est déterminée par l'autorité de régulation et vise à couvrir les coûts de l'opérateur de réseau. Nous sommes donc dans une combinaison de trois prix obéissant chacun à une logique distincte. Le choix d'un tarif de transport doit obéir à des critères technico-économique et doit veiller à assurer la cohérence entre un prix de marché et un tarif administré. La crise californienne fut liée à la rigidité des prix finaux face à l'emballement des prix de l'énergie sur les marchés et aux problèmes de congestion existants sur le réseau.



Second choix à disposition du régulateur celui du tarif déterminant l'accès des tiers au réseau. Comme dans le cas du gaz, trois types de tarifs sont théoriquement possibles. Le premier

<sup>290</sup> Percebois J., (2001), « Les missions des régulateurs de services publics dans un environnement dérégulé : objectifs, contraintes et moyen », cahier de recherche du CREDEN, Montpellier, 12p.

serait un tarif basé sur un “itinéraire contractuel” fictif permettant de tenir compte de la distance séparant le producteur du consommateur. Celui-ci est rejeté pour deux principales raisons. La première tient au fait qu’un réseau électrique maillé se rapproche de la logique d’un lac. Ce qui importe c’est qu’une injection et un soutirage ne modifient pas l’équilibre de celui-ci. Peu importe que l’énergie prélevée soit la même que l’énergie injectée<sup>291</sup>. Nous retrouvons l’argument en faveur de la déconnexion des mouvements physiques d’énergie et des contrats commerciaux. La seconde raison pour laquelle ce tarif ne serait pas souhaitable vient du fait qu’il réduirait la disputabilité du marché en pénalisant le nouvel entrant<sup>292</sup>. Le second type de tarification correspond au timbre-poste. Nous avons vu qu’il s’agit d’un tarif forfaitaire indépendant de la distance et reposant sur le coût moyen<sup>293</sup>. Le troisième type de tarif correspond à la tarification nodale. Comme nous l’avons vu, elle repose sur le calcul de l’écart des prix optimaux de l’énergie entre les divers nœuds d’un réseau maillé. On ne tarifie pas un trajet physique de l’énergie (impossible à déterminer) mais on tient compte des différences de prix nodaux dans les différents points du réseau. Si cette tarification ne couvre pas les coûts de l’opérateur de réseau, il est toujours possible de lui ajouter des péages suivant la règle de Ramsey-Boiteux. Les tarifs sont donc compatibles avec un optimum de second rang.

La solution tarifaire préconisée par les rapports Bergougnoux et Champsaur est une tarification nodale. Celle-ci apparaît (pour des raisons que nous allons détailler) comme trop complexe à mettre en œuvre (et donc trop coûteuse) dans le domaine électrique. Le rapport Champsaur souligne que la « *tarification idéale devrait par ailleurs aboutir à une différenciation spatiale et temporelle des prix de l’électricité, reflétant les contraintes de capacité des équipements de production et celles du réseau* ». A partir de là, il s’agirait d’exploiter les possibilités offertes par les nouvelles technologies de l’information et des

---

<sup>291</sup> Les termes de fourniture et de livraison ne sont pas adaptés au cas de l’électricité. Passer un contrat signifie pour un client qu’il désire s’assurer de la disponibilité d’une certaine puissance électrique à un moment donné. Ce faisant, il va “déprimer” l’ensemble du réseau. Il faut donc qu’il trouve une contrepartie, laquelle s’engagera au même moment à injecter une puissance équivalente. Ainsi, le contrat commercial n’a rien à voir avec un échange physique. Il correspond à la recherche d’une contrepartie s’engageant à compenser la consommation d’un agent sur le réseau afin de ne pas rompre l’équilibre de celui-ci.

Lepage H., (1998), « Electricité et concurrence : les enjeux de la directive européenne », *document de travail*, Institut Euro 92, mars, 35 p.

<sup>292</sup> Il induit de forts coûts de transactions et peut être à la source de nombreux litiges, notamment si l’opérateur faisant transiter son énergie sur le réseau considère que le chemin qui lui est facturé ne correspond pas au chemin “réel” parcouru par l’énergie.

<sup>293</sup> Notons qu’à l’inverse de la tarification marginaliste défendue par Maurice Allais, le timbre -poste, comme tout tarif au coût moyen, se fonde sur les coûts comptables (historiques). De ce fait, il n’est pas tendu vers l’avenir comme pouvait l’être le coût marginal de développement.

télécommunications pour établir une tarification qui prendrait pour base les nœuds du réseau. De cette façon le tarif organisant l'accès des tiers au réseau pourrait fournir aux agents économiques des signaux quant au coût pour le réseau de leur décision. Le timbre-poste sacrifie l'optimalité économique de la tarification à sa simplicité. Il n'est acceptable que dans la mesure où le réseau français ne souffre pas de congestions importantes (dont il ne tient pas compte). Champsaur préférerait une tarification introduisant un certain "zonage" pour tenir compte des déséquilibres régionaux pouvant exister dans le réseau français (cas de Nice) et des contraintes de réseau.

Le troisième problème dans la fixation du tarif d'accès tient au développement et à la maintenance du réseau. Le tarif doit tenir compte de l'existence de congestions et de la nécessité de permettre à l'opérateur d'engager des investissements de renouvellement des infrastructures.

Au final, le timbre-poste apparaît comme une tarification adaptée au système électrique français (fortement maillé et peu sujet aux congestions). Il n'en demeure pas moins qu'il ne reflète que très imparfaitement les coûts et qu'il ne donne en aucun cas des signaux optimaux aux agents économiques. La tarification nodale permet de tenir compte des conditions technico-économique du réseau. Elle permet donc d'orienter de façon satisfaisante les choix individuels. Complétée par des péages à la Ramsey-Boiteux, elle permet d'atteindre une solution de second rang. Le timbre-poste, tarification au coût moyen, ne saurait avoir cette qualité. S'il s'est imposé, comme nous le verrons, c'est qu'il réunit les qualités de simplicité, transparence et non-discrimination.

#### *La position de la Commission européenne et du législateur français*

La directive 96/92/CE reste de la même façon des plus sibyllines quant à la question de la gestion pratique de la tarification du transport de l'énergie électrique. Le transport de l'énergie électrique et sa tarification posent des problèmes très difficiles au régulateur. Il doit apporter des réponses aux problèmes de congestion du réseau et des pertes en ligne. Les services auxiliaires induisent d'autres difficultés<sup>294</sup>. L'ensemble de ces problèmes ne reçoit pas une réponse technique unique par la directive. Rien n'est indiqué quant aux règles de

---

<sup>294</sup> Ceux-ci recouvrent la gestion de la fiabilité du réseau, de la réserve tournante, des capacités laissées en réserve, des pertes en ligne, de l'énergie réactive.

tarification. Le choix du régulateur français s'est donc faite en faveur d'un timbre-poste<sup>295</sup>, subdivisé en une part d'injection et une part de soutirage. Il sera indépendant de la distance qui sépare le point d'injection et de soutirage. Cependant le timbre-poste tient compte de divers paramètres tels la puissance souscrite, la tension du flux transité et la durée d'utilisation. Le prix du timbre d'injection sera fonction croissante du niveau de tension et le prix du timbre de soutirage sera d'autant plus fort que la tension sera basse. Malgré les souhaits initiaux du gouvernement, aucun terme ne tiendra compte des variations horosaisonnnières, des phénomènes de congestion et des contraintes spatiales pesant sur le réseau. La tarification devrait cependant se rapprocher à terme d'une tarification nodale, bien que les positions de la CRE et du Conseil de la Concurrence témoignent de la difficulté de s'écarter de la solution du timbre-poste.

#### II.2.1.2 Les inefficiences productives de courtes et de longues périodes

##### - Le cas de la Californie

La dérégulation du secteur électrique pose le problème des incitations à investir tant pour l'opérateur du réseau que pour les producteurs. Ce problème risque de se poser avec une acuité particulière pour les équipements destinés à satisfaire la pointe de demande. En effet, la sécurité de l'approvisionnement lors de celle-ci peut être considérée comme un bien collectif et donc échapper à une rémunération marchande. D'autres problèmes se posent quant à la maîtrise des risques sur le long terme. Un exemple peut être trouvé avec la "ruée vers le gaz" observée en Grande-Bretagne et en Argentine après la dérégulation. Celle-ci a pour conséquence d'accroître la vulnérabilité du système aux variations des cours des combustibles fossiles. La crise californienne illustre la difficulté de construire *in vivo* un marché conforme aux prescriptions d'un modèle théorique définissant la configuration optimale d'un secteur industriel donné.

Comprendre l'effondrement électrique de la Californie suppose un bref retour historique<sup>296</sup>. Nous détaillerons dans la prochaine sous-section l'économie générale de la réglementation de

---

<sup>295</sup> Décret du 26 avril 2001 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité.

<sup>296</sup> Percebois J., (1997), *op. cit.*

l'électricité aux Etats-Unis. Nous devons introduire dès à présent la première étape de la libéralisation du système électrique américain, le *Public Utilities Regulation Act* de 1978. Celui-ci encourageait l'émergence d'une production autonome, favorisant spécialement les énergies renouvelables. La commission de régulation de l'électricité californienne s'est révélée des plus favorables pour les nouveaux entrants (les *Qualifying Facilities*). Le tarif qu'elle a fixé pour l'obligation d'achat de l'énergie qu'elles produisaient par les *Utilities* en place créa un effet d'aubaine pour les nouveaux entrants et provoqua l'effondrement des investissements des entreprises astreintes à l'obligation d'achat. Cette pratique, conjuguée à la mise en place de subventions croisées au profit des clients domestiques et au détriment des clients industriels, induisit à terme un net surcoût dans les tarifs professionnels. En 1996, le coût moyen de l'électricité en Californie était supérieur de 50 % à la moyenne nationale. Nous allons voir comment cette situation (favorable à la table rase réglementaire) va contribuer à accroître les effets pervers du constructivisme réglementaire.

La réglementation californienne s'appuyait sur la création d'un marché de gros obligatoire. Les anciens monopoles privés intégrés verticalement furent démantelés. Dès lors, ils eurent obligation d'écouler toute leur production sur ce marché. En contrepartie de l'autorisation faite à ces compagnies de recouvrer leurs coûts échoués, des prix plafonds pour les consommateurs finaux sont instaurés. Le système californien revient donc à l'instauration d'un système de bourse journalier et obligatoire pour l'ensemble des opérateurs, lequel les prive de protection contre la volatilité des prix. Cette exposition au risque est d'autant plus forte qu'il n'existe pas de marché de couverture à terme. En d'autres termes, comme le note le rapport de la Commission de Régulation de l'Electricité (CRE), la crise californienne naquit de la déconnexion, créée par le législateur, entre les prix libres d'approvisionnement et les prix, bloqués administrativement, payés par les consommateurs. La défaillance du système électrique californien provint de la confrontation de la rigidité de ce cadre réglementaire avec un ensemble de facteurs externes ayant contribué à creuser le déséquilibre entre l'offre et la demande. D'une part, l'essor de la nouvelle économie conduisit à une croissance de la consommation électrique californienne plus forte qu'escomptée. D'autre part, le vieillissement du parc de production se traduit par une dégradation des coefficients de disponibilité des centrales. Ces facteurs, conjugués à des phénomènes climatiques défavorables et à l'envolée du cours du gaz naturel, contribuèrent à l'effondrement du système électrique. Comme le met en évidence le rapport d'activité 2000 de la CRE, la crise

fut amplifiée par l'insuffisance des investissements en moyen de production<sup>297</sup> et en infrastructures de transport. La crise fut encore approfondie par les dispositions réglementaires qui régissaient le marché de gros. Le prix du dernier mégawatt retenu était appliqué à tous les autres. Ainsi, en situation de pénurie, il était de l'intérêt des offreurs de proposer aux distributeurs des tarifs exorbitants pour le dernier MW, sachant qu'il serait de toute façon retenu. Outre les réponses de court terme apportées à la faillite des distributeurs, la crise californienne a conduit les observateurs à formuler plusieurs prescriptions quant à la régulation optimale d'un système électrique libéralisé. La solution d'un marché de gros obligatoire est remise en cause au profit de l'adoption de la possibilité de contrats bilatéraux de long terme. De la même façon, un marché *spot* se doit d'être complété par un marché offrant des contrats de couverture à terme. De plus, la nécessité que les tarifs reflètent les coûts semble enfin admise, quelques cinquante-cinq ans après la nationalisation de l'électricité en France<sup>298</sup>.

La question de l'optimalité des décisions d'investissements dans un contexte dérégulé peut aussi être illustrée par le *stop and go* qui caractérise l'installation de nouvelles capacités aux Etats-Unis. Le sous-investissement constaté en 2000 (à l'origine de la crise californienne), s'est mué en sur-investissement fin 2001. Deux origines peuvent être distinguées. La première est de nature externe. Elle est liée au Plan Bush et au ralentissement constaté en 2001 de la croissance américaine. Sa seconde origine est interne. Il s'agit d'un sur-investissement des firmes lié au décalage temporel entre la décision d'investissement et la mise en service des nouvelles unités. Les décisions sont prises en fonction du différentiel constaté entre les prix du gaz et ceux de l'électricité. Classiquement, ce modèle de *spark spread* commande d'investir dès que le différentiel atteint 15 à 20 \$ par MW. Ce différentiel est monté à plus de 50 \$ début 2001. Il est actuellement compris entre 1.62 et 10.91 \$.

Le problème vient du fait que si le gel des décisions d'investissement est aujourd'hui optimal, le fonctionnement du système électrique va buter d'un extrême à l'autre (sorte de loi de King), engendrant périodiquement pénurie ou surproduction. La planification des investissements paraît nécessaire du fait de la volatilité des signaux donnés par les prix de marché. Le parc électrique américain se situe aujourd'hui dans la même situation que

---

<sup>297</sup> Des contraintes d'ordre politique, protection de l'environnement, conduisirent de surcroît au blocage de nombreux programmes d'équipements.

<sup>298</sup> « *Les tarifs sont faits pour dire les coûts comme les horloges sont faites pour dire l'heure* ». Boiteux M., (1993), *op. cit.*

quelques années avant la crise californienne. Comme l'écrit le *Cambridge Energy Research Associates*<sup>299</sup> : « il s'agit d'une nouvelle ère dans laquelle les prix du marché sont tombés en dessous des niveaux nécessaires pour couvrir les coûts fixes et les coûts variables des nouvelles centrales électriques ». Les firmes opérant sous leur seuil de fermeture, les nouveaux investissements sont abandonnés et certaines unités déclassées. Du fait de l'impossibilité d'ajuster à court terme l'offre à la demande, le risque de sous-production va se reproduire à terme. Une certaine planification publique semble donc en partie se justifier du fait de l'inélasticité de l'appareil productif.

- La question de la qualité de l'électricité dans le cadre de l'ouverture à la concurrence

La libéralisation pose la question du régime de propriété optimal pour ces entreprises. Le questionnement sous-jacent à la nouvelle économie publique quand celle-ci aborde le dossier des privatisations est le suivant : quelle est la forme de propriété la plus efficace au point de vue productif ? Notre soucis est ici d'évaluer quelles seraient les conséquences d'un basculement de convention sur la qualité du service public de l'électricité. Nous avons vu dans notre sous-section I.3.2, comment était gérée la qualité au sein de l'entreprise nationale. Il s'agit maintenant d'étudier l'impact du passage à la convention de la réglementation absente sur la qualité du service fourni aux particuliers.

### *Qualité et droits de propriété*

Nous aborderons dans une première partie la question de l'impact de l'attribution des droits de propriété sur la qualité du service public. En d'autres termes, nous essaierons de voir ce que nous indique la théorie quant aux conséquences sur la qualité de l'électricité d'une privatisation ou d'une exploitation en délégation de service public. La nouvelle économie publique indique que si les contrats pouvaient être complets, la propriété de la firme n'aurait aucune conséquence au point de vue du bien être collectif<sup>300</sup>. Cependant, le contrat liant l'Etat à une firme publique étant par nature incomplet, ce dernier conserve la capacité d'exercer ses droits de contrôle résiduels. Comme nous l'avons vu en présentant les principaux résultats de la théorie des incitations, ce contrôle résiduel ne conduit pas la firme à prendre des décisions

---

<sup>299</sup> Cité par *Les Echos*, 4 février 2002.

<sup>300</sup> Trinh M., (1997), « Privatisation et concurrence », in Perrot A., *Réglementation et concurrence*, Economica, Paris, pp.31-48.

optimales. La théorie indique donc alors que la firme doit être privatisée. Cependant, s'il est nécessaire de réglementer celle-ci après sa privatisation, à l'instar des entreprises de notre secteur, le bilan peut devenir sujet à débat. Le modèle de Grossman et Hart<sup>301</sup> montre que si les contrats étaient complets, l'Etat serait en mesure de contraindre le manager d'une firme privée régulée à tarifier à son coût marginal et celui d'une entreprise publique à maximiser son profit. Cependant, dans un contexte d'asymétrie informationnelle, la question de la propriété n'est pas neutre. L'étude de Grossman et Hart montre qu'il convient d'allouer les droits de contrôle résiduels à la partie dont l'investissement est le plus efficace socialement. De ce fait, la question du contrôle revient à celle de l'efficacité économique.

Cependant, la question du contrôle public ne se limite pas aux questions d'efficacité productive, mais concerne aussi la qualité du produit. Le modèle de Hart, Schleifer et Vishny met en évidence l'existence d'un arbitrage entre coût et qualité de la prestation au cœur de la problématique de la privatisation<sup>302</sup>. Il est démontré qu'en cas d'incertitude informationnelle et de substituabilité entre les investissements de productivité et ceux d'amélioration de la qualité, une firme régulée investira nettement moins dans la qualité de la prestation de service public. En d'autres termes, la privatisation va se ramener à un arbitrage entre l'efficacité productive et la qualité de la prestation de service public. Ainsi, s'il est impossible de spécifier contractuellement, dans le cadre de la régulation, les critères définissant la qualité du produit ou si celle-ci n'est pas parfaitement observable, l'Etat peut-être conduit à accepter un surcoût collectif (via la nationalisation) pour s'assurer de la qualité de la prestation. Au final, privatiser EDF permettrait un gain productif mais se paierait par une dégradation de la qualité du bien "électricité".

### *Qualité et contrat de réglementation*

La question de la qualité de l'électricité dans une convention de la réglementation absente revient à la problématique du choix d'une norme de qualité par l'agence de régulation<sup>303</sup>. Comme nous l'avons vu, la qualité de l'électricité ne peut se définir par un indicateur unique.

---

<sup>301</sup> Grossman S. et Hart O., (1986), « The Costs and the Benefits of Ownership : a Theory of Vertical and Lateral Integration », *Journal of Political Economy*, 94, pp.691-719.

<sup>302</sup> Hart O., Schleifer A. et Vishny R., (1996), « The Proper Scope of Government Theory and an application to Prisons », mimeo, Harvard University.

<sup>303</sup> Nous nous appuyons sur le mémoire de stage de fin d'études de l'Ecole Centrale, option Economie, de M.Grégori Mioche, réalisé à l'IDHE-ENS Cachan.  
Mioche G., (2001), *Qualité de l'électricité et contractualisation*, Mémoire de stage Ecole Centrale –IDHE ENS Cachan, juillet.

Une batterie de critères techniques peut être utilisée pour définir la qualité du bien “électricité” (fréquence des coupures, des microcoupures, des chutes de tension et de pulsation, qualité des harmoniques, coefficient de réactivité du réseau distributeur, etc....). La solution adoptée par EDF avait été d’introduire un coût de non-qualité (défaillance) dans son calcul économique à la base de ses choix de tarifs et d’investissements. La complexité de la question de la qualité en matière électrique vient du fait que celle-ci dépend à la fois du producteur, du gestionnaire de réseau et du consommateur lui-même. Tant que nous étions dans la convention de la réglementation externe et que l’ensemble de la chaîne de production était intégré, le choix d’un niveau de qualité ne posait pas problème. Dans le cadre d’un réseau ouvert à la concurrence, il est impossible pour un consommateur de demander à un producteur un niveau de qualité donné. Le contrat bilatéral ne pourra en aucun cas porter sur la qualité du courant fourni. Celle-ci sera toujours égale à la qualité moyenne du réseau. En effet, le consommateur ne reçoit pas l’énergie produite par le producteur à qui il achète l’énergie. Il n’acquiert qu’un bon de soutirage d’une certaine quantité d’énergie sur le réseau, compensé par un engagement d’injection d’une quantité d’énergie équivalente émanant du producteur avec lequel il contracte.

Le fait que la qualité de l’énergie livrée ne puisse être que la qualité moyenne de l’énergie transitant à un instant  $t$  sur le réseau fait que « *la qualité technique de l’électricité produite par un producteur a une influence sur la qualité vendue à un tiers par un autre producteur*<sup>304</sup> ». Du fait de ces externalités, un marché de la qualité est illusoire. La qualité reçue par un client étant une fonction croissante de la qualité des diverses injections d’énergie de la part de l’ensemble des producteurs et non de son seul cocontractant, un producteur investissant dans la qualité de son produit au-delà du niveau standard, serait rapidement exclu du marché.

De ce fait, la qualité n’appartient plus aux producteurs mais au gestionnaire du réseau de transport. Ce dernier n’est pas “responsable” de la qualité du courant qui transite sur son réseau. Cependant, la qualité de l’énergie que reçoit chaque client est fonction de la qualité moyenne que les producteurs injectent sur le réseau. Il convient donc que le régulateur impose une norme de qualité à l’ensemble des producteurs intervenant sur le marché français de l’électricité. Cependant, trois difficultés se posent. Tout d’abord, il s’agit de déterminer à quel

---

<sup>304</sup> *Ibid.*

niveau la norme doit être établie. Ensuite, une fois la norme posée, les producteurs n'auront plus aucune incitation à faire mieux et à améliorer la qualité de leur fourniture. Enfin, la diversité technologique du parc de production va s'en trouver appauvrie. En effet, il risque de n'exister qu'une technologie de production et une seule, minimisant le coût de la fourniture pour un niveau de qualité donné. La question de la fixation de la norme risque aussi de susciter des débats. Si le niveau de qualité de l'opérateur dominant est très élevé et que le régulateur retient celui-ci, la disputabilité du marché en sera réduite. Symétriquement, si la norme est inférieure à ce niveau de départ, l'opérateur historique serait en droit d'exiger un dédommagement pour les coûts échoués qu'il doit subir du fait d'investissements passés ayant eu pour objet d'améliorer la qualité de l'énergie livrée.

Si plutôt que d'imposer une norme, le régulateur choisissait d'instaurer une taxe de comparaison à celle-ci<sup>305</sup>, d'autres difficultés se feraient jour. Si cette option encourage les investissements visant à améliorer la qualité fournie au réseau, nous retrouverions l'ensemble des handicaps d'une régulation de type *cost-plus*. Les entreprises seraient notamment incitées à sur-investir en qualité afin d'obtenir des transferts du régulateur. De la même façon, le régulateur aurait besoin d'informations considérables sur les fonctions de coût des entreprises régulées. Ces informations seraient très coûteuses, sinon impossibles à acquérir.

Une solution est donc de traiter la qualité de l'électricité comme un bien public en soi et de lui appliquer le critère de Pareto afin de déterminer la quantité de celle-ci optimale au point de vue social. A l'optimum la somme des dispositions à payer pour une qualité privée de l'électricité doit être égale à l'utilité sociale de la qualité du bien économique "électricité". Si l'on fait l'hypothèse de coûts marginaux individuels identiques, nous nous ramenons au choix classique quant à la fourniture optimale d'un bien public (condition de Bowen-Lindahl-Samuelson). La somme des disponibilités à payer des utilisateurs pour la qualité est égale à son coût social marginal. Il reste maintenant à être capable de déterminer les modalités de ce choix collectif.

Il s'agit en effet de trouver les procédures permettant de décentraliser le choix social quant à la qualité. Deux solutions sont envisageables dans le cadre de marchés libéralisés. La

---

<sup>305</sup> Le mécanisme serait le suivant : une entreprise livrant une énergie dont la qualité est inférieure au niveau moyen paierait une pénalité, quand une entreprise écoulant une énergie de bonne qualité recevrait une subvention équivalente.

première est l'équilibre de Lindahl et la seconde les équilibres de vote. La solution de Lindahl consiste en la création d'un marché de qualité. Chaque consommateur déclare sa disposition à payer pour un niveau de qualité donné. Un fonds serait créé à partir de ces déclarations. Il financerait la qualité des producteurs. Chaque consommateur recevrait alors une qualité équivalente à celle qu'il a demandée. Or, le propre du réseau électrique est qu'il interdit l'individualisation des flux. Nul n'a intérêt de se déclarer prêt à payer plus que la qualité minimale sachant que quoiqu'il révèle de ses préférences, il recevra une qualité moyenne. La seconde solution, celle du vote, pose quant à elle de redoutables problèmes quant à la pondération des droits de vote. En effet, si la solution semble à première vue satisfaisante (chacun déclare ses dispositions à payer et le niveau d'équilibre sera celui de l'électeur médian), il s'avère que le législateur doit choisir entre deux procédures de vote divergentes. Dans la première, un consommateur a un droit de vote quelle que soit sa consommation. Les individus étant inégalement "intéressés" par le niveau de qualité de l'énergie, le choix collectif risque d'être sous-optimal. Dans la seconde solution, les droits de vote sont pondérés en fonction de la consommation de l'unité économique. Le risque est que les industries grandes consommatrices ne dictent leurs préférences au détriment des consommateurs individuels. L'intérêt des premières étant une fourniture à bas coût mais de faible qualité, la qualité globale de l'électricité va s'en trouver d'autant minorée.

Le traitement de la question de la qualité de l'énergie dans le cadre de la convention de la réglementation absente atteste des risques d'une réduction de la qualité de la prestation fournie aux particuliers suite à un nivellement sur le plus petit commun dénominateur des divers producteurs ou, dans le cas d'une "concurrence régulée", sur une norme exogène déterminée par le régulateur. De ce fait, nous aboutissons à une problématique que nous retrouverons avec le service universel. Le service public risque d'être réduit à la garantie d'une "dotation minimale de survie sociale".

De plus, la qualité de la prestation assurée par le service public ne se limite pas à une dimension statique liée aux déclinaisons de l'offre ou à la qualité technique de celle-ci. La loi du service public introduit aussi une approche dynamique de la qualité. L'exigence de qualité sur le long terme correspond à l'objectif de mutabilité du service public. De ce fait, la réflexion sur le service public doit recouvrir les questions liées à l'innovation et aux externalités.

- Un essai d'évaluation des impacts économiques de la libéralisation

Il est difficile d'évaluer l'impact économique des expériences de libéralisation du secteur électrique, notamment du fait du caractère inachevé et en cours d'évolution des diverses législations nationales. Nous pouvons cependant nous appuyer sur les résultats d'une étude menée sur l'ensemble des pays membres de l'OCDE<sup>306</sup>. Les résultats du modèle économétrique construit par l'OCDE permettent d'établir une corrélation positive entre l'ouverture du marché à la concurrence et la baisse du prix de l'énergie à terme. Il n'existe pas cependant de liaison entre les privatisations et le degré de concurrence sur le marché. La privatisation s'accompagne souvent d'une hausse des prix sur le court terme. Cette hausse peut être volontaire. Le gouvernement souhaitant opérer une privatisation peut en effet autoriser une hausse des tarifs. Celle-ci augmente les marges de l'entreprise, ce qui la rend plus attractive et donc accroît d'autant les recettes de privatisation. Plus généralement, une réforme passant par la seule privatisation de l'opérateur historique s'avère inefficace. L'expérience britannique du passage d'un monopole national à trois firmes privées en situation d'oligopole illustre bien la primauté de l'ouverture du réseau au tiers et de la séparation horizontale et verticale des opérateurs. Si la privatisation ne s'accompagne pas d'un strict *unbundling*, les distorsions tarifaires vont se renforcer et les pouvoirs de marché ne seront pas remis en cause.

Il apparaît que la libéralisation profite plus aux clients industriels qu'aux clients domestiques. Les premiers bénéficient du recours au marché électrique et possèdent une demande beaucoup plus flexibles (ils peuvent s'effacer au moment de la pointe). L'OCDE relève aussi que la libéralisation des marchés se traduit par une remontée du taux d'utilisation des capacités de production. L'OCDE en tire la conclusion d'une supériorité de la gestion privée sur la gestion publique. Le manager privé serait plus à même de minimiser le coût en s'avérant capable, grâce aux signaux des marchés, de réduire le *slack* organisationnel. Il n'est cependant pas exclu qu'il s'agisse ici d'un effet d'optique imputable aux situations de départ (cf. le problème des capacités dormantes aux Etats-Unis). De plus, la remontée du taux d'utilisation des capacités de production peut se juger à l'aune du précédent californien comme la marque d'un sous-investissement. Dernier point que nous pouvons relever, celui de l'optimalité des investissements d'un opérateur de réseau indépendant d'un générateur. L'idée est qu'une

---

<sup>306</sup> Steiner F., (2000), « Regulation, Industry Structure and Performance in the Electricity Supply Industries », *Economic Department Working Papers*, n° 238, OCDE, 41 p.

entreprise encore intégrée pourrait limiter ses investissements dans le réseau pour entraver l'entrée de nouveaux concurrents. Il s'agirait de jouer sur les congestions pour ériger d'efficaces barrières à l'entrée.

#### - Premières réflexions sur le constructivisme régulateur

Les difficultés liées à la transposition au secteur de l'électricité des solutions réglementaires élaborées dans le secteur des télécommunications posent à notre sens le double problème du mimétisme et du constructivisme réglementaires. La recherche d'un cadre unique applicable à l'ensemble des industries de réseaux marque la prédominance d'une convention de réglementation, c'est-à-dire d'un cadre de référence admis par tous, comme étant "optimal". Celle-ci s'appuie sur la confluence de bouleversements technologiques majeurs (faisant passer les télécommunications dans le secteur concurrentiel) et d'un changement de paradigme théorique dans le domaine de l'économie de la réglementation (réglementation incitative et théorie des marchés disputables). De ce fait, le modèle des télécommunications, première industrie de réseau "dérégulée", peut-être parce que l'une des rares susceptibles de l'être, tend à être étendu à l'ensemble des industries de réseau.

Cette nouvelle convention de réglementation est cependant contestable. En effet, sa validité n'est pas assurée dans le domaine de l'électricité du fait des spécificités physiques et technologiques du produit support des transactions. Le mimétisme (*panurgisme* ?) réglementaire peut être source d'inefficiences économiques majeures dès lors que les prescriptions des économistes se font sans la prise en considération des produits et des marchés.

De la même façon, cette "*économie de tableau noir*" souffre de sa logique intrinsèquement constructiviste. Les réflexions sur le rôle du régulateur sont ici les plus évocatrices de la logique sous-jacente de cette convention. En effet, le régulateur doit créer le marché et distordre son évolution spontanée, si celle-ci ne se fait pas dans un sens conforme au modèle de concurrence pure et parfaite prise comme référence externe. L'objectif de la réglementation sera donc de formater la réalité afin de la faire coïncider avec un modèle théorique défini de l'extérieur et devant permettre de maximiser le bien être social. S'il apparaît nécessaire de mettre en place des institutions durant la phase d'introduction des mécanismes concurrentiels, il n'en demeure pas moins que celles-ci se révèlent d'expérience

des construits durables et non de simples échafaudages provisoires<sup>307</sup>. A l'instar du protectionnisme de Friedrich List, il existe pour les économistes libéraux, une "régulation éducatrice" conçue comme une étape transitoire vers un marché purement concurrentiel<sup>308</sup>. Selon Nicolas Curien<sup>309</sup>, « la régulation est par essence un phénomène évolutif et transitoire qui devrait progressivement s'effacer au fur et à mesure que se développe le marché, ou tout du moins se fondre à terme dans le droit de la concurrence ». En réalité, du fait de l'évolution spontanée du marché, ce modèle suscite un besoin en réglementation non anticipé et des plus coûteux. Le régulateur doit, en effet, intervenir sur le marché pour contrer la stratégie spontanée des firmes qui réside en la recherche de rentes de monopoles. Ces stratégies seront d'autant plus fréquentes que le marché s'écarte du modèle théorique de la concurrence pure et parfaite.

Cette convention de réglementation se caractérise en effet par sa volonté de "formater" l'économie par l'action des règles juridiques pour rapprocher celle-ci d'une situation définie comme optimale au point de vue théorique. A l'opposé de cette économie *ingénierique*, il convient de revisiter l'approche qui fut celle du vieil institutionnalisme américain<sup>310</sup>. Le projet institutionnaliste se distingue de la logique aujourd'hui à l'œuvre, dans la mesure où la visée n'était pas de définir rationnellement une règle optimale et de la mettre en œuvre afin de réaliser l'adéquation de l'économie réelle à un cadre défini par la seule théorie économique. La règle et la situation économique vont se définir mutuellement et se construire réflexivement l'une l'autre. Dans ce cadre, une réglementation "à la main légère" serait envisageable. La recherche d'une convention de réglementation adaptée au secteur électrique<sup>311</sup> doit partir de la reconnaissance de la permanence du caractère de monopole naturel de l'industrie et de l'importance des solidarités technico-économiques. Si celles-ci viennent à s'amoinrir, le caractère de service public de l'électricité pourrait conduire à

---

<sup>307</sup> Bergougoux J., (2000), « Comment le régulateur gagnera sa légitimité », *Sociétal, Services publics et marché, l'ère des régulateurs*, n° 30, 4<sup>e</sup> trimestre, pp.49-54.

<sup>308</sup> Nous retrouvons la convention de l'Etat Absent mise en évidence par R.Salais et M.Storper.

Salais R. et Storper M., (1993), *op. cit.*

<sup>309</sup> Curien N., (2000), *op. cit.*

<sup>310</sup> Kirat T., (2001), « Le pragmatisme, l'économie et l'intelligence des règles juridiques : leçons de la méthode institutionnaliste de John Rodgers Commons », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, décembre.

<sup>311</sup> Marty F., (2001), « Outils de gestion, structures productives et configuration institutionnelle des marchés : l'évolution du secteur électrique », journée d'étude *L'organisation sociale de l'économie* du CLERSE, Lille, juin.

renouer avec le modèle originel du service public à la Française tel que le définissait Léon Duguit<sup>312</sup>.

## **II.2.2 Etude du développement d'une convention de réglementation à travers les textes européens et les diverses législations nationales**

### II.2.2.1 Présentation de la libéralisation du secteur électrique

- L'impulsion communautaire

#### *Présentation de la directive*

Les objectifs de la libéralisation du marché européen de l'électricité sont mis en exergue dès les attendus de la directive de décembre 1996<sup>313</sup>. Il s'agit de rationaliser à l'échelle européenne la production, le transport et la distribution de l'énergie électrique afin d'en abaisser le coût et donc d'accroître la compétitivité prix de l'industrie européenne, de renforcer la sécurité d'approvisionnement et d'accroître les efforts visant à la protection de l'environnement. Ce projet ressemble à celui qui motivait les lois françaises de 1919 et 1922. L'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux sont au cœur de l'action publique européenne. Interconnexion, interopérabilité et rationalisation de la production, du transport et de la distribution sont réalisées dans le modèle EDF, avec à la clé un service public et un coût de l'électricité parmi les moins chers d'Europe. La directive de 1996 part, à l'inverse, d'un principe de marché : organiser une concurrence entre les producteurs et permettre à un nombre croissant de consommateurs de choisir librement leur fournisseur. Au motif que ceci serait la clé de l'efficacité. La directive fournit un ensemble de mécanismes devant permettre, selon elle, de tenir compte des considérations de service public dans le contexte d'un marché concurrentiel.

La libéralisation du marché européen de l'électricité a pour principal fondement économique affiché la volonté d'accroître la compétitivité de l'industrie européenne, laquelle, selon le

---

<sup>312</sup> Duguit L., (1907), « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *Revue du Droit Public et la Science Politique en France et à l'étranger*, pp. 412-439.

<sup>313</sup> Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant les régies communes pour le marché intérieur de l'électricité.

Second Rapport de la Commission au conseil et au Parlement européen sur l'Etat de la libéralisation des marchés de l'énergie<sup>314</sup>, serait pénalisée par rapport à ses concurrentes américaines et australiennes par un coût de l'énergie électrique supérieur de quelque 40%. Le coût excessif de l'énergie électrique est vu comme un handicap concurrentiel d'autant plus dommageable que l'industrie européenne se caractérise par sa forte intensité énergétique. Celui-ci est d'autant plus dommageable que le coût de l'énergie électrique peut atteindre 60 % des coûts de production dans certaines activités industrielles telles la chimie ou la production d'aluminium. Il est imputé à l'isolement des marchés nationaux et à la faiblesse des échanges intracommunautaires. Ce cloisonnement pose le problème des disparités de coûts au sein même de l'Union<sup>315</sup>.

	France	Allemagne	Italie	Royaume Uni	Suède
Prix consommateurs domestiques	9.55	12.31	16.54	9.89	6.72
Prix industriels	4.69	6.64	5.49	5.9	3.48

*Les prix de l'énergie électrique en juillet 1997. (en écus x 100/ kWh (hors TVA). Source Eurostat).*

La directive sur le marché de l'électricité fait suite à deux précédentes directives visant l'une à réguler le transit d'électricité sur les grands réseaux<sup>316</sup>, l'autre à garantir la transparence des prix pour le consommateur final<sup>317</sup>. L'ensemble de ces directives vise à introduire des critères et des procédures harmonisées pour la construction et l'exploitation des installations de production. Dans la volonté de supprimer toute distorsion dans l'Union, ces procédures se

<sup>314</sup> Bruxelles, 4 mai 1999, COM(1999), 198 final.

<sup>315</sup> Quelques chiffres suffisent à montrer que la libéralisation du secteur énergétique européen trouve sa source mais aussi son principal facteur de blocage – faute d'une volonté de développer des infrastructures européennes – dans la faiblesse des interconnexions intracommunautaires. L'indicateur traditionnel pour indiquer le degré d'intégration des marchés est, en règle commune, le degré de convergence des prix. Les disparités constatées dans les tarifs de l'électricité au niveau européen ne plaident pas en ce sens. Sur une base 100 "EDF", calculée pour les prix à la grande industrie en 2000 (4 000 kW pour 6000 heures), le tarif était de 61.2 en Suède et de 151 au Royaume-Uni. De la même façon, le commerce intracommunautaire dans le domaine pharmaceutique réalisait un chiffre d'affaires quinze fois supérieur à celui de l'électricité en 1998.

Commission européenne, (1999), *Second rapport au Conseil et au Parlement européen sur l'harmonisation des législations (Directive 96/92/CE relative aux règles communes pour le marché intérieur de l'électricité)*, Bruxelles.

Rapport d'activité 2000 d'Electricité de France

OCDE, (2000), *Foreign Trade by Commodities 1993-1998*, , *OECD Total, NAFTA, OECD Asia and Pacific, OECD Europe, EU15*, Paris.

<sup>316</sup> Directive 90/547/CEE du 29 octobre 1990.

<sup>317</sup> Directive 90/377/CEE du 29 juin 1990.

doivent d'être objectives, transparentes et non discriminatoires. Si la spécificité de l'électricité est reconnue dans la mesure où elle participe à l'objectif de cohésion économique et sociale, la première motivation des rédacteurs reste, dans une logique de marché parfait, de rendre accessibles les réseaux de transport et de distribution aux producteurs d'électricité et à leurs clients sans discrimination, en fonction des capacités disponibles et moyennant une rémunération raisonnable.

Certes la directive<sup>318</sup> de 1996 précise dès ses attendus que le marché intérieur européen de l'électricité devra prendre en compte les obligations de service public : « *les entreprises du secteur de l'électricité doivent pouvoir agir, sans préjudice du respect des obligations de service public, dans la perspective d'un marché de l'électricité qui soit concurrentiel et compétitif* ». Il est stipulé que les Etats membres peuvent imposer des obligations de service public que la libre concurrence, à elle seule, ne peut pas nécessairement garantir. Mais la conception sous-jacente est que l'obligation de service public est un surcoût et non une incitation à une plus grande efficacité (notamment de long terme). Il faut donc indemniser ces charges et non intégrer l'intérêt général dans une conception adéquate de l'efficacité européenne. L'existence de différents systèmes de régulation au sein de l'Union est reconnue, reprise de la proposition de directive de 1992. La réponse apportée est la réaffirmation du principe de subsidiarité. Un cadre général est établi au niveau communautaire, la fixation des modalités d'application et le choix du régime le plus adapté restent l'apanage des Etats membres. Cependant, là encore, cette diversité est considérée comme une gêne par rapport à l'optimum du marché. Quel que soit le mode d'organisation retenu, l'accès des tiers au réseau devra être la règle : tous les pays devront avoir une ouverture comparable. L'action publique afin de garantir les missions de service public est tolérée (reconnaissance de l'existence de défaillances du marché). La directive admet que la planification à long terme peut être un moyen de remplir lesdites obligations de service public<sup>319</sup>.

La Directive casse l'unité établie par l'entreprise nationale entre le produit, l'organisation et la régulation publique, unité qui permettait une relation dynamique entre efficacité et équité dans le développement du secteur. Elle reconnaît la nécessité d'une gestion centralisée des réseaux électriques. Mais elle sépare le gestionnaire du réseau qui aura la responsabilité, entre

---

<sup>318</sup> Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19/12/1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

<sup>319</sup> La directive regroupe ces objectifs sous le nom de prise en compte de l'objectif communautaire de la cohésion économique et sociale.

autres, de gérer l'appel des centrales des activités de production et de distribution. Cette innovation institutionnelle pose un problème d'organisation lorsque, à l'instar du cas français, l'opérateur historique est une entreprise intégrée verticalement. Il faut alors faire en sorte que l'activité de transport soit gérée de façon indépendante des autres activités. Les flux d'information entre les activités d'acheteur unique et les activités de production et de distribution doivent être limités. D'où les obligations de séparation comptable et d'accès du régulateur à la comptabilité interne des entreprises.

Le champ d'application de la directive est défini dès son article 1<sup>er</sup>. Elle définit les règles communes concernant la production, le transport et la distribution d'énergie électrique, les modalités d'organisation et de fonctionnement du secteur de l'électricité, les règles d'accès au marché, les critères que doivent respecter les appels d'offres, les octrois d'autorisation pour la construction de nouvelles installations et pour l'exploitation des réseaux.

L'article 4 de la directive stipule que les Etats membres auront le choix lorsqu'il s'agira de donner leur accord quant à la construction de nouvelles capacités de production, entre les procédures d'autorisation et d'appel d'offres. En ce qui concerne la procédure d'octroi d'autorisations pour la construction de nouvelles installations de production sur leur territoire, il appartient aux Etats membres de préciser les critères (a.5). Pour la procédure de l'appel d'offres, l'Etat membre, ou l'organisme compétent qu'il aura désigné à cet effet, devra dresser l'inventaire des nouveaux moyens de production (y compris les renouvellements) sur la base d'un bilan prévisionnel (a.6). Ce dernier sera publié tous les deux ans, conjointement par le gestionnaire du réseau de transport et l'autorité de régulation désignée par l'Etat. Il devra indiquer les capacités de production et de transport susceptibles d'être raccordées au réseau ainsi que les besoins d'interconnexion, les capacités de transport potentielles et les prévisions sur la demande d'électricité. Dès 1992 la Directive mentionnait explicitement, en son article cinquième, que les Etats membres pourraient refuser ou différer l'octroi d'autorisations, si les capacités existantes permettaient de faire face aux besoins à un prix raisonnable et équitable. Bien que l'article 4 semble veiller à l'adéquation des capacités de production aux besoins de long terme, donc aux investissements nécessaires, il vise, en pratique, le maintien de conditions de concurrence suffisantes.

L'article 7 stipule que les Etats (ou les propriétaires des réseaux) désignent, pour une durée déterminée, un gestionnaire du réseau, lequel assumera la responsabilité, dans un souci

d'efficacité et “ d'équilibre économique ”, de l'exploitation, de l'entretien et du développement du réseau ainsi que de son interconnexion avec les autres réseaux. Concernant l'accès des tiers au réseau, la directive précise (a.7) que les producteurs et les fournisseurs d'électricité pourraient approvisionner leurs propres établissements, filiales et associés établis dans tout Etat membre, au moyen du réseau interconnecté. De la même façon, ces derniers pourraient approvisionner des clients ou s'y engager par contrat au moyen de ce même réseau sous réserve de conclusions d'accords avec les gestionnaires de réseau. Tout client pourrait s'approvisionner auprès de tout producteur, quel que soit son pays d'implantation. Le gestionnaire du réseau de transport est responsable de l'appel des installations de production situées dans sa zone et de la définition des utilisations des interconnexions avec les autres réseaux. Ses critères de gestion devront être objectifs, transparents et appliqués de façon non discriminatoire. Les appels se font selon un ordre de préséance économique, les centrales étant appelées en fonction de leur coût de production. Cependant, cet ordre intègre une priorité accordée aux sources d'énergie renouvelables et aux procédés de production combinée chaleur-électricité. La directive insiste par ailleurs sur la nécessité d'une relation raisonnable entre les prix demandés et le coût à long terme de la fourniture, augmenté d'une rémunération raisonnable du capital investi dans la fourniture dudit service.

Les Etats membres peuvent obliger les compagnies de distribution à approvisionner des clients situés dans une zone donnée. La tarification de ces fournitures peut être réglementée pour assurer l'égalité de traitement des clients en cause (a.10). Selon l'exemple du réseau de transport, un gestionnaire du réseau de distribution est désigné. Il assure ces mêmes missions d'exploitation, d'entretien et de développement du réseau. Il sera dans l'obligation de fournir au gestionnaire de tout réseau avec lequel son réseau est interconnecté des informations suffisantes pour garantir le fonctionnement sûr et efficace et un développement coordonné du réseau interconnecté. L'article 21 de la proposition de 1992 stipulait qu'il devrait mettre à disposition de tout utilisateur potentiel, une liste des possibilités de transactions impliquant l'utilisation du réseau et de ses interconnexions. Notons au passage que l'article 2 de la directive distingue un cas qui n'apparaissait pas en 1992, celui du client grossiste. Celui-ci désigne toute personne physique ou morale, si son existence est reconnue par les Etats membres, qui achète et vend de l'électricité et qui n'assure pas de fonction de production, transport, distribution d'énergie électrique à l'intérieur ou à l'extérieur du réseau où elle est installée. Cette catégorie ouvre la voie aux sociétés de *trading* pur et au développement d'un marché à terme européen de l'électricité, complémentaire du marché spot.

Il est spécifié que les Etats membres (ou l'autorité compétente) auront accès à la comptabilité des entreprises de production, transport et distribution. L'examen de cette dernière est en effet nécessaire pour assurer la mission de contrôle<sup>320</sup> (article 13). En ce qui concerne les entreprises intégrées verticalement (cas de l'opérateur historique en France), la solution envisagée réside en une séparation comptable des trois activités de la firme (a.14). L'article 15 stipule que cette même entreprise peut être désignée par l'Etat membre comme acheteur unique du moment où cette activité est efficacement cloisonnée par rapport aux activités de production et de distribution.

La directive de 1996 précise en outre (a.22) que les Etats membres sont appelés à créer des autorités nationales de régulation : « *les Etats membres créent des mécanismes appropriés et efficaces de régulation, de contrôle et de transparence, afin d'éviter tout abus de position dominante au détriment notamment des consommateurs et tout comportement prédateur* ». La référence au seul consommateur est significative de la disparition de toute conception d'efficience collective.

Concernant le degré d'ouverture des marchés de l'électricité, la directive prévoit une libéralisation progressive : 26 % le 19 février 1999, 28 % en 2000 puis 33% en 2003. Cependant, dans l'application de la directive, les différents Etats membres ont opté pour des degrés d'ouverture très divers. Par exemple, l'Allemagne, la Suède, la Finlande et la Grande Bretagne ont opté pour une ouverture immédiate de l'ensemble de leur marché. Le Danemark va libéraliser directement ou indirectement 90% de son marché intérieur. Les Pays-Bas et l'Espagne ont d'ores et déjà ouvert un tiers de ce dernier et prévoient son ouverture totale d'ici 2007. A l'inverse, si l'Italie a ouvert 30 % de son marché en 1999, la France s'est contentée du seuil minimal imposé par la directive. EDF, ayant compris à quel point ceci contrariait son redéploiement, a plaidé pour une accélération. Pour l'accès des tiers au réseau (ATR), c'est-à-dire l'octroi de l'accès des lignes aux tiers pour permettre le transport de l'électricité des producteurs aux clients éligibles, deux formules s'offrent aux Etats : l'ATR réglementé choisi par tous les pays sauf l'Allemagne qui a préféré l'ATR négocié.

---

<sup>320</sup> Nous retrouvons la pratique de l'Autorité de régulation des télécommunications.

La séparation et transparence des comptes sont censées répondre au risque de voir les entreprises verticalement intégrées, lesquelles possèdent avec le réseau de transport un “ service essentiel ” qu'elles doivent ouvrir aux tiers, ne pas traiter d'une façon identique leurs propres activités et celles de leurs nouveaux concurrents. L'opérateur historique risquerait de pénaliser les nouveaux entrants. La solution préconisée par la directive est celle d'une séparation comptable de l'activité de transport accompagnée de mécanismes appropriés visant à empêcher la divulgation d'informations confidentielles par la partie de l'entreprise en charge du réseau aux autres divisions de celle-ci. Il faut, en d'autres termes, que le gestionnaire du réseau de transport soit indépendant des intérêts commerciaux de la société verticalement intégrée. Le rapport parle même de la nécessité d'ériger un “ mur du silence ” entre les activités pour empêcher les flux d'informations entre les différentes activités. Un autre objectif réalisé par l'existence de comptabilités séparées réside dans le contrôle du respect de l'interdiction de pratiquer des subventions croisées entre les activités. Les distorsions de concurrence seront donc en partie prévenues par l'impossibilité pour les entreprises de dissimuler la répartition de leurs coûts. La solution d'une séparation officielle entre le gestionnaire du réseau et l'opérateur historique a été adoptée en Italie, aux Pays-Bas, au Pays de Galles et en Angleterre. La possibilité alternative de poser des règles garantissant l'indépendance des deux fonctions sans pour autant créer une nouvelle entité juridiquement indépendante a été adoptée en France, en Allemagne, en Irlande du Nord et en Ecosse.

### Economie de la directive 96/92/CE

La diversité des trajectoires nationales de libéralisation du secteur de l'électricité peut s'expliquer par des phénomènes de dépendance de sentier de nature historique ou technique (effets de *lock-in* à partir du parc installé, des diverses situations énergétiques nationales ou de la configuration du réseau ou du parc installé), mais aussi et surtout par les marges de manœuvre qu'offre la directive aux différents législateurs nationaux. La directive, même si elle s'appuie par trop souvent sur des prescriptions clés en main issues de l'économie publique normative, se contente néanmoins de fixer le cap des réformes à entreprendre, laissant aux Etats, le soin de l'adapter aux circonstances de lieu et de moment à travers le mécanisme de transposition en droit national. Malgré la nette coloration “libéralisante”<sup>321</sup>,

<sup>321</sup> Le premier projet de directive de libéralisation du marché européen de l'électricité, établi en 1992, se référait explicitement à l'expérience britannique.

celle-ci ne scelle pas entièrement le devenir précis des divers systèmes électriques nationaux. Il y a une opposition latente entre l'application du principe de subsidiarité et la volonté de créer un marché unique de l'électricité. Il ne peut exister de marché sans règles de droit. Réciproquement, de la pluralité des règles nationales ne peut naître qu'une juxtaposition de marchés, certes tous libéralisés, dans la mesure où ils sont régis par un principe commun, mais non unifiés, parce que la commission de Bruxelles a échoué à unifier réglementairement le marché, du fait de la subsidiarité et physiquement, à cause de l'absence d'une politique industrielle (promotion des interconnexions) volontariste venant en appui de la politique de la concurrence.

En matière de production d'énergie électrique, la directive érige la concurrence en règle. L'installation de nouvelles capacités peut se faire selon deux procédures. La première est celle de l'autorisation et la seconde celle de l'appel d'offres. La logique de la directive était de maintenir une certaine autonomie à la politique énergétique nationale en permettant la survie d'une certaine planification du parc de production. L'Etat peut fixer des objectifs en terme de composition du parc (arbitrage entre les différentes technologies de production) pour une durée donnée. Dans une première partie de cette période, les entreprises sont libres de choisir librement leurs technologies de production. Cependant, dans un second temps, le décideur public compare les écarts entre la composition idéale et la composition réelle du parc. Afin de faire converger celui-ci avec les proportions souhaitées, des appels d'offres seraient organisés pour l'installation de toute nouvelle capacité. Les firmes souhaitant installer de nouvelles unités n'ont plus d'autonomie quant au choix de la technique de production. Cependant, aucune nation n'a su saisir l'opportunité qu'offrait cet article de la directive. L'autorisation est la règle du moment où la nouvelle installation satisfait aux normes de sécurité et aux exigences environnementales et de service public. De la même façon, la directive n'impose aux états membres que des seuils d'éligibilité minimums. D'où deux problèmes épineux : la question de la réciprocité (dans la liberté accordée aux stratégies de firmes appartenant à des pays dont le degré d'ouverture diverge) et l'adoption du critère contestable du pourcentage de marché éligible pour juger de l'ouverture réelle d'un marché<sup>322</sup>. Le troisième grand axe tracé par la directive réside en la garantie de l'accès des tiers au réseau. Si elle indique qu'un gestionnaire de réseau indépendant doit prendre en charge l'exploitation, la maintenance et le

---

<sup>322</sup> Le dernier rapport de la Commission de Régulation de l'Electricité est là pour nous montrer qu'il peut exister des barrières non explicites aux échanges ou à l'entrée sur certains marchés. L'ouverture totale (en droit) du marché allemand ne signifie pas pour autant que celui-ci soit ouvert à tous les compétiteurs.

développement de celui-ci dans des conditions non discriminatoires et transparentes, rien n'est dit sur la question de la tarification de cet accès. Or, c'est cet élément qui peut poser les plus redoutables problèmes pour la libéralisation du secteur et son efficience économique. A l'instar de l'installation de nouvelles capacités de production, deux régimes étaient initialement prévus pour ce qui concerne l'accès des tiers au réseau. Le premier correspondait à l'accès réglementé et le second à l'accès négocié. Le second système reposait sur une négociation directe entre le gestionnaire du réseau et la firme désirant faire transiter de l'énergie. Le contrat serait dans ce cadre négocié bilatéralement. Cette solution, proche de la logique autrichienne, a été peu à peu écartée pour deux raisons. D'une part, elle ne permettait pas que la logique walrasienne de la déréglementation aille à son terme. Dans le cadre de la construction de marchés de concurrence pure et parfaite, toutes les transactions doivent se faire au prix d'équilibre. Enfin, et surtout, cette pratique ouvrait la porte à des pratiques discriminatoires du gestionnaire du réseau de transport. Ce risque était d'autant plus fort que l'opérateur historique intégré verticalement n'est pas obligatoirement démantelé comme cela fut le cas en Grande-Bretagne. L'abus de position dominante est possible dès lors qu'une firme détentrice d'une infrastructure essentielle peut priver ses concurrents de l'usage de celle-ci ou les pénaliser à travers lui. De ce risque naît le quatrième volet de la directive de 1996 relatif à l'*unbundling*, c'est-à-dire à la séparation comptable des différents pôles d'un opérateur encore intégré afin de pallier le risque d'abus de position dominante, de subventions croisées, de prix prédateurs ou de tarifs d'accès discriminatoires. Cependant, la directive ne réclame qu'une séparation comptable et non juridique des différentes composantes des opérateurs historiques. De fortes divergences dans les transpositions s'observent encore à cette occasion entre les états optant pour un *unbundling* minimal (comptes séparés) et ceux allant jusqu'au démantèlement. Comme le souligne le rapport 1999 de la Commission de Régulation de l'Electricité, l'application du principe de subsidiarité dans la transposition de la directive a conduit à un foisonnement des modèles réglementaires nationaux. Cette diversité étant parfois vue comme un obstacle à la réalisation d'un marché unique, l'éventail des solutions réglementaires ne s'est pas avéré aussi large qu'il aurait pu l'être et tend même à se resserrer avec le temps.

- La nouvelle architecture réglementaire française

## Le cadre institutionnel

La particularité de la loi de transposition française tient à la volonté de maintenir à la fois un service public fort et l'intégrité de l'opérateur historique. De ce fait l'*unbundling* n'a été que comptable. La France comme la plupart de ses partenaires européens a fait le choix de l'accès des tiers au réseau réglementé. Un gestionnaire du réseau de transport, le RTE, a été créé pour assurer un acheminement de l'énergie dans des conditions non discriminatoires et transparentes. L'indépendance du gestionnaire du réseau français, souvent critiquée car n'allant pas jusqu'à la séparation juridique, est défendue par la Commission de Régulation de l'Electricité. Celle-ci ne se limite pas à une simple séparation comptable comme en Allemagne, mais reviendrait à une réelle séparation fonctionnelle.

Un rapide examen de la loi du 10 février 2000 est intéressant à double titre. D'une part, la richesse des potentialités d'actions publiques ouvertes par la loi nous montrera qu'un cadre législatif ne vaut que par son activation et que par l'interprétation qui en est faite tant dans les textes réglementaires que dans la pratique des acteurs. Tout texte offrant des ouvertures pour une action publique volontariste restera lettre morte s'il s'insère dans une convention de l'Etat absent. D'autre part, la loi de 2000 nous fournira les clés de lecture nécessaires pour comprendre dans quel cadre vont se prendre les actes jurisprudentiels du Conseil de la Concurrence que nous examinerons dans notre quatrième chapitre.

L'examen de la loi montre que le législateur a cherché à conjuguer « *le renforcement du service public de l'électricité avec l'introduction maîtrisée d'éléments de concurrence, qui concourent à la compétitivité de la France au bénéfice de l'emploi*<sup>323</sup> ». La place que tiennent les obligations de service public et l'affirmation de la politique énergétique nationale dénotent les marges de manœuvres, que s'est laissées le législateur ou *a contrario* ses efforts pour rendre la réforme acceptable. Les missions de service public sont pour la première fois définies dans un texte législatif et leurs modalités de financement sont fixées. Le service public<sup>324</sup> doit participer à la cohésion sociale, au développement équilibré du territoire. Il doit offrir aux usagers une fourniture de qualité au moindre coût (dans le cadre d'une péréquation géographique). Il garantit la mise en application de la politique énergétique nationale et doit se caractériser par sa continuité. La loi organise le service public dans le cadre d'une

<sup>323</sup> Les Notes Bleues de Bercy, (2000), « Le service public de l'électricité », n° 178, 1<sup>er</sup> au 15 mars.

<sup>324</sup> Notre sous-section III.2.2 nous permettra de revenir plus en détail sur la notion de service public.

planification pluriannuelle des investissements. La mise en œuvre de celle-ci passera non seulement par le régime d'autorisation ou d'appels d'offres préalables à l'installation de nouvelles capacités, mais aussi par l'obligation d'achat d'électricité provenant de certaines énergies.

Le texte de la loi prévoit que l'éligibilité concernera 30 % du marché en février 2000 (soit 800 clients) et 33 % en février 2003 (soit 3000 clients). Nous sommes donc au niveau des bornes inférieures fixées par la directive de 1996 et bien en deçà du compromis de Barcelone de mars 2002. Le seuil d'éligibilité est fixé par décret. Il repose sur la consommation annuelle enregistrée sur un site donné<sup>325</sup>.

La programmation pluriannuelle des investissements montre que le législateur a été conscient des défaillances du marché en matière de choix d'investissements socialement optimaux. Si les ouvertures offertes par la loi sont correctement exploitées, l'Etat serait en mesure d'influer sur les choix d'équipements des entreprises privées. En fonction de la situation quant aux diverses énergies primaires et en fonction des insuffisances constatées pour certains équipements, les pouvoirs publics pourront accorder ou refuser l'installation d'une usine utilisant une technologie de production donnée. La programmation pluriannuelle sera réalisée par le ministère en charge de l'énergie. Il s'appuiera sur les bilans prévisionnels établis par le gestionnaire du réseau de transport et sur le schéma des services collectifs de l'énergie prévu par la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire. Cette programmation sera contrôlée par le Parlement.

Si les capacités installées s'écartent de la programmation, les pouvoirs publics pourront refuser leurs autorisations à certains types d'installations jugées surnuméraires. Parallèlement, ils pourront susciter des constructions de nouvelles centrales d'une technologie jugée sous-employée, via la procédure d'appels d'offres. Un autre instrument de la politique énergétique est constitué par l'obligation d'achat de l'électricité de certains producteurs pesant sur EDF. Théoriquement, les charges liées à celle-ci seront compensées par le "fonds du service public de la production d'électricité". En fait, l'évaluation de cette charge ne va pas sans poser de problèmes comme en attestera le contentieux que nous étudierons dans notre chapitre IV. L'un des problèmes, que nous pouvons d'ores et déjà mettre en relief, est l'effet d'aubaine

---

<sup>325</sup> L'éligibilité n'est pas donnée aux collectivités locales et aux organismes de distribution ce qui ne va pas sans causer de préjudices à certains d'entre eux.

qu'elle crée pour les entrepreneurs. Le fait que «*cette obligation d'achat ne s'appliquera qu'aux installations qui ne pourront trouver de clientèle dans des conditions économiques raisonnables sur le marché des éligibles* » augure mal du coût social de cette procédure.

La loi du 10 février 2000 porte création de la Commission de Régulation de l'Electricité. Celle-ci aura une fonction consultative sur la régulation du secteur, sur les tarifs d'utilisation des réseaux et sur l'évaluation des charges de service public. Elle serait en charge des appels d'offres décidés pour rendre la structure du parc adéquate au programme pluriannuel. Elle doit trancher les litiges entre les gestionnaires de réseau et les utilisateurs. Elle est même habilitée à sanctionner les infractions à la régulation sectorielle. Il se pose dès lors le problème de la coordination avec le Conseil de la Concurrence. Celui-ci conservera son rôle de sanction des comportements contrevenant aux règles concurrentielles. La loi prévoit un mécanisme de saisines croisées permettant aux deux "juridictions" de travailler de concert.

Concernant l'entreprise nationale, la loi réaffirme l'intégration entre EDF et RTE (réseau de transport de l'électricité). Nous verrons comment les évolutions de la Commission européenne remettent en cause cette volonté du législateur. La jurisprudence du Conseil de la Concurrence exigera de façon constante la séparation juridique des deux entités. D'autres éléments de la loi seront au centre des travaux du Conseil. Nous pouvons citer les diversifications d'EDF. La loi indique qu'EDF sera libre d'exercer des activités qui concourent directement ou indirectement à son objet social. Elle devra cependant le faire en adoptant des structures et un comportement qui seraient ceux d'une entreprise concurrentielle. Ainsi, une filialisation (séparation juridique) lui est imposée de façon à prévenir le risque de subventions croisées. De la même façon, il est fait obligation à EDF de séparer ses activités relatives au segment éligible et celles exercées pour les consommateurs non éligibles.

Afin de lutter à armes égales contre ses concurrents, EDF pourra proposer une offre globale aux consommateurs éligibles. Ces services liés à la fourniture électrique sont les suivants :

- conception, réalisation, maintenance de réseaux d'énergie intérieurs (installations de production d'électricité, de vapeur, de chaleur, de froid, d'air comprimé...),
- conception, réalisation, maintenance d'unités de production d'énergie pour compte de tiers,
- gestion et optimisation des consommations d'énergie.

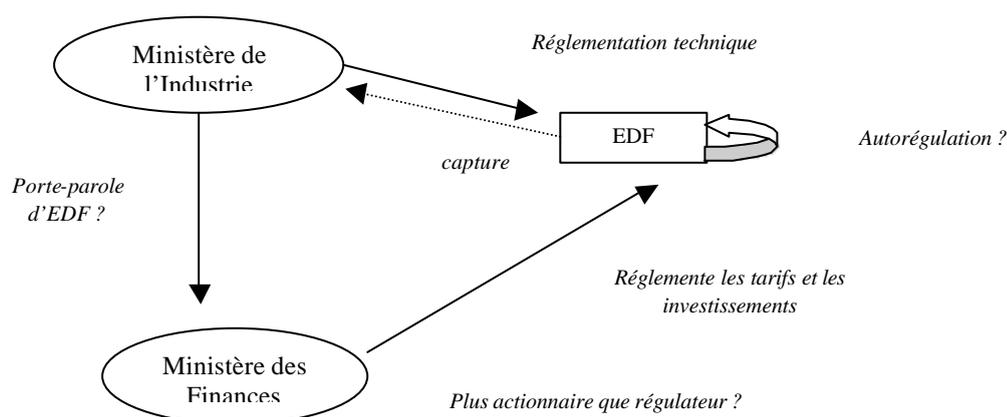
Par contre, comme le montrera notre chapitre IV, le principe de spécialité ne sera pas levé pour le segment non éligible : «*EDF ne pourra proposer en complément du kilowatt-heure que des prestations de conseil destinées à promouvoir la maîtrise de la demande d'électricité*». Cette interdiction repose sur l'article 46 de la loi de nationalisation interdisant à l'entreprise nationale d'intervenir en val du compteur.

Le cadre législatif et réglementaire étant fixé, nous allons nous attacher au nouveau système d'acteurs qui caractérise l'électricité française.

### Les acteurs du secteur électrique

#### *La Commission de Régulation de l'Electricité*

La création d'un régulateur sectoriel dans le domaine électrique, même si elle fait suite au précédent des télécommunications, doit être appréciée à sa juste valeur en terme d'innovation institutionnelle. Les autorités sectorielles de régulation induisent une rupture vis-à-vis de la régulation appliquée à EDF dans le cadre de la précédente convention de réglementation. Outre les questions relatives aux capacités de l'Etat actionnaire dans la gouvernance des entreprises, la question de la tutelle se posait pour EDF<sup>326</sup>. Une confusion existait entre les différentes tutelles s'exerçant sur l'entreprise. Les critiques quant à sa régulation dans le cadre de la convention de la réglementation extérieure reposaient sur les arguments suivants.



<sup>326</sup> La situation était encore plus marquée dans les télécommunications. L'établissement public industriel et commercial, France Télécom, ne fut créé qu'en 1990. Il faisait, auparavant, directement partie de l'administration (la DGT, Direction Générale des Télécommunications).

EDF se situait dans un modèle de régulation dans lequel un agent faisait face à deux principaux. Cette situation se traduit par un net affaiblissement de la tutelle. De plus, les trois objectifs de l'Etat (actionnaire, régulateur et redistributeur) rentraient en conflit. Le mélange des genres et des objectifs, entre l'entreprise nationale et la tutelle, alla jusqu'à la décision unilatérale d'EDF de pratiquer une péréquation tarifaire pour la Corse. Ce schéma classique de régulation administrative va être bouleversé par la mise en place d'autorités indépendantes de régulation.

Les autorités administratives de régulation, à l'instar des *independent regulatory commissions* américaines, se caractérisent par la rupture qu'elles induisent vis-à-vis des principes de séparation des pouvoirs, d'allocation constitutionnelle du pouvoir réglementaire général et de subordination de l'administration<sup>327</sup>. La Commission de Régulation de l'Electricité est le second organe de régulation créé en France, après l'ART (loi du 26 juillet 1996). La création d'organes de régulation indépendants pour accomplir la libéralisation d'un secteur anciennement monopolistique est donc importée en droit français via la communauté européenne. Celle-ci s'inspire du précédent britannique. Le Royaume-Uni a lui-même réinterprété une solution institutionnelle expérimentée aux Etats-Unis depuis le début du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>328</sup>. Effet paradoxal de l'importation de concepts juridiques, l'instrument de la dérégulation en Europe est paradoxalement une institution symbole de l'intervention publique aux Etats-Unis. Les autorités de régulations sont, elles-même, une institution remise en cause par la dérégulation américaine. « *Quiproquo typique du phénomène d'emprunt conceptuel, le symbole de l'intervention chez les uns, se transforme en symbole du repli étatique chez les autres*<sup>329</sup> ». L'objet de la régulation américaine s'est transformé en quelques années d'un substitut à l'allocation concurrentielle, à une promotion de la concurrence<sup>330</sup>. Ce mouvement est donc parallèle à celui qui affecte l'Europe.

---

<sup>327</sup> Custos D., (2001), « Agences indépendantes de régulation américaines (*Independent Regulatory Commissions ou IRC*) et autorités administratives indépendantes françaises (AAI). L'exemple de la *Federal Communications Commission* (FCC) et de l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART) », Colloque de la revue *Politique et management public*, Nice, octobre.

<sup>328</sup> Le modèle américain de régulation est né à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle aux Etats-Unis à la confluence de l'émergence du concept juridique d'intérêt général (arrêt Munn) et de la législation antitrust. Les commissions indépendantes créées dans ce contexte existent tant au niveau étatique qu'au niveau fédéral. Elles fonctionnent de façon collégiale et réunissent des attributions tant exécutives, que législatives et judiciaires. Elles sont donc dotées de pouvoirs de surveillance, d'enquête et d'injonction.

<sup>329</sup> Custos D., *Ibid.* p4.

<sup>330</sup> La libéralisation a commencé en 1976 avec les transports ferroviaires. Elle s'est poursuivie en 1978 pour le transport aérien et pour le gaz, 1980 pour le transport routier, 1992 pour l'électricité et 1996 pour les télécommunications.

Les autorités sectorielles françaises en charge de la conduite des secteurs anciennement monopolistiques vers un régime concurrentiel se caractérisent à l'instar de leurs homologues américaines par le cumul de compétences exécutives et juridictionnelles et une indépendance vis-à-vis de l'Etat. A l'inverse de la *Federal Communications Commissions*, la CRE (tout comme l'ART) ne bénéficie pas d'un pouvoir réglementaire exclusif. Les autorités de régulations sectorielles françaises n'assument que des fonctions de régulation (mise en œuvre de la réglementation), quand la réglementation du secteur demeure sous le contrôle de l'Etat. Une répartition originelle des rôles entre tutelle et autorité de régulation se dessine en France. La régulation est considérée comme correspondant à la mise en œuvre concrète de la réglementation. Comme l'écrit le président de l'ART, Jean-Louis Hubert, cité par D.Custos, « *il ne faut pas confondre la réglementation et la régulation... La réglementation, c'est l'établissement du cadre juridique dans lequel doit s'exercer la régulation (...) La régulation, ce n'est pas la définition, c'est l'application du cadre général ; c'est le point de cohérence entre une réglementation stable et un marché en évolution* ». Loin de considérer ce travail de traduction et d'implémentation comme ancillaire, nous montrerons à travers l'étude de la jurisprudence du Conseil de la concurrence que cette tâche est en fait cruciale dans la cristallisation de la convention de réglementation dans les actions économiques.

La place croissante que tiennent les autorités indépendantes dans les dispositifs réglementaires et législatifs nationaux signifie un retrait accepté et auto-organisé de l'Etat de certains de ses domaines d'intervention économique traditionnels. Ainsi, l'hypothèse d'une montée de l'Etat régulateur ("*the rise of the regulatory state in Europe*") formulée par Majone<sup>331</sup>, fait écho à la convention de l'Etat absent. Cependant, la délégation de vastes compétences à ces agences ne correspond pas seulement à une "mode législative", mais tire ses racines de la même analyse économique qui conduisit à accorder l'indépendance aux banques centrales<sup>332</sup>. Cette autonomie trouve son origine dans la recherche de crédibilité du régulateur. Kydland et Prescott<sup>333</sup> ont montré, pour le cas de la politique monétaire, qu'il peut être optimal que la politique gouvernementale obéisse à des règles fixées *ex ante*, plutôt qu'à l'adaptation unilatérale aux circonstances. Il existe un conflit entre la discrétion du décideur politique et

<sup>331</sup> Majone G., (1997), « From the Positive to the Regulatory State », *Journal of Public Policy*, vol.17, n° 2, pp.139-167.

<sup>332</sup> Gilardi F., (2001), « Policy Credibility and Delegation of Regulatory Competencies to Independent Agencies : A comparative Empirical Consideration », *11<sup>e</sup> colloque de la revue Politique et Management Public : "Reconfigurer l'action publique : big-bang ou réforme"*, Nice, octobre.

<sup>333</sup> Kydland F.E. et Prescott E.C., (1977), « Rules rather than Discretion : the Inconsistency of Optimal Plans, *Journal of Political Economy*, vol.85, n° 1, pp. 473-491.

l'optimalité de son action. Les actions du gouvernement ne seraient pas crédibles en  $t$  s'il pouvait revenir sur ses promesses si l'intérêt général l'exigeait en  $t + n$ . Un engagement ne peut pas être crédible dès lors qu'il dépend des préférences des acteurs. Ainsi, un responsable politique, dont l'horizon est borné par sa réélection ne peut s'engager de façon crédible à ne pas revenir sur un prix plafond qu'il a fixé ou sur la période de la revue régulatoire, s'il s'avérait que les termes du contrat régulatoire se révélaient sous-optimaux. Ainsi, l'indépendance du régulateur fait écho, dans ses motivations, ses mécanismes et ses limites à celle des banques centrales.

Cette indépendance peut aussi être analysée dans le cadre de la nouvelle économie publique<sup>334</sup>. Une régulation indépendante apparaît comme supérieure au contrôle politique direct lorsque le bien fondé des décisions en la matière, de nature technique, ne peut être perçu qu'avec décalage ou qu'il existe des risques de capture des décideurs publics (*pork barrel policy*<sup>335</sup>). L'installation d'un régulateur collégial pose en outre un risque de désresponsabilisation des commissaires, pouvant être contrariée par la possibilité d'émettre des avis dissidents, à l'instar de la Cour Suprême américaine. Autre limite de la régulation pour Laffont et Tirole, le besoin en information quant aux coûts comptables et l'insuffisance des instruments fondés sur ceux-ci. Les comportements de recherche de rentes sont amplifiés par ce fonctionnement. Les firmes pour soutenir leurs intérêts vont s'engager dans des dépenses. Certaines sont relativement productives (études remises aux autorités de régulation), d'autres non (*lobbying*). Dernier risque économique induit par la rupture réglementaire, les pertes de bien-être liées à l'instabilité des régulateurs. Celle-ci peut être à l'origine d'expropriation des investissements des firmes, suite à des changements de réglementation (coûts échoués) ou à des revirements du régulateur (ex. de Littlechild).

L'activité de la CRE est encadrée par la loi de transposition de la directive de 1996. Elle est en charge de la gestion de la coexistence des segments éligibles et non éligibles du marché, de l'accès des tiers au réseau et du contrôle de l'indépendance du gestionnaire du réseau de transport. Autorité administrative indépendante, elle cumule des pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires. Elle introduit une séparation verticale des pouvoirs au sein du système

---

<sup>334</sup> Laffont J.J. et Tirole J., (2001), « Le risque régulatoire », *Risques*, n° 46, avril-juin.

<sup>335</sup> Il s'agit de mesures publiques ne bénéficiant qu'à une catégorie déterminée des agents économiques.

électrique, rompant avec la fusion des niveaux de décision, opération et contrôle incarnés par le modèle EDF, et lui ajoutant le niveau de la régulation<sup>336</sup>.

L'indépendance de la Commission de Régulation de l'Electricité est garantie par la loi du 10 février 2000. Les commissaires sont nommés pour six ans et sont irrévocables. Trois sont nommés par le gouvernement, un par le Président du Sénat, un par le Président de l'Assemblée Nationale et un par celui du Conseil Economique et Social. Sa mission est de réguler le monopole public (le RTE) et la concurrence sur le marché électrique français. En tant que régulateur du RTE, la CRE doit veiller à un accès transparent et équitable au réseau. Elle nomme son directeur, formule un avis sur la répartition des charges, sur la séparation comptable des activités, sur les programmes annuels d'investissement et sur les tarifs d'interconnexion (niveau et structure)<sup>337</sup>. La seconde mission de la CRE réside dans la régulation du marché. Elle vise à promouvoir la concurrence (il s'agit de créer les conditions de son émergence et non de la construire en démantelant l'opérateur public selon le modèle britannique). Dans ce cadre, elle a pour mission de stimuler l'offre, d'encadrer la demande et de gérer les missions de service public (financement et compensation). A ce titre, la commission formule des avis sur les tarifs et les conditions des obligations d'achat auxquelles est astreinte EDF et des avis sur les tarifs applicables aux non-éligibles. De la même façon, la CRE est en charge de lancer les éventuels appels d'offres pour de nouvelles capacités de production et de gérer le fonds de financement du service public.

La CRE est dotée de pouvoirs propres dans les domaines réglementaires, juridictionnels et disciplinaires. Au point de vue réglementaire, elle édicte les règles de raccordement au réseau. Au niveau propositionnel, elle propose au gouvernement les tarifs d'accès et les investissements à réaliser<sup>338</sup>. Elle est consultée pour avis par le gouvernement et le Conseil de la concurrence. Elle est dotée de pouvoirs d'enquête et d'audit, notamment sur les comptes du RTE et d'EDF. Son pouvoir de sanction lui permet d'infliger des pénalités égales à 3 % du chiffre d'affaires annuel de la société condamnée. L'indépendance de la CRE suppose l'existence de contrôles externes. Ceux-ci s'exercent au travers de son rapport d'activité, des auditions par les commissions permanentes des assemblées, des recours à l'encontre de ses

---

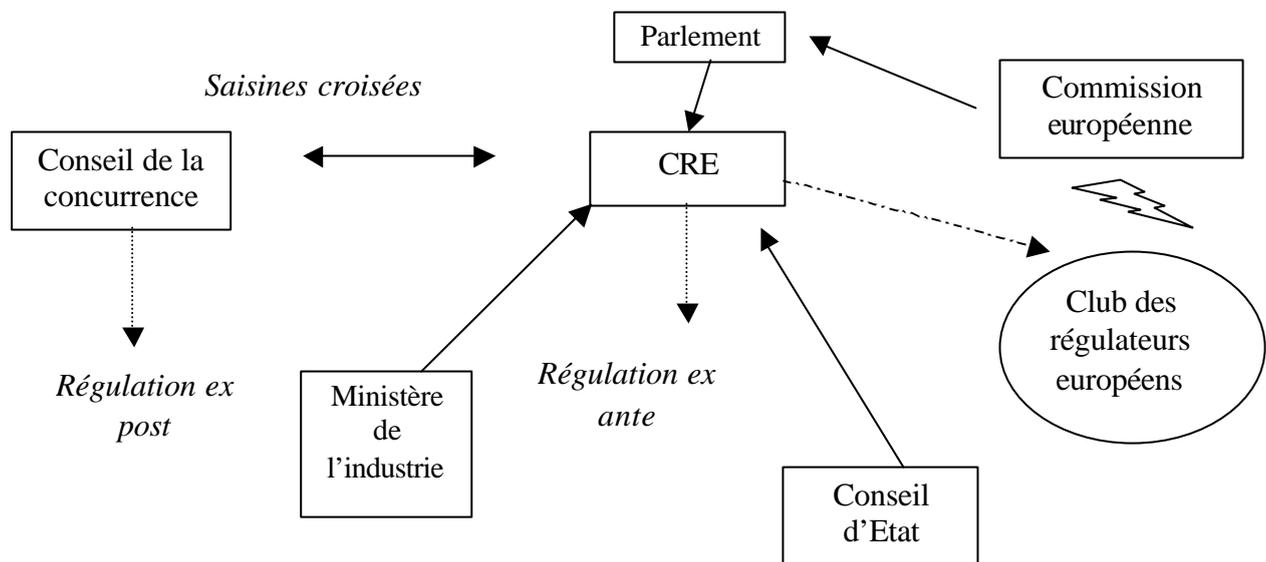
<sup>336</sup> Morin F., (2001), Présentation de la Commission de Régulation de l'Electricité, *Séminaire les dispositifs de l'action publique*, IDHE-ENS Cachan, 4 décembre 2001.

<sup>337</sup> Notre base de données jurisprudentielles illustrera cette activité.

<sup>338</sup> Il convient de distinguer pouvoir d'avis et pouvoir de proposition. Dans le second le gouvernement est libre de faire ce qu'il veut. Dans le premier, il ne peut modifier les termes de la CRE. Il ne peut qu'accepter ou refuser la proposition de la CRE, prise comme un bloc.

décisions devant la Cour d'Appel de Paris et le Conseil d'Etat et de la vérification de sa gestion par la Cour des comptes.

L'environnement externe de la Commission s'organise comme suit :



Une tension semble apparaître quant à l'organisation de la régulation du système électrique au niveau européen. La Commission tendrait à vouloir se substituer aux régulateurs nationaux pour organiser l'ensemble du secteur électrique au niveau communautaire. La CRE, constituée en mars 2000, est chargée de mettre en œuvre la libéralisation du marché de l'électricité. La constitution d'une commission de régulation dont l'objectif est d'ouvrir le secteur électrique à la concurrence atteste de la prégnance de la convention de la réglementation absente. Dans celle-ci, le but de la régulation est de construire un marché concurrentiel. A cette fin, elle a, dès sa première année d'existence, travaillé sur les dispositifs nécessaires pour s'assurer de la disputabilité du secteur.

Elle a délibéré dès le 12 juillet 2000 sur les principes devant présider à la dissociation des comptes d'EDF entre les segments concurrentiels et les segments monopolistiques. Le 12 octobre 2000, elle s'est attachée aux garanties d'indépendance fonctionnelle du RTE vis-à-vis d'EDF. Outre les dispositifs visant à réaliser la séparation des activités monopolistiques et concurrentielles d'EDF, la CRE s'est attachée au renforcement de l'intensité concurrentielle du secteur en étudiant l'autonomie à accorder aux entreprises locales de distribution en matière d'achat d'énergie (16 novembre) et en jetant les premières bases de la bourse Powernext (14 décembre).

La CRE assume le contrôle des stratégies de développement et de renforcement du réseau du RTE, pourtant sous la tutelle théorique du secrétariat d'Etat à l'industrie. Outre le contrôle des investissements, la CRE impose au RTE le tarif de transport de l'électricité. Elle sera aussi responsable du contrôle du respect par le RTE de ses obligations de neutralité et de confidentialité. Ainsi, l'autorité de régulation exerce un contrôle, non seulement sur la neutralité du réseau de transport (ce qui est légitime), mais aussi sur ses plans d'investissements et ses tarifs. Le second volet de ce contrôle peut poser à terme de très graves problèmes au secteur électrique français si le réseau est piloté non plus en fonction de la politique énergétique nationale mais en fonction de l'intérêt des nouveaux entrants. En cas d'une "réduction" de l'intérêt général à celui des nouveaux concurrents (par un raccourci ambitieux, on fait l'hypothèse que tout ce qui augmente la disputabilité du marché favorise la concurrence pure et parfaite et donc contribue à terme à la maximisation le bien-être), le développement du RTE risque d'être sous-optimal. Une politique visant à favoriser coûte que coûte les nouveaux entrants risque de se traduire par une sous-estimation des tarifs d'accès au réseau, affaiblissant ainsi très vite celui-ci. De la même façon, des investissements indispensables socialement risquent d'être refusés par la CRE dans la mesure où ils contribueraient à augmenter le tarif d'accès au réseau.

Selon les termes de la loi de février 2000, la CRE doit régler les litiges de raccordement aux réseaux pouvant survenir entre l'opérateur de réseau et des entreprises souhaitant acheminer de l'énergie par celui-ci. Les lignes sont opérées en concession de service public par une filiale d'EDF, le Réseau de Transport de l'Electricité (RTE), dotée d'une totale indépendance de gestion. La concurrence ne peut s'installer que si l'accès à ce réseau est garanti dans des conditions techniques et économiques acceptables. La CRE doit donc s'attacher à réguler l'accès à ce dernier, même s'il est nécessaire pour cela de prononcer des mesures conservatoires (article 36) en cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant l'accès à ce réseau. La CRE est investie d'un pouvoir de sanction (article 40). Aux côtés de cette voie de saisine contentieuse, la CRE peut être consultée sur les sujets déterminants concernant la réglementation et le fonctionnement du marché de l'électricité. Nous pouvons apercevoir à quel point la frontière entre régulation et réglementation est mince. La CRE peut par exemple être consultée sur les tarifs (article 4) ou sur les conditions d'accès aux réseaux (article 5). Le Conseil de la concurrence avait préconisé, dès son premier avis relatif à la transposition de la directive 96/92/CE (l'avis 98-A-05), la création d'une autorité administrative indépendante

sectorielle. L'une des utilités de la commission en matière concurrentielle tient à sa plus grande réactivité que le Conseil. Cependant, Commission et Conseil peuvent être saisis des mêmes affaires. Par exemple, un litige concernant l'accès au réseau constitue à la fois un litige entre opérateurs du ressort de la CRE et une pratique anticoncurrentielle sanctionnable par le Conseil. Le même raisonnement pourrait se transposer à de nouvelles offres d'EDF groupant des prestations appartenant aux segments concurrentiels et monopolistiques. Le risque d'une double saisine serait, selon les termes du Conseil de la concurrence, que « *la dualité des saisines pourrait aussi aboutir à des divergences d'analyse sur les marchés pertinents et la position des opérateurs sur le marché*<sup>339</sup> ». Le risque de divergence entre les deux institutions est limité grâce à l'article 37 de la loi de libéralisation, organisant la coopération des deux entités et organisant la possibilité que chacune puisse saisir l'autre. Les deux autorités administratives indépendantes peuvent donc faire jouer leurs complémentarités dans l'exercice de leur pouvoir quasi-réglementaire.

#### *Le réseau de transport de l'électricité (RTE)*

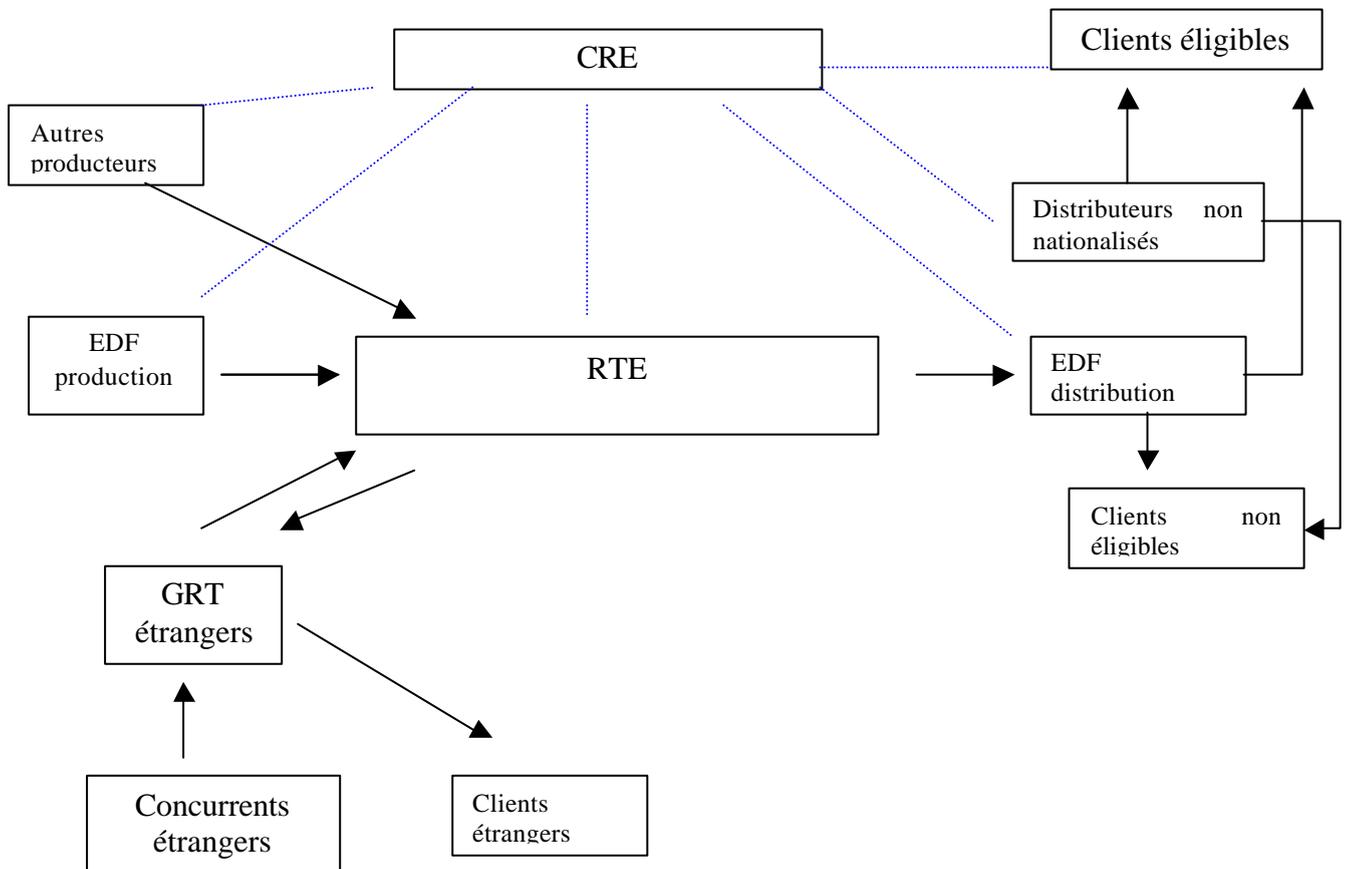
Les gestionnaires des réseaux nationaux de transport de l'électricité ont été créés suite aux diverses transpositions nationales de la directive de 1996. Leurs attributions témoignent de l'ampleur de l'ouverture du marché européen de la concurrence par rapport à la situation américaine. Les gestionnaires européens sont à la fois en charge des flux mais aussi du maintien et du développement des infrastructures. Ils rassemblent donc deux attributions qui avaient été initialement séparées aux Etats-Unis. L'effondrement californien a été souvent attribué à des erreurs ou à des insuffisances dans le cadre réglementaire. Cependant, nous avons vu que les inefficiences de la régulation ne furent qu'une circonstance aggravante de déséquilibres productifs tant au niveau des équipements de transport que des équipements de production. C'est pour tenir compte de cette impuissance du marché à fournir le niveau d'investissement socialement optimal et de prendre en charge des capacités de réseau ayant des caractéristiques de biens publics, que la loi de transposition de février 2000 a chargé le RTE d'établir un bilan prévisionnel de l'offre et de la demande sur le long terme. Celui-ci permettra aux pouvoirs publics de lancer des appels d'offres visant à corriger les choix spontanés du marché dans le sens de la politique énergétique nationale et, à terme, espérons-le européenne. Le RTE vise à établir un marché d'ajustement ayant pour objet de régler les

---

<sup>339</sup> Rapport d'activité 2000 du Conseil de la concurrence, p.51.

écarts pouvant survenir sur le marché électrique. Ce règlement permet d'attribuer à chaque acteur les conséquences financières entre sa production et la consommation de ses clients. Le marché d'ajustement permettra de révéler ces écarts et d'établir un prix de référence. Tout acteur ayant des souplesses de production ou de consommation pourra valoriser celles-ci en les proposant au RTE de façon à ce qu'il réalise l'équilibre entre l'offre et la demande à tout instant. Des offres d'achats et de vente seront proposées au RTE et les acteurs seront sélectionnés selon un ordre de préséance économique.

Le système électrique français s'organise donc comme suit :



Les flèches en trait plein désignent les mouvements d'énergie, les pointillés, le contrôle de la CRE.

*La bourse de l'électricité*

L'apparition de la concurrence dans le secteur électrique et le primat de la logique de marché induit chez les opérateurs la nécessité de pouvoir se couvrir contre les risques. Les besoins de couvertures financières induisent donc l'apparition de marchés à terme de l'électricité à l'instar de l'*Electricity Forward Agreement Market* de Londres sur lequel peuvent s'échanger des contrats à terme (sur cinq ans). De la même façon, le NYMEX (*New York Mercantile Exchange*) permet, depuis le printemps 1996, la conclusion de tels contrats. La gestion du risque associé à la nouvelle régulation du marché électrique a conduit à créer un ensemble de produits financiers et de bourses de l'électricité. Il s'agit donc de s'attacher à un acteur majeur du système électrique libéralisé, la bourse de l'électricité.

Le cas britannique étant spécifique du fait des multiples évolutions de la régulation, nous nous proposons de nous appuyer sur l'exemple du marché scandinave Nord Pool. Celui-ci fut créé en 1993 et fut progressivement étendu à l'ensemble de la Scandinavie de 1996 à 1998. Dans une première phase, seul un marché au comptant (*Elspot*) fut créé. Il fonctionne sur la base de contrats horaires pour une livraison en j+1. Les prix sont déterminés par un mécanisme d'enchères. Les clients formulent une demande de volume assortie d'un prix plafond. Les offreurs annoncent leurs capacités et leurs prix pour chaque tranche horaire correspondante. Une plate-forme électronique de négociation (*El-web*) a d'ailleurs été développée. Elle a été reprise par le marché français. Il s'agit d'ores et déjà de souligner que le marché scandinave constitue un véritable modèle au niveau européen. Un marché annexe a été créé pour permettre aux opérateurs d'ajuster leurs ordres deux heures avant l'exécution des contrats. Il s'agit du marché *El-bas*. Globalement, le marché au comptant représentait quelque 97 TWh en 2000. Un nouveau compartiment du marché fut créé en 1996. Il s'agit d'un marché à terme permettant aux opérateurs de se couvrir contre les risques. Les contrats types sont des contrats sur quatre ans. Il s'agit d'un engagement d'approvisionnement électrique avec le prix unitaire du kilowattheure fixé *ex ante*. Ce marché représentait, en 2000, 358.9 TWh. Dans une troisième phase, un marché fut créé pour gérer les compensations entre les contrats bilatéraux conclus par les opérateurs du marché. Ce marché brassa quelque 1 179 TWh en 2000. Il s'agit d'une chambre de compensation (*clearing*) permettant à Nord Pool de régler les écarts de livraison par rapport au marché comptant et de compenser les contrats à terme non honorés.

La bourse de l'électricité, Powernext, est le dernier nouvel acteur en date entré dans le secteur électrique français. Elle a été créée le 26 novembre 2001. Elle autorise les activités de

*trading*<sup>340</sup> et permet de coter au *fixing* des blocs horaires de puissance. Son utilité est de constituer une offre supplémentaire de fourniture électrique à disposition des clients éligibles, mais aussi de permettre à ceux-ci de bénéficier d'instruments de couverture à terme<sup>341</sup>. La bourse est aussi un révélateur des prix de l'énergie. Elle apparaît comme un bon moyen d'introduire la concurrence sur le marché français de l'électricité et d'insérer celui-ci dans l'espace européen.

Techniquement, Powernext se présente comme un marché au comptant permettant de négocier 24 contrats horaires standardisés pour une livraison de l'énergie le lendemain. Jusqu'à 11 heures du matin, les ordres pour le lendemain sont pris. La confrontation des enchères permet alors de fixer le prix d'équilibre. Le RTE est l'acteur majeur de cette place boursière. Il détient quelque 17 % des parts via le holding HRGT (Holding des Gestionnaires des Réseaux Européens), dont il possède 51 % du capital. Le premier actionnaire reste Euronext (propriétaire, entre-autres, de la bourse de Paris) avec 34 % des parts. Le marché au comptant sera complété d'un marché spécifique pour les ajustements. Les petits producteurs (barrages, micro-centrales) pourront venir sur ce marché, écouler leur énergie et ainsi permettre de participer à l'ajustement en temps réel du réseau.

La création de la bourse française de l'électricité illustre cependant un phénomène de régulation automatique. Sa création n'était pas prévue dans la loi de février 2000. Ses deux promoteurs furent la CRE et le RTE. La première vise à la création de marchés concurrentiels de l'électricité. Le second poursuit une logique d'émancipation vis-à-vis d'EDF. Nous nous situons donc dans une logique d'une convention de réglementation absente dans laquelle il s'agit de créer les conditions d'effacement de l'intervention publique. La prégnance de cette convention apparaît d'autant plus clairement que l'on se penche sur la régulation même du marché. En effet, Powernext n'est pas un marché réglementé soumis au Code des Marchés Financiers, mais fonctionne sur de seuls mécanismes contractuels<sup>342</sup>.

Nous pouvons, au vu de l'évolution des acteurs du secteur électrique français, deviner une dynamique convergente permettant peu à peu d'esquisser un modèle européen de régulation.

---

<sup>340</sup> Dans des conditions très restrictives toutefois. Ces activités sont plafonnées à 20 % pour les opérateurs et sont interdites pour les *traders* purs.

<sup>341</sup> Dans les premiers mois d'existence, les activités à terme ne représentaient que 3 à 4 % des transactions.

<sup>342</sup> Andriani B. et Zagury P., (2001), «Powernext : vers un marché mature de l'électricité en France », *Les Echos*, 26 novembre.

La similarité qui se fait jour progressivement entre les organisations et les objectifs des régulateurs fait écho à la volonté des autorités communautaires de converger vers un cadre institutionnel européen unique. Au niveau des marchés, la convergence semble se faire autour du modèle scandinave tant au point de vue de l'organisation des places de marché que de leur équipement technique. Cependant, l'existence d'un marché unique en Europe est encore compromise tant par des facteurs techniques qu'institutionnels<sup>343</sup>. Outre les spécificités de l'électricité, qui limitent la taille du marché, des congestions entravent les possibilités d'échanges intracommunautaires. L'existence de péninsules électriques empêche la convergence du prix de l'électricité vers un prix unique. Le dernier obstacle à l'intégration tient au problème de la tarification des échanges transfrontaliers.

- La situation concurrentielle

*Présentation des dynamiques nationales : trois voies de libéralisation.*

La première expérience d'ouverture du secteur électrique à la concurrence a été mise en œuvre par le Royaume-Uni en 1990<sup>344</sup>, suivi par les pays scandinaves en 1996 et l'Australie et la Nouvelle-Zélande en 1997. Nous nous limiterons dans cette présentation sommaire des diverses trajectoires nationales à éclairer certaines caractéristiques marquantes de chaque stratégie<sup>345</sup>.

Pays	Régime de	Intégration	Loi de	Accès des	Marché de	Réglementati
------	-----------	-------------	--------	-----------	-----------	--------------

<sup>343</sup> Notons que les deux bourses allemandes (Francfort et Leipzig) entament un rapprochement.

<sup>344</sup> Suite au livre blanc « Privatising Electricity » de 1988.

<sup>345</sup> Pour une présentation complète voir notamment :

OCDE, (1997), « Application of Competition Policy to the Electricity Sector », OCDE/GD (97) 132.

	propriété avant la libéralisation	verticale	libéralisation	tiers au réseau	l'électricité	on des tarifs d'interconnexion
Australie	Mixte	Mixte	Electricity Industry Act for Victoria (1994)	ATR réglementé	National Electricity Market (1997)	Basé sur les coûts
France	Public	Intégré (séparation fonctionnelle)	Loi du 10 février 2000	ATR réglementé	Powernext (2001)	Basé sur les coûts (timbre-poste)
Allemagne	Mixte	Désintégré	Transposition directive 96/92/CE	ATR négocié	Deux bourses	Basé sur les coûts
Nouvelle Zélande	Privatisé	Mixte	Energy Act (1992)	ATR réglementé	Electricity Market Company (1996)	Non régulés
Norvège	Majoritairement Public	Désintégré	Energy Act (1990)	ATR réglementé	NordPool (1996)	Prix plafonds
Royaume-Uni	Privatisé	Désintégré	Electricity Supply Act (1990)	ATR réglementé	English and Wales Market (1990)	Prix plafonds
Etats-Unis	Principalement Privé	Désintégré (variations selon les états)	Energy Policy Act (1992)	ATR réglementé	Inexistant	Basé sur les coûts

### *L'expérience britannique*

Au côté du nouveau paradigme de l'économie des télécommunications, l'expérience britannique joua un rôle séminal dans le processus de libéralisation du secteur électrique européen. En avril 1990, l'opérateur historique britannique, verticalement intégré en ce qui concerne la production et le transport fut démantelé en quatre compagnies indépendantes. L'une, le *National Grid Power*, responsable du réseau de transport fut privatisée dès décembre 1990. De mars à mai 1991, les compagnies de production furent privatisées, à l'exception de *Nuclear Electric* dont l'Etat ne se sépara qu'en 1996<sup>346</sup>. Le démantèlement et la privatisation de la CEBG marquent la disparition d'une entreprise intégrée tant en aval (vers les entreprises régionales de distribution, avec lesquelles des contrats de fournitures étaient conclus, elles aussi privatisées) qu'en amont<sup>347</sup> (contrats de long terme pour l'achat de charbon anglais). La libéralisation définitive de l'électricité britannique est définitivement accomplie depuis l'extension de l'éligibilité à l'ensemble des consommateurs, y compris domestiques, acquise en 1998. Dans les premières étapes de la libéralisation, l'électricité anglaise se caractérisait par l'existence d'un pool obligatoire<sup>348</sup> pour l'ensemble des offreurs et des demandeurs. Le marché se déroulait pour le jour suivant. L'ensemble des producteurs formulait des offres pour le lendemain, détaillant les capacités qu'ils s'engageaient à mettre en œuvre demi-heure par demi-heure avec les prix associés. L'opérateur du réseau, nous serions tentés de dire le commissaire priseur, centralisait l'ensemble des offres et les confrontait à la demande anticipée. De là, il pouvait dériver un vecteur de prix marginaux pour chaque demi-heure. La rémunération que recevait tout producteur lorsque ses capacités de production étaient appelées recouvrait ce prix marginal plus une rémunération correspondant au coût de mise en œuvre de sa capacité de production. Concernant l'appel, les offreurs étaient classés par ordre de mérite, i.e. par coût marginal croissant. Notons que dans ce système, récemment disparu, les prix du pool étaient des prix de marché purs et donc n'étaient pas directement régulés par l'autorité de régulation britannique.

Cependant, les prix de l'électricité britannique ne convergèrent pas vers des prix de concurrence pure et parfaite dans la mesure où malgré le démantèlement de l'opérateur

---

<sup>346</sup> Newberry D.M., (1998), « Freer electricity markets in the UK : a progress report », *Energy policy*, vol.26, n°10, pp.743-749.

<sup>347</sup> Glachant J.-M., (1998), « L'électricité en Grande Bretagne : une industrie privée et un service public partiel », *Sociétés contemporaines*, numéro spécial *Service public et service universel*, n° 32, octobre, pp. 97-108.

<sup>348</sup> La possibilité de dissocier les flux physiques et financiers a été mise en œuvre. NCG, société propriétaire des infrastructures de transport assure la gestion des flux physiques. La coopérative des producteurs (le Pool) gère les procédures d'enchères, calcule les prix spot, assure la comptabilisation et la facturation des comptes individuels. Ainsi, les contrats ne sont même plus communiqués à l'autorité en charge du réseau.

historique la configuration industrielle était un duopole<sup>349</sup>. Une étude de Wolfram<sup>350</sup> montre que le taux de marge des deux duopoleurs atteignait quelques 25 %, ce qui cependant ne correspondait pas au taux maximal que la configuration concurrentielle pouvait leur permettre d'atteindre. En fait, deux facteurs les conduisaient à ne pas maximiser leurs profits. Le premier était d'ordre institutionnel. Il s'agissait de la présence d'un régulateur pouvant imposer des plafonds de prix de détail ou envoyer les firmes devant les autorités de la concurrence<sup>351</sup>. La seconde raison de cette modération résidait dans la menace d'entrée de nouveaux compétiteurs. Comme le prédisait la théorie des marchés disputables, les prix de pool venaient se fixer juste au-dessous du coût marginal de long terme des compétiteurs potentiels. L'analyse de l'expérience britannique de libéralisation passe par l'évaluation des gains de cette réforme et leur allocation entre les différentes parties prenantes du secteur de l'électricité. Les gains au niveau de la production furent les plus notables, ne serait-ce que du fait de la disparition des contrats à long terme liant les firmes aux producteurs de charbon britannique, et obligeant ceux-ci à payer leur combustible à un cours bien supérieur au cours mondial. Une étude de Newberry et Pollit montre que les actionnaires des compagnies électriques furent les gagnants de la libéralisation alors que les perdants sont à rechercher du côté des consommateurs et des contribuables<sup>352</sup>.

Comme nous l'avons vu, l'ouverture du marché britannique s'est accompagnée d'une division verticale et horizontale de l'ancien opérateur intégré. Le *Central Electricity Generating Board* (CEGB) a été scindé en trois entités (*National Power*, *Power Gen*, *British Energy*) progressivement privatisées. Le choix de la privatisation répondait à deux logiques. La première était de dépolitiser le secteur. En effet, seules des compagnies privées pouvaient se permettre de dénoncer les contrats d'achat de charbon britannique à des cours bien supérieur aux cours mondiaux. Le second facteur fut l'expérience de la privatisation sans déréglementation de *British Gas* en 1986. La conviction du législateur britannique était faite. Seule la concurrence pouvait faire baisser les prix et non la simple substitution d'un monopole privé à un monopole public. Cependant, l'expérience a montré que la division de l'entreprise en trois entités n'a pas été suffisante pour créer une réelle concurrence.

<sup>349</sup> Duopole formé par Powergen (aujourd'hui en difficulté) et National Power. La stratégie du duopole pouvant se décrire succinctement comme la volonté de restreindre l'offre quand les prix sont jugés trop faibles afin d'écouler son produit à un prix plus avantageux.

<sup>350</sup> Wolfram C.D., (1999), « Measuring duopoly power in the electricity spot market », *American Economic Review*, vol.89, n°4, pp. 805-826.

<sup>351</sup> La Monopolies and Mergers Commission.

<sup>352</sup> Newberry D.M. et Pollit D., (1997), « The restructuring and privatisation of the CEGB - Was it worth it ? », *The journal of industrial economics*, vol. XLV, n° 3, pp.269-303.

### *L'expérience scandinave*

Le second groupe de pays à choisir la voie de la libéralisation des secteurs électrique furent les pays scandinaves<sup>353</sup>. Si le gouvernement norvégien ne privatisa pas l'entreprise publique *Statkraft*, un accès des tiers au réseau réglementé fut mis en place et un *unbundling* vertical fut mis en œuvre. La réorganisation de l'électricité norvégienne fut rendue acceptable politiquement du fait des inefficiences de l'organisation précédente. De nombreuses surcapacités productives étaient signalées. Les prix de l'électricité connaissaient de fortes disparités locales. La fixation des tarifs obéissait plus à des objectifs sociaux qu'à des considérations économiques et la distribution devait être rationalisée. L'absence de privatisation indique que nous sommes ici dans la logique des marchés disputables. Il s'agit de rendre possible l'entrée de nouveaux compétiteurs et non de démanteler l'opérateur en place et de mettre en œuvre une régulation asymétrique en vue de construire les conditions de la concurrence pure et parfaite.

### *Le cas américain*

Nous pouvons, enfin, citer le cas des Etats-Unis<sup>354</sup>. La première caractéristique du système électrique américain, à la veille de sa libéralisation, est son émiettement. Près de 3200 compagnies jouissent du statut de monopole local (*utilities*). A leurs côtés, sont présentes des entreprises privées (*Investor Owned Utilities*) et une dizaine d'entreprises fédérales dont la célèbre *Tennessee Valley Authority*. Figurent aussi dans le paysage électrique américain les *Independent Power Producers*. Si ces derniers ne représentaient que 7 % de la production nationale à la fin des années quatre-vingt-dix, ils avaient réalisé quelque 50 % des nouvelles installations depuis 1992. Cet émiettement de l'industrie électrique américaine est le fruit d'une dynamique conventionnelle née au début du XX<sup>ème</sup> siècle et consacrée par le *New Deal* de Roosevelt. La dynamique industrielle de l'entre-deux-guerres fut la même aux Etats-Unis qu'en France. Les entreprises du secteur s'engagèrent dans une course à la taille du fait de l'interconnexion. Cette course ne tarda pas à doter d'une dimension nationale les plus importantes d'entre-elles. En 1932, seize holdings se partageaient le marché américain. La loi PUHCA (*Public Utilities Holding Companies Act*) de 1935 décida de les démanteler. Elles

---

<sup>353</sup> La loi sur l'électricité norvégienne fut promulguée en 1990. Le marché Nord Pool fut créé en 1996.

<sup>354</sup> Percebois J., (1997), *op.cit.*

furent divisées en plusieurs entités au sein de chaque état. Ces compagnies avaient « *interdiction de sortir de leur métier et de leur territoire, directement ou indirectement via la prise de participations* ». L'objet principal de cette loi était de protéger le particulier contre l'exercice du pouvoir de monopole des opérateurs.

En 1978, la loi PURPA (*Public Utilities Regulation Policy Act*) ouvrit le marché à la production indépendante. La problématique de la production indépendante aux Etats-Unis va s'avérer étonnamment proche de celle opposant EDF aux producteurs autonomes, comme nous le verrons dans notre section IV.2. Par ses modalités mêmes le PURPA préfigure les difficultés futures d'EDF face à l'obligation d'achat de l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables. J.Percebois note, « *comme le souci était alors de favoriser les énergies nouvelles, la loi PURPA a prévu que les installations de puissance limitée à 80 MW et utilisant les énergies renouvelables ou la cogénération étaient prioritaires sur le réseau, les Utilities ayant l'obligation légale d'acheter l'électricité produite sur la base du "coût évité". Cela a d'ailleurs eu des effets pervers puisque certains exploitants de centrales nucléaires ont dû réduire leur production pour acheter cette électricité "fatale"* ».

L'accès des tiers au réseau a été imposé par l'*Energy Policy Act* de 1992. Il s'agissait d'un accès des tiers réglementé. Son application fut très stricte. La *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), dans ses ordonnances n° 888 et 889, exigea la prise de mesures afin de prévenir tout risque de barrières à l'entrée ou de discrimination. Dans cette logique, les textes ultérieurs mirent en place la séparation des divers segments de l'industrie. La régulation de l'industrie se fait toujours selon un double niveau, étatique et fédéral. Au niveau des états, les *Public Utilities Commissions*, sur lesquelles nous reviendrons dans notre sous-section III.2.1, sont responsables de la fixation des tarifs applicables aux consommateurs. Ces commissions mettent souvent en œuvre des formules de type *cost-plus* et se caractérisent souvent par une attitude très hostile envers les firmes régulées. Des phases de surinvestissement de celles-ci (effet d'Averch-Johnson) succèdent donc à des phases de "grève des investissements" dès lors que les commissions contestent la réalité des coûts annoncés ou le niveau de rémunération des capitaux exigé par les firmes. La FERC reste responsable pour les transferts d'énergie interétatiques. Globalement, la libéralisation américaine paraît moins systématique et plus

expérimentale (quelques états assument un rôle pilote en la matière<sup>355</sup>) que la libéralisation européenne.

Ce rapide survol des expériences nationales illustre l'unicité de la convention de réglementation qui s'applique progressivement au secteur électrique. Deux variantes peuvent toutefois être distinguées. La première (la Britannique) semble plus marquée par la volonté de construire des marchés concurrentiels les plus proches possibles des prescriptions théoriques. L'expérience initiale d'un marché obligatoire, le démantèlement de l'opérateur historique ou les privatisations font sens d'une optique très volontariste de la régulation. Il ne s'agit pas de créer les conditions permissives au développement de la concurrence mais de construire celle-ci. Nous sommes au cœur de la convention de la réglementation absente. Une seconde optique, suivie en Scandinavie et par la Commission Européenne, repose sur la disputabilité du marché électrique. Il ne s'agit pas de se substituer à une émergence spontanée du marché, mais de créer les conditions favorables à celle-ci. Une action publique volontariste (tant au niveau des prestations de service public que de politique énergétique) peut se déployer dans cette seconde voie. L'inflexion du discours de la Commission, perceptible depuis quelques années, atteste de l'ouverture de celle-ci à une politique européenne de l'énergie. Avant de nous pencher sur le devenir de la régulation, il convient de s'attacher au contexte concurrentiel prévalant sur le marché de l'électricité.

### *Forces concurrentielles en présence au printemps 2002*

#### *a. La faible probabilité d'une concurrence par les prix sur le marché français de l'électricité*

Dans une optique provocatrice nous pourrions émettre l'hypothèse que les surcapacités productives d'EDF (que nous retrouverons quand nous viendrons aux litiges relatifs aux producteurs indépendants) sont un effet pervers de la convention de la réglementation externe. Cette puissance naquit peut-être d'une perversion de la boucle tarif-investissement. Nous présenterons dans notre troisième chapitre ce mécanisme. Nous nous bornerons ici à pointer ses conséquences.

---

<sup>355</sup> Nous pourrions citer l'Arizona, le Massachusetts, New York, la Pennsylvanie et bien sûr la Californie.

Le programme nucléaire de la firme l'entraînerait dans une dynamique cumulative entre recherche d'une domination par les coûts et optique des débouchés. La thèse du suréquipement a été, par exemple, mise en avant par le rapport Energie 2010-2020 du Plan. Dans leur rapport sur les coûts de production de l'électricité, MM. les députés Bataille et Galley rejettent cette hypothèse en arguant que l'électricité est une énergie exportable, ce qui conduit à ne pas raisonner dans un cadre strictement national. Cependant, les parcs des divers pays européens sont bien souvent excédentaires (même si les possibles désengagements du nucléaire par les suédois et les allemands sont susceptibles de changer la donne). Il est vrai aussi que l'application des prescriptions résultantes des accords de Kyoto pourrait conduire à un déclassement des centrales obsolètes. Le débat autour d'un éventuel surdimensionnement<sup>356</sup> du parc demeure, notamment du fait de tranches mises en service durant les années quatre-vingt-dix suite à des hypothèses optimistes sur l'évolution de la consommation et des progrès réalisés sur la disponibilité du parc. Le rapport parlementaire, reprenant les conclusions de la DGEMP, évalue les surcapacités à 5 à 6 GW annuels, ce qui correspond approximativement à 4 tranches de 1400 MW. Or quatre tranches<sup>357</sup> d'une puissance unitaire de 1455MW ont été mises en service en 1999.

En théorie, EDF pourrait résister à la menace d'une guerre des prix. elle disposerait d'un potentiel non négligeable de baisse des prix pour s'opposer à toute velléité de pénétration de son marché. Certes, il faut pour EDF dès maintenant trouver dans les ressources tarifaires de quoi provisionner le démantèlement des centrales anciennes. Ce coût de démantèlement croît avec la taille du parc ; mais il est d'autant plus reporté dans le temps que l'entretien est satisfaisant et que le parc nucléaire est récent. On peut enfin noter que la limitation des capacités du réseau transport de l'énergie entre les divers pays de l'Union renforce la position d'EDF sur son marché intérieur. Dans le cas d'une concurrence par les prix, l'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité se déroulerait en trois phases distinctes : une phase d'attente seulement caractérisée par quelques défections de grands comptes, une phase de guerre des prix sur le modèle allemand et enfin une concurrence par différenciation des offres ou en d'autres termes une concurrence par la qualité. Evaluer la pertinence de ce scénario suppose d'analyser d'une part les expériences étrangères notamment britanniques et allemandes et de s'interroger d'autre part sur les réelles potentialités d'une compétition sur le

---

<sup>356</sup> Lequel pourrait, par exemple, être caractérisé par la fourniture d'électricité lors de la pointe de demande via la mise en œuvre de moyens de production conçus pour fonctionner en base.

<sup>357</sup> Il s'agit des centrales de Chooz (B1 et B2) et de Civaux (1 et 2).

marché français. La libéralisation britannique s'est caractérisée plus par une croissance des profits des nouvelles firmes d'électricité créées par l'éclatement du système, que par une réduction des prix pour les usagers. Seule la libéralisation allemande a donné lieu à une guerre des prix<sup>358</sup>. Or celle-ci est en grande partie liée à la configuration institutionnelle et concurrentielle de l'électricité en Allemagne. L'électricité allemande étant divisée en huit grandes compagnies régionales, la libéralisation s'est accompagnée d'une guerre des prix, corollaire naturel à la recomposition nécessaire du secteur. Les regroupements et les acquisitions par des groupes étrangers de compagnies allemandes sont en effet indispensables pour acquérir une taille critique sur le marché européen, nouveau marché pertinent pour l'industrie.

Mais une telle guerre des prix est-elle possible en France quand l'opérateur historique détient une position massivement dominante et est en passe d'atteindre par croissance externe une taille critique sur le marché européen (18%) ? Il s'agit d'évaluer les potentialités de concurrence à la fois par de nouveaux compétiteurs nationaux mais aussi par les concurrents européens d'EDF. Parmi les deux compétiteurs potentiels qui semblaient émerger à la fin des années quatre-vingt-dix, Vivendi Universal et Suez-Lyonnaise, seul le second est aujourd'hui en position de devenir un rival potentiel pour l'entreprise nationale. En effet, Vivendi abandonne peu à peu le terrain de l'énergie comme l'atteste le rapprochement de sa filiale Dalkia avec EDF. Le retrait de Vivendi du secteur pourrait même devenir total si le groupe venait à abandonner le pôle Vivendi Environnement. La Lyonnaise est, elle, solidement implantée en Belgique (Electrabel et Tractebel) ainsi qu'en Hollande. Compte tenu des surcapacités du parc français, la concurrence ne s'exercera pas par installation de nouvelles capacités productives de base (cependant les capacités sont insuffisantes dans certains pays européens, comme les pays nordiques). Elle s'exercera par des échanges internationaux d'énergie en premier lieu, à condition de pallier les insuffisances de capacité des réseaux de transport entre les divers espaces nationaux. L'autre voie par laquelle une lutte concurrentielle réelle pourrait s'engager en France est la prise de contrôle par la Lyonnaise (Electrabel) de la

---

<sup>358</sup> L'Allemagne a connu dès les premières phases de la libéralisation une forte guerre des prix. Le prix de l'électricité a fortement baissé pour les clients industriels à forte consommation (moins 30%). L'intensité de la guerre des prix a ramené les prix de l'électricité au niveau des coûts marginaux de court terme. De ce fait, de nombreux projets d'investissements furent reportés. L'effet de ciseau créé par la hausse du cours du gaz et la baisse de l'électricité a conduit au report de mise en service de nombreuses installations utilisant la cogénération ou des turbines à gaz.

Compagnie Nationale du Rhône<sup>359</sup>. Pour d'obtenir l'autorisation par Bruxelles de racheter l'opérateur allemand EnBW (implanté au sud-ouest près de la frontière française – ce qui permettra d'absorber un éventuel concurrent), EDF a accepté de se défaire de sa participation minoritaire dans la CNR. Par ailleurs, l'Espagnol Endesa a pris le contrôle de 30 % de l'un des producteurs indépendants français, la SNET, filiale des Charbonnages de France<sup>360</sup>. L'installation de nouvelles capacités appelées à fournir de l'électricité en base par la Lyonnaise ou par d'autres compétiteurs potentiels (Air Liquide, Total, Gaz de France) est peu probable en dehors d'un positionnement sur certaines niches (énergies renouvelables, cogénération ou installation de production locale dédiée à un grand client industriel).

Des compétiteurs possibles pourraient être les autres producteurs européens. Les Allemands sont les principaux rivaux d'EDF, mais risquent d'être handicapés par l'abandon programmé du nucléaire. Ils s'intéressent peut-être plus au secteur des télécommunications ou aux *utilities* associées à la fourniture d'énergie. Les Britanniques sont peu à peu rachetés par leurs concurrents continentaux. Les possibilités d'exportation des Espagnols et Italiens restent marginales. Quant aux Américains, ils n'ont pas encore réussi à prendre pied sur le marché européen, comme en avait attesté l'échec de la tentative d'implantation d'Enron en Espagne, avant l'effondrement de l'opérateur.

De plus, il convient de s'interroger sur la soutenabilité même d'une lutte concurrentielle par les prix pour d'éventuels concurrents d'EDF compte tenu de la structure et du niveau de ses coûts de production. Nous nous appuyons ici sur les conclusions du rapport de MM. les députés C. Bataille et R. Galley sur les coûts de production de l'électricité<sup>361</sup>. La possibilité d'une lutte concurrentielle était envisagée comme suite à une possible baisse des cours du gaz naturel et aux progrès techniques réalisés sur les turbines. La conjonction de ces deux phénomènes rendrait les centrales à cycle combiné à gaz compétitives. En effet, la cogénération au gaz peut permettre d'obtenir des rendements de 80 % et permet aux firmes de proposer d'emblée une offre multiservices associant électricité et vapeur. Ces progrès sont de plus concomitants avec ceux réalisés pour d'autres techniques de production alternatives

---

<sup>359</sup> La reprise de la CNR renforce la position concurrentielle du groupe Suez-Lyonnaise, lequel possède déjà, via ses filiales belges, une tranche de la centrale nucléaire de Chooz dans les Ardennes. Il s'implante solidement sur l'axe Rhin-Rhône, véritable colonne vertébrale de l'Europe électrique. Cette position pourrait être encore renforcée par la reprise probable, fin 2002, de la SHEM, filiale de production d'électricité de la SNCF.

<sup>360</sup> Suez-Lyonnaise était sur les rangs mais a vu son offre surclassée de près de 50 % par la compagnie espagnole.

<sup>361</sup> Bataille C. et Galley R., ( 1999), *L'aval du cycle nucléaire. Tome II : les coûts de production de l'électricité*, Assemblée Nationale – Sénat, Office Parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques.

comme les piles à combustible et le charbon propre avec chaudières à lit fluidifié circulant. Ces progrès ne doivent pas faire oublier que le programme électronucléaire d'EDF a permis de réduire la facture énergétique française de 75 % et autorise des exportations d'énergie électrique pour un montant annuel de 25 milliards de francs. Le prix du kilowattheure nucléaire s'avère durablement compétitif à 19 centimes. Ce prix intègre même les provisions pour charges futures. Celles-ci apparaissent, pour les auteurs du rapport, comme bien calibrées. Le coût complet d'un kWh nucléaire était de 19 centimes en 1995. Chacun de ses postes est promis à la baisse. Les charges de capital vont bientôt connaître une spectaculaire décroissance, l'âge moyen du parc étant déjà de 12 ans en 1996. Du fait de règles d'amortissement dégressif celui-ci est déjà amorti à plus de 50 %. La possibilité de prolonger la durée de vie des centrales à plus de quarante ans offre l'opportunité d'exploiter celles-ci de longues années sans supporter d'amortissement fiscal ou économique. Les coûts d'exploitation sont eux aussi orientés à la baisse du fait de l'amélioration de la disponibilité des tranches. Même les coûts de combustible recèlent d'espoirs de gains dans la mesure où les taux d'irradiation ne cessent de progresser. Le passage au MOX permettrait de réaliser de substantielles économies d'uranium comparé au combustible classique. Cet avantage est pointé dans la note de F.Roussely de 1998, *Vers le client*, selon laquelle le nucléaire assure 50 % de la valeur ajoutée de la firme et 75 % de sa capacité d'autofinancement. Il n'en demeure pas moins que l'endettement de la firme induit une volonté d'une révision à la hausse des tarifs de l'opérateur, révision pour l'instant rejetée par la tutelle. Au final, l'évolution des prix apparaît comme difficile à projeter. D'un côté, la rente nucléaire permet d'anticiper des marges de manœuvre à la baisse. De l'autre, les charges financières et les problèmes liés au financement des retraites exercent une pression à la hausse.

La concurrence pourrait s'exercer sur le seul segment de la fourniture d'énergie lors de la pointe de demande ou pour l'ajustement instantané entre offre et demande. Cette niche existe grâce aux progrès techniques réalisés dans les domaines des cycles combinés à gaz et des centrales à charbon. Du fait de fortes améliorations des rendements, les coûts relatifs des centrales de faible puissance unitaire se sont considérablement réduits. Comme le note le rapport Bataille-Galley, une turbine à gaz de 5 MW ne coûte pas plus cher rapporté au kW installé qu'un cycle combiné de 600 MW. Le progrès technique a donc rendu disputable, la niche de marché correspondant à la pointe de demande via la réduction de la majeure barrière à l'entrée, les frais de premier établissement.

Le coût financier de la politique d'acquisitions internationales de la firme et l'impossibilité d'augmenter les tarifs pesant sur le segment captif érodent la position concurrentielle d'EDF. Peu à peu, les réserves financières de la firme tendent à s'éroder et que le besoin de fonds croît, faute de pouvoir financer les acquisitions par échange de titres.

### *La situation concurrentielle d'EDF au printemps 2002*

Si la production d'EDF a connu un record en 2001, ses résultats financiers se sont révélés être en demi-teinte.

	2000	2001	Variation
Chiffre d'affaires <sup>362</sup>	34 424	40 176	+18.3 %
Excédent brut d'exploitation (EBE)	9 689	9 524	- 1.7 %
Résultat d'exploitation	2 438	2 686	+10.2 %
Résultat net du groupe	1 141	841	- 26.3 %

L'un des intérêts des débats ayant suivi la publication des comptes de l'entreprise en mars 2002 vient de la place prise par l'expansion internationale dans la stratégie du groupe et dans sa rentabilité. Sur les 19 milliards d'euros prévus dans le contrat de plan avec l'Etat pour financer l'expansion internationale du groupe, 11 ont d'ores et déjà été utilisés par EDF. Si l'objectif affiché de réaliser 50 % du chiffre d'affaires à l'étranger en 2005 semble être réalisable (25 % en 2000 et 35 % en 2001), la croissance externe d'EDF n'est pas comparable à celle des allemands E.ON (23.6 milliards d'euros d'acquisition en 2001) et de RWE (13 milliards) et souffre surtout de sa dispersion. EDF ne parvient pas encore à atteindre la taille critique sur de nombreux marchés dont le Royaume-Uni.

<sup>362</sup> Les chiffres sont exprimés en millions d'euros.

Acquis avant 2001	Nom de la filiale	Puissance installée (MW)	Nombre d'abonnés
Royaume- Uni	London Electricity	4 930	2 890 685
Suède		675	237 000
Autriche			800 657
Portugal	Tejo Energia	600	
Suisse		1 523	91 000
Espagne	Elcogas	335	
Italie	ISE	1 364	
Maroc			610 000
Chine	Shandong et Laibin	3 720	
Côte d'Ivoire		294	
Afrique du Sud			57 500
Guinée		219	60 500
Acquisitions 2001			
Belgique	SPE	1 340	
Pologne	Rybnik	1 760	
Hongrie	BERT	262	
Italie	Italenergia	4 636	
Allemagne	EnBW	15 376	4 200 000
Egypte		1 300	
Mexique		1 732	
Brésil	Light	852	8 317 428
Argentine	Edenor	660	2 600 000

Il convient d'ajouter à ces acquisitions, celles réalisées par les filiales italiennes et allemandes d'EDF. Nous pourrions citer les exemples d'Eurogen acquis au travers d'Edison, filiale d'Italenergia et du quatrième électricien espagnol Hidrocantrabrico, acquis par un consortium mené par EnBW.

Outre, son caractère dispersé<sup>363</sup>, la politique d'acquisition d'EDF souffre de ne créer que très peu de valeur. Les actifs étrangers ne se sont révélés que faiblement rentables (il en eut été de

<sup>363</sup> Et les critiques qu'elles soulèvent chez l'ensemble de nos partenaires européens.

même sans la crise argentine). De ce fait, la rentabilité des capitaux engagés par EDF (RoCE) n'est plus que de 5.7 % contre un objectif affiché de 10 %. Pis, les dettes financières nettes du groupe, qui avaient connu leur étiage en 1999 (17.4 milliards d'euros), ont atteint en 2002, 22.2 milliards. De ce fait, le ratio dette sur fonds propres atteint le niveau peu enviable de 1.62. L'ouverture du capital d'EDF apparaît donc nécessaire tant pour apporter des liquidités au groupe que pour lui permettre de financer certaines acquisitions par des échanges de titres.

Le précédent de France Télécom semble devoir à nouveau marquer (de façon atténué) EDF. Nous pouvons déceler une nette inflexion dans les appréciations qui sont portées par la presse financière sur la stratégie d'EDF entre novembre 2001 et mars 2002. De l'acceptation de la logique de F. Roussely (*faire de l'Europe le marché domestique d'EDF*), les analystes sont passés à une remise en cause de la stratégie de croissance externe de la firme. Ce n'est pas tant le bien fondé de celle-ci qui est remis en question, mais son caractère dispersé. Le contraste est saisissant avec les acquisitions des concurrents allemands d'EDF. Ces derniers opèrent des acquisitions d'acteurs majeurs sur les divers marchés nationaux. La part de marché qu'ils détiennent sur les divers marchés européens s'oppose à l'apparent "saupoudrage" d'EDF. L'étendue de la présence de ce dernier ne saurait cacher le fait que ses diverses parts de marchés n'en font souvent qu'un acteur secondaire. Les réalisations, ces derniers mois, de nouvelles acquisitions sur le marché anglais<sup>364</sup> attestent du fait que même la *London Electricity*, quasi porte-drapeau de l'expansion internationale d'EDF, ne possède pas la taille critique sur son marché.

### *Les concurrents européens d'EDF*

Outre Suez, présent sur le marché français, les principaux concurrents d'EDF sur le marché européen seront les deux groupes allemands E.ON et RWE. Alors que le système électrique allemand était fondé sur la juxtaposition de monopoles régionaux, les dernières années ont vu l'émergence de groupes de taille européenne. Cette mutation a été favorisée par le trésor de guerre constitué à partir des prix allemands de l'électricité, bien supérieurs à la moyenne continentale et par la fermeture *de facto* du marché allemand. A l'inverse d'EDF, les acquisitions de ces deux groupes portent sur des entreprises de premier plan sur chaque espace national. Par son rachat d'Innogy, premier électricien et second gazier britannique, en

---

<sup>364</sup> Nous pourrions citer en exemple le rachat, en novembre 2001, d'*East Anglia Network*, réseau de distribution mitoyen à celui de la *London Electricity*.

En mars 2002, RWE est devenu le second producteur européen derrière EDF, devançant ainsi l'Italien Enel. La course à la croissance externe au niveau européen s'explique par la faiblesse des interconnexions nationales. De ce fait, la concurrence des producteurs ne peut se faire que par le rachat de capacités dans chaque espace national. Si les marchés électriques demeurent en grande partie cloisonnés, la concurrence s'exerçant dans chacun d'eux sera le fait de quelques firmes en situation oligopolistique<sup>365</sup>. Il convient cependant de faire le parallèle entre le phénomène de croissance externe qui se dessine dans le secteur électrique et celui qu'ont connu les télécommunications. Le tableau suivant récapitule les principaux rachats de ces dernières années.

Acheteur	Entreprises cibles	Date	Montant (milliards d'euros)
EDF et Fiat (Italenergia)	Edison et Montedison	2001	5
EDF	ENBW (34 %)	2001	
EDF	London Electricity	1998	2.7
EDF et Fiat (Edison)	Eurogen	2002	3.7
EDF	East Anglian Network (TXU)	2002	1.7
ENBW (EDF), EDP et Cajastur	Hidrocantabrico	2001	3.9
GDF, Ruhrgas et Gazprom	SPP (49 %)	2002	3.1
Electrabel et ING	Epon	2000	2.17
Enel	Viesgo	2001	2.1
Vattenfall	HEW	1999	
Endesa, BSCH et ASM	Elettrogen	2001	3.7
HEW	Veag	2000	5.5
RWE	VEW	2000	4
RWE	Transgas	2001	4.1
RWE	Innogy	2002	8.5
E.ON	Sydkraft	2001	8.1
E.ON	Powergen	2001	15.5

Les traits communs définissant la structure du secteur et les forces concurrentielles en présence étant définis, il s'agit maintenant de s'interroger sur la question de la convergence vers un modèle unique de régulation de l'électricité, condition *sine qua non* du marché unique.

<sup>365</sup> A moins que le décroisement entre le domaine électrique et gazier ou la prégnance des stratégies multi-utilités n'étendent la concurrence à de nouveaux acteurs.

### II.2.2.2 De la diversité des trajectoires réglementaires : nature et ressorts d'un foisonnement réglementaire

- Interrogations sur la pluralité des architectures régulatrices

La diversité des trajectoires réglementaires peut être appréhendée à travers le cas des autorités de régulation. L'inscription de la réglementation de l'électricité dans la convention de la réglementation absente peut s'apprécier au travers de deux éléments clés :

- le choix d'un régulateur spécialisé, ayant pour objectif de construire le marché, atteste de l'option en faveur de la réglementation absente au détriment d'une réglementation fondée sur l'application du droit commun de la concurrence,
- la diversité des approches retenues quant aux caractéristiques et attributions des agences de régulation révèle un phénomène d'apprentissage régulateur et des difficultés de traduire les prescriptions de la convention de la réglementation absente dans l'architecture réglementaire et dans les structures productives.

#### Régulation spécialisée ou régulation de la concurrence : un arbitrage conventionnel

Dans la logique de la convention de la réglementation absente, il existe une succession logique dans les deux types de réglementation. L'objet de la régulation spécialisée est de construire le marché là où il n'existe pas encore. Elle intervient donc *ex ante*. A l'inverse, la régulation par le droit commun de la concurrence devrait intervenir dans une étape ultérieure, au terme d'une *régulation éducative*, quand les marchés concurrentiels seraient solides et viables<sup>366</sup>. L'argument selon lequel la régulation ne serait qu'un échafaudage réglementaire provisoire<sup>367</sup> repose sur l'hypothèse qu'une industrie de réseau puisse définitivement basculer

---

<sup>366</sup> Commissariat Général du Plan, (2001), « La régulation des industries énergétiques », *Cycle de conférences de politique énergétique organisé conjointement par le Commissariat général du Plan et la direction générale de l'Energie et des Matières premières*, 3 septembre.

<sup>367</sup> Jean Syrota, président de la CRE, considère que le rôle de la régulation réside en l'accompagnement et en la gestion du passage du secteur à la concurrence. *Confrontations*, 30 novembre 2001.

dans le secteur différencié. Certains secteurs, telles les télécommunications, sembleraient au seuil de ce basculement. Faire cette hypothèse pour l'électricité reviendrait à oublier les contraintes techniques liées au monopole naturel du transport et surtout la spécificité de l'industrie vis-à-vis des missions de service public. Cependant, si l'on réduit celles-ci *a minima*, l'évolution proposée par le gouvernement britannique pour l'*Oftel* (devenir le régulateur sectoriel de la concurrence), pourrait se réaliser.

Cependant, cette régulation éducatrice au cœur de la convention de la réglementation absente, n'est pas uniformément acceptée par les défenseurs de l'optique libérale. Pour certains, tel l'Office des Cartels allemand (BKA), les industries de réseau ne présentent pas suffisamment de spécificités pour nécessiter des régulateurs spécialisés. La réglementation par le droit commun de la concurrence apparaît donc adéquat. Au final, l'électricité allemande, bien que formellement libéralisée, s'illustre par le maintien de l'intégration verticale des groupes, une autorégulation des groupes par le moyen d'accords privés et une régulation *ex-post* par le BKA. Cette optique correspond à ce que nous appelons la convention "autrichienne" de réglementation. Si cette approche n'a jamais reçu d'application pratique et est en grande partie purement hypothétique, la Nouvelle-Zélande, véritable laboratoire de la construction d'un modèle libéral d'organisation sociale<sup>368</sup>, a mis en place un modèle de régulation qui peut s'approcher de celle-ci. En effet, la libéralisation des télécommunications néo-zélandaises s'est faite sans passer par la constitution d'un régulateur spécialisé. Les télécommunications sont régulées uniquement par le droit commun de la concurrence<sup>369</sup>. La régulation se fait alors *ex post* par le traitement des litiges par le juge concurrentiel ou judiciaire.

### La diversité des attributions des autorités de régulation

---

<sup>368</sup> La libéralisation des services publics néo-zélandais s'est faite selon une approche pour le moins radicale. Dans le domaine électrique, le choix a été fait de renouer avec une version libérale de la convention de réglementation de service public. Des concessions de services publics locaux ont été créées. Cependant, dès la fin des années quatre-vingt-dix des premiers effondrements du réseau apparurent et des coupures d'approvisionnement électrique frappèrent Auckland, capitale économique du pays. L'évolution fut bien plus radicale pour les autres services publics. Si la poste reste une entreprise publique, elle a dû se défaire de ses services financiers. Elle a vu en trois ans ses effectifs se réduire de 40 % et le tiers de ses bureaux ont été supprimé. Quant à *New Zealand Railways*, opérateur du réseau de chemins de fer, ses effectifs chutèrent de 22 000 à 4 500 salariés durant les années quatre-vingt-dix.

<sup>369</sup> Green J.R. et Teece D.J., (1998), « Four approaches to telecommunications deregulation and competition : the USA, the UK, Australia and New Zeland », *Industrial and Corporate Change*, vol.7, 4, p.623.

Les attributions classiques des autorités de régulation recouvrent la définition des missions de service public, la constitution de règles d'organisation devant organiser la concurrence dans le secteur, la prise des décisions individuelles vis-à-vis des opérateurs et le règlement des litiges survenant entre ceux-ci. Une des ambiguïtés majeures des attributions des autorités de régulations vient de l'extension de leur capacité réglementaire. Le régulateur doit-il simplement traduire dans des règles particulières les règles générales gouvernant le secteur, édictées par le législateur ? Peut-il bénéficier de la délégation du pouvoir d'édicter des règles ? Nous retrouvons ici l'opposition entre la réglementation (fixer le cadre dans lequel doit se déployer la concurrence) et la régulation (exercer une action stabilisatrice sur un système en mouvement pour en réduire les fluctuations extrêmes de celui-ci et lui assurer un développement durable et équilibré).

La diversité des autorités de réglementation tient aussi à l'opposition entre les régulations à la main lourde et les régulations à la main légère. Les premières décrivent des agences de régulation dotées de vastes pouvoirs et s'appuyant sur des contrats réglementaires complets. A l'inverse, les secondes ne sont pas dotées de larges pouvoirs mais exercent une forte influence à travers leur magistère "moral" et leur utilisation de l'information (*sunshine regulation*). Ainsi, l'influence d'une autorité de régulation ne se limite pas à ses attributions légales. Michel Matheu<sup>370</sup> note que l'influence de l'ART sur le dégroupage de la boucle locale a largement excédé ses prérogatives, marque de l'influence du régulateur sur le législateur.

Autre facteur de diversité dans l'architecture réglementaire, l'indépendance du régulateur vis-à-vis du gouvernement. Deux solutions polaires sont possibles. La première est celle d'un régulateur intégré au ministère de tutelle (voire à l'autorité en charge du droit de la concurrence à l'instar du cas allemand). La seconde est celle de l'autorité administrative indépendante (France et Royaume-Uni). En matière de régulation du secteur électrique, la diversité des statuts, attributions et fonctionnement des agences de régulation est particulièrement visible au niveau européen.

---

<sup>370</sup> Commissariat Général du Plan, (2001), *op. cit.*

Pays	France	Angleterre-Pays de Galles	Italie	Espagne
Ressources	Budgétaires	Paievements de la profession (montants approuvés par le Parlement)	Paievements de la profession à un niveau fixé par la loi et adapté par le gouvernement	Paievement par la profession en fonction de l'activité du secteur
Attribution ou renouvellement des licences	Avis	Attribution (cahier des charges fixé par le gouvernement)	Codécision avec le gouvernement	Propose
Tarifs	Avis	Décision	Décision	Avis
Consultation des consommateurs	Informel	Conseil de défense des consommateurs	Auditions périodiques obligatoires	Conseil consultatif obligatoire
Appel	Cour d'appel de Paris, juge administratif	Autorité de la concurrence et juge judiciaire si non-respect des injonctions	Tribunal administratif et Conseil d'Etat	Ministère de l'industrie et juge administratif

L'exemple de l'Allemagne illustre aussi le fait qu'il convient de distinguer l'ouverture légale (ou quantitative) d'un marché et son ouverture réelle (ou qualitative) à la concurrence. L'absence d'un régulateur indépendant<sup>371</sup> se traduit par des barrières non réglementaires à l'accès au réseau. Celui-ci est en effet géré "consensuellement" par les opérateurs en place.

#### - Théorie et pratique de la régulation d'un secteur électrique libéralisé

L'observation des diverses expériences nationales permet de mettre en évidence une pluralité de trajectoires. Celles-ci s'incarnent dans la diversité des dispositifs de régulation, dans les configurations institutionnelles et organisationnelles du secteur électrique et dans l'action des pouvoirs publics. Ces différences proviennent non seulement de la diversité des transpositions effectuées dans les différentes législations nationales, mais aussi des difficultés à mettre en œuvre les modèles théoriques de régulation optimale qui sous-tendent le processus de libéralisation. Nous songeons notamment à l'expérience britannique et, hors d'Europe, au cas californien.

<sup>371</sup> L'absence d'une autorité indépendante sectorielle est justifiée par la tradition allemande reposant sur un contrôle concurrentiel *ex post* et non une régulation *ex ante*.

Si l'expérience britannique a été le précurseur et sans doute l'aiguillon de la déréglementation de l'électricité dans l'ensemble de l'Union Européenne, celle-ci ne peut servir de modèle clés en main, duplicable pour l'ensemble du continent. Comme le notent Guido Pepermans et Stef Proost<sup>372</sup>, trois différences majeures font de l'expérience britannique un cas spécifique et non transposable. La configuration industrielle britannique après la libéralisation est spécifique en ce sens qu'elle s'est soldée par un démantèlement et une privatisation de l'opérateur historique. Une telle évolution n'est pas envisageable sur le continent pour lequel la libéralisation passera d'abord par l'ouverture des réseaux nationaux aux échanges. De ce fait, le nombre de compétiteurs sur chaque marché sera supérieur à trois. La seconde différence tient aussi à cette interpénétration des réseaux nationaux qui ne peut être à même de créer *ipso facto* un marché unique intégré du fait de la faiblesse des interconnexions entre les divers réseaux nationaux. Or ces interconnexions étaient calibrées pour servir de secours entre des réseaux isolés. La réalisation d'un marché unique passe par le renforcement des capacités d'interconnexion, ce qui nécessitera de longs délais du fait des investissements à réaliser. Ces délais sont d'autant plus longs que des contraintes environnementales se font jour, notamment pour les lignes à haute tension devant renforcer les liaisons entre la « plaque continentale » (France-Bénélux-Allemagne) et les « péninsules électriques » (Italie et Espagne-Portugal). A l'inverse, cette phase de transition fut inconnue en Angleterre où la libéralisation se fit à l'intérieur d'un réseau national achevé. Troisième différence entre l'expérience britannique et la libéralisation européenne, l'absence au niveau communautaire d'un régulateur unique. A la juxtaposition de marchés libéralisés mais isolés les uns des autres, fait écho celle de régulateurs nationaux, insuffisamment coordonnés et contestant les velléités d'intervention des autorités communautaires.

La pluralité des voies de libéralisation du secteur de l'électricité provient de nombreux facteurs. Certains tiennent aux spécificités techniques du produit. D'autres viennent des différences dans les systèmes électriques nationaux, tant au point de vue réglementaire que productif. Face à un domaine caractérisé par sa complexité technique, des spécificités nationales accusées, liées à la fois aux caractéristiques physiques des différents réseaux et aux diverses dynamiques historiques nationales, et une forte dépendance du sentier, la déréglementation s'appuie sur un idéal type issu de prescriptions économiques à l'origine construites à partir d'un secteur industriel radicalement différent. De plus, regrettable

---

<sup>372</sup> Pepermans G. et Proost S., (2000), «The liberalisation of the energy sector in the European Union », Working paper n° 2000-3, Université catholique de Louvain, novembre.

faiblesse communautaire pour les uns ou chance réelle d'une transition réussie vers une nouvelle configuration industrielle pour les autres, l'application du principe de subsidiarité offre à chaque état des marges de manœuvre pour adapter la directive à sa situation propre via sa transposition.

Il s'agira dans un premier temps de mettre en évidence la tension existant entre le référent européen et la pluralité des interprétations et des pratiques nationales de libéralisation du secteur de l'électricité. Il sera possible de mettre en exergue les possibles divergences des pratiques et des cadres réglementaires à partir d'un rapide examen de trois questions cruciales auxquelles la directive européenne n'apporte que des réponses parcellaires et insuffisantes pour initier un traitement unique, le problème des subventions croisées, celui des coûts échoués et enfin la question de la tarification du transport. Les diverses transpositions nationales de la directive ont conduit à un flagrant manque d'unité dans les réglementations. Cette pluralité de régimes réglementaires semble constituer un obstacle à la réalisation du marché unique de l'électricité.

	% du marché ouvert	Concurrence dans la production		Séparation de l'activité de transport	Accès des tiers au réseau		
France	30 %	Autorisation	Appel d'offres pour le marché captif	Gestion (le GRT est indépendant au sein de l'opérateur intégré)	Accès réglementé		
Pays-Bas	33 %	Autorisation		Juridique (filialisation)	Acheteur unique	Accès réglementé	
Italie	35 %				Accès réglementé		
Belgique	54 %			Propriété (société sans lien capitalistique)		Accès réglementé	
Espagne				100 %		Accès réglementé	
Royaume-Uni						Accès réglementé	
Suède							
Allemagne				Gestion / juridique	Accès négocié		

Autre obstacle et non des moindres à la réalisation d'un marché unique européen, la faiblesse des progrès techniques concernant les réseaux. De ce fait, seule la construction d'infrastructures nouvelles peut permettre d'améliorer les interconnexions nationales. Ainsi, comme le note la Commission de Régulation de l'Electricité, dans son dernier rapport, les

progrès dans l'achèvement d'un marché unifié passent par des mesures réglementaires<sup>373</sup>. Par exemple, la Commission de régulation note que les actions législatives ne suffisent pas à garantir l'égal accès de tous au réseau. Par exemple, alors que le gestionnaire du réseau de transport (GRT) italien semble bénéficier de plus d'indépendance formelle que son homologue français (indépendance juridique et pas seulement de gestion), il s'avère que des problèmes de comportements discriminatoires sont plus à craindre dans la mesure où le GRT peut aussi commercialiser de l'énergie électrique (risque de conflits d'intérêts). L'Allemagne, pourtant ouverte à 100 %, se caractérise par l'absence d'un régulateur spécialisé. L'accès au réseau de transport (lequel est composé de filiales de producteurs) est négocié et non réglementé. Le risque de comportements discriminatoires n'est pas que théorique. Saisi de litiges quant à l'accès des réseaux, le *Bundes-Kartellamt* (BKA) a reconnu dans un rapport du 19 avril 2001 que de nombreuses entraves à la concurrence se font jour à cette occasion.

L'analyse des libéralisations nationales ne peut se limiter à la seule interprétation des lois de transposition ou celle des mesures réglementaires. L'Allemagne et l'Espagne suivent en ce sens des stratégies diamétralement opposées. Outre-Rhin l'heure est à la rationalisation de l'outil industriel. Des programmes de réduction et de fermeture de certaines capacités de production excédentaires sont mises en œuvre pour améliorer la rentabilité des parcs. De la même façon, une logique de concentration se fait jour pour doter les industriels allemands d'une dimension continentale<sup>374</sup>. Une illustration significative de la situation allemande peut être fournie au travers du rapprochement controversé entre E.On, premier électricien national et Ruhrgas, premier gazier allemand. L'autorisation donnée à la fusion des deux sociétés par le gouvernement, malgré l'opposition de la *Bundeskartellamt* et un avis négatif de la Commission des Monopoles, atteste de la prégnance, malgré un discours "libéralisant", d'une logique de constitution de champions nationaux, appartenant à une convention de réglementation extérieure<sup>375</sup>. Symétriquement l'Espagne adopte une lecture maximaliste de la

---

<sup>373</sup> Commission de Régulation de l'Electricité, (2001), *Rapport d'activité*, juin.

<sup>374</sup> RWE et VEW ont fusionné. E.ON, regroupement de VEBA et VIAG, est devenu le second opérateur du marché. HEW, VEAG et BEWAG s'étaient rapprochés pour former le troisième pôle allemand. Il semble, cependant, que le marché allemand s'oriente vers le duopole E.On et RWE.

<sup>375</sup> Les exigences posées par le gouvernement allemand pour accepter la fusion des deux entités apparaissent comme singulièrement insuffisantes aux observateurs. La séparation comptable des activités de réseau, la garantie d'un accès non discriminatoire aux réseaux et aux capacités de stockage, la mise aux enchères de certains droits d'importation de gaz naturel ou la vente des participations dans certaines compagnies régionales de distribution de gaz ne s'accompagnent pas de garanties et de procédures de contrôle suffisantes pour pallier le risque d'édification d'une position dominante sur le marché allemand.

Lieb-Doczy E., (2002), « The E.On-Ruhrgas Merger : The German Government Decides Against Competition », *Energy Regulation Brief*, National Economic Research Associates, August.

directive en œuvrant avant tout pour la construction de marchés de concurrence pure et parfaite. Dans cette optique, le gouvernement espagnol a prohibé la constitution de champions nationaux, en s'opposant aux fusions Endesa / Iberdola et Hidrocantabrico / Union Fenosa, respectivement premier et second, ainsi que troisième et quatrième groupes nationaux.

De la même façon, la construction d'un marché unifié est contrariée par les paiements de droits d'entrée prélevés par les GRT nationaux pour les "transits purs" d'énergie sur leur réseau. La conséquence de l'installation de telles "barrières d'octroi" est de cantonner le marché européen à n'être qu'une juxtaposition de marchés ouverts mais isolés les uns des autres. Autre obstacle et non des moindres pour la fluidification des échanges, l'existence de congestions entre diverses zones de l'Union européenne. Les fréquentes congestions entre la France et les "péninsules électriques" ibériques et italiennes en attestent. La gestion de ces congestions peut être une variable utile pour limiter les échanges d'énergie afin de se protéger des concurrents étrangers. Le régulateur italien a adopté en août 2000 une délibération visant à instaurer un système d'enchères explicites pour allouer des capacités de transport entre l'Italie et les pays voisins. Cette gestion unilatérale par l'opérateur de réseau italien apparut à la CRE comme une limitation arbitraire de la capacité de transit entre la France et l'Italie. Deux marges de manœuvre de la subsidiarité peuvent être mises en évidence à travers la nécessaire réponse à deux problèmes non résolus par la directive, à savoir les coûts échoués et les subventions croisées.

### Les coûts échoués

Le problème des coûts échoués (*stranded costs*) est relatif à la possibilité pour les anciens opérateurs de réseau de récupérer les coûts de certains de leurs investissements passés. Ce recouvrement paraît nécessaire pour affronter sur un pied d'égalité les nouveaux concurrents. L'article 24 de la directive autorise leur amortissement mais n'indique pas leur définition précise et leur modalité de recouvrement, ouvrant ainsi la porte à des divergences dans les dispositifs nationaux. Pour définir lapidairement les coûts échoués, nous pouvons les assimiler aux coûts correspondants aux investissements imposés par le régulateur ou la tutelle avant la libéralisation et qui ne pourront pas être recouverts par l'opérateur dans un environnement concurrentiel. La décision du régulateur d'autoriser ou non l'opérateur

historique à récupérer ses coûts échoués est alors un choix purement national<sup>376</sup>. L'imposition de péages additionnels aux transactions va donc induire des divergences de situations entre les différents marchés.

Les tenants d'une approche purement libérale s'opposent à l'idée même de compensation des coûts échoués<sup>377</sup>. Une centrale nucléaire, construite avant la déréglementation, reposait sur un calcul d'investissement, lui garantissant les *cash-flows* nécessaires à sa rentabilité, ne pourrait prétendre à la même rentabilité dans un cadre ouvert. La réponse des tenants d'une libéralisation maximale tient alors en deux points. D'une part, une firme ne se retire du marché que si elle opère en dessous de son seuil de fermeture. L'ordre de préséance économique induit que la centrale couvrira ses coûts marginaux. Elle ne devrait pas cesser de produire. D'autre part, ceux-ci refusent l'idée qu'une "surcharge temporaire" soit appliquée pour couvrir ces coûts dans la mesure où le marché n'aurait pas à payer pour l'incohérence temporelle de la politique publique. Pour Lepage, rembourser les coûts échoués reviendrait à « *“taxer” la concurrence pour les dégâts qu'elle cause à ceux qui se trouvent ainsi, aujourd'hui, concurrencés (...)* généralisons cette proposition : ce serait l'arrêt de mort de toute concurrence. Tout ceci n'est qu'un alibi pour réintroduire sans justification, de nouvelles “barrières à l'entrée” ». L'assimilation de la problématique des coûts échoués au risque de marché conduit donc celui-ci à s'opposer au remboursement de ces coûts.

La problématique des coûts échoués peut, économiquement, être étendue à la question de la valorisation du produit. Si les centrales sont appelées en fonction de l'ordre de préséance économique, la centrale marginale ne sera rémunérée qu'à son coût marginal. Elle sera économiquement efficiente, mais ne parviendra pas à couvrir ses coûts fixes. De la même façon, les centrales infra-marginales ne seront pas certaines de pouvoir couvrir ceux-ci en totalité. La solution à cette difficulté tient au fait qu'il existe deux prix de marché<sup>378</sup>. L'un correspond à la demande de base, l'autre aux pointes de demande. Sur le Nord Pool, les périodes de pointes sont couvertes par un système d'enchères. De la même façon, sur le marché anglais, les heures de pointes sont majorées d'un coefficient représentant l'espérance mathématique du coût de la défaillance. Ces majorations à l'approche des saturations des capacités permettent à la fois de rationner la demande et de permettre aux unités infra-

---

<sup>376</sup> Pepermans et Proost concluent que si l'efficacité économique est la seule préoccupation du régulateur, le recouvrement des coûts échoués n'a pas lieu d'être.

<sup>377</sup> Lepage H., (1998), *op. cit.*

<sup>378</sup> Lepage H., (1998), *op. cit.*

marginales (notamment les centrales nucléaires) d'encaisser des *cash-flows* réguliers et considérables. Les investissements fortement capitalistiques seraient couverts. Cependant, ce mécanisme est susceptible d'introduire une forte volatilité des tarifs pour les usagers et pose la question de la rupture de la fourniture à la pointe de demande pour certains d'entre eux. Nous retrouvons ici la problématique de la "justice sociale", que nous aborderons dans notre conclusion générale.

### Les subventions croisées

Le risque de subventions croisées entre divers segments de clientèle après même la libéralisation du marché européen de l'électricité est aussi la source de nettes divergences nationales. Celles-ci proviennent en partie de l'ouverture partielle à la concurrence dans certains pays. Le risque est qu'en cas d'ouverture partielle, le segment captif (clients non éligibles) vienne à subventionner les pratiques commerciales mises en œuvre dans le segment éligible<sup>379</sup>. Conventionnellement, on admet la présence de subventions croisées dès lors qu'une part disproportionnée des coûts joints de production est imputée à un segment de clientèle. Notons que des différences de prix entre deux segments n'est pas une preuve de subventions croisées et que symétriquement l'uniformité des prix peut dissimuler la présence de celles-ci. Les subventions croisées posent un double problème quant à l'efficacité et l'équité. Le prix est un signal, fournissant aux agents économiques les incitations nécessaires pour allouer leurs ressources de façon efficiente<sup>380</sup>. La présence de subventions croisées empêche l'optimum de premier rang d'être atteint, dans la mesure où elle contribue à fournir des signaux biaisés aux agents. Afin de prévenir le risque de subventions croisées, l'exigence minimale de la directive fut d'imposer une séparation comptable des activités des opérateurs intégrés exercées en monopole ou en régime concurrentiel. Or comme nous l'avons vu, alors que certains se sont conformés aux prescriptions minimales, d'autres sont allés jusqu'à la séparation juridique voire le démantèlement. De là, naît encore une divergence liée à la liberté de transposition de la directive. Notons que le risque que la firme adopte une clé de répartition de ses coûts joints par trop défavorable aux consommateurs non éligibles est d'autant plus fort que la réglementation des prix est de type "coût du service". Dans ce cadre, la firme a toutes

---

<sup>379</sup> Nous retrouvons ici la possibilité de mise en œuvre de prix de prédation, financés par la captation du surplus du consommateur dans les activités monopolistiques.

<sup>380</sup> Hayek (von) F.A., (1945), « The use of knowledge in society », *American Economic Review*.

les raisons d'imputer le plus de coûts possibles au segment régulé pour financer ses subventions.

Ainsi le type de réglementation des prix, non unifié au niveau européen<sup>381</sup>, exerce une influence notable sur le risque de survenance et sur la régulation des subventions croisées. Le choix public quant à la réglementation tarifaire va exercer une influence première sur le risque de survenance de subventions croisées. Par exemple, l'adoption pour le transport de l'énergie électrique d'une tarification indépendante de la distance, c'est-à-dire une tarification de type timbre-poste, va induire ce type de subventionnement. Si ce système prévaut, deux types de subventionnement inefficients vont apparaître. Le premier sera celui des utilisateurs du réseau sur de longues distances. Le second sera favorable aux individus utilisant le réseau basse tension<sup>382</sup>. De la même façon, la réglementation introduit des subventions croisées volontaires en soutenant notamment les techniques de production alternatives respectueuses de l'environnement ou la cogénération.

La question des subventions croisées est donc intrinsèquement liée aux transpositions nationales de la directive dans la mesure où elle dépend du choix public réalisé quant à la tarification de l'énergie électrique<sup>383</sup>. Plus les tarifs se rapprocheront des coûts marginaux, moins les subventions croisées seront fortes. D'où la pression pour les systèmes de tarification incitatifs. Il s'agit de rendre la firme bénéficiaire de ses économies de coûts (*residual claimant*). Une réglementation par prix plafonds peut s'appuyer sur un mécanisme de type RPI-X, à l'instar de l'exemple britannique. Une réglementation de type *yardstick* repose sur des révisions de prix en fonction des évolutions enregistrées sur les marchés étrangers. En guise de conclusion, nous pouvons voir que la gestion de ce problème va induire un possible foisonnement dans les réponses réglementaires nationales.

La libéralisation du secteur illustre à notre sens une démarche visant à transformer de façon volontariste un secteur économique afin de le rendre compatible avec une régulation de type concurrentielle. Il s'agit d'une approche constructiviste visant à édifier pour un secteur donné

---

<sup>381</sup> Pepermans et Proost rapportent que jusqu'en 1999, la Belgique appliquait une réglementation de type *cost plus*. Les prix étaient fixés de façon à couvrir les coûts de l'opérateur tout en lui garantissant une rémunération raisonnable. Cependant ce mécanisme de réglementation ne donne à l'opérateur aucune incitation à réduire ses coûts et de plus, il n'existe aucune raison pour que le prix converge vers le coût marginal.

<sup>382</sup> Les pertes en ligne sont fonction décroissante de la tension.

<sup>383</sup> Notons que le risque de survenance de telles subventions n'est pas exclu même en cas de tarification du transport avec des mécanismes de type prix plafond ou *yardstick competition*. En effet, tout dépend du niveau auquel le prix initial est fixé. Or cette fixation repose sur l'évaluation des coûts de l'entreprise.

des conditions se rapprochant autant que faire se peut de celles de la concurrence pure et parfaite. Dès lors que les mécanismes concurrentiels seront restaurés (ou plutôt instaurés), l'action publique n'aura plus lieu d'être.

- De l'absence d'un modèle universel de régulation optimale

### L'approche néo-institutionnaliste

Les travaux des économistes néo-institutionnalistes tendent à expliquer la pluralité des schémas de régulation par des phénomènes de dépendance du sentier<sup>384</sup>. Cette pluralité est-elle pour autant réductible à un retard ou à la conséquence de réticences dans les transpositions ? Ne peut-elle pas s'analyser comme la résultante de la pluralité des matrices institutionnelles et des conventions de l'Etat, rendant alors encore plus difficile la convergence vers un marché européen unifié?

Dans un rapport rédigé en juin 2000 pour le compte du Commissariat Général du Plan, Jean-Michel Glachant<sup>385</sup> notait que du fait de leurs spécificités nationales (culture, histoire, rapports de forces entre les différents groupes d'intérêts), les différents pays européens ont adopté des voies plurielles de libéralisation du marché de l'électricité. Ces différences d'interprétation peuvent recouvrir à notre sens<sup>386</sup> trois influences. La première est celle des différentes matrices institutionnelles<sup>387</sup> nationales. La seconde correspond à des phénomènes de dépendances de sentier (tant institutionnels que techniques<sup>388</sup>). La troisième est un phénomène d'apprentissage régulateur favorisé par les degrés de liberté offerts par la directive européenne. Ainsi, nous pouvons arriver à une interprétation de la diversité institutionnelle bien plus riche que l'analyse en terme de retards ou de résistance au changement. Cette diversité tire naturellement ses racines de la variété préexistante des modèles nationaux originels, variété bien plus forte dans le domaine électrique que dans

---

<sup>384</sup> Glachant J.M. et Finon D., (2000), « why do the European Union's electricity industries continue to differ ? A new institutional analysis », in Ménard C., *Institutions, Contracts and Organizations*. Perspectives from New Institutional Economics, Edward Elgar, Cheltenham, Royaume-Uni, pp. 313-334.

<sup>385</sup> Glachant J.-M., (2000), *Les réformes de l'industrie électrique en Europe*, Commissariat Général du Plan, Paris, juin.

<sup>386</sup> Rejoignant en ceci les conclusions de J.-M. Glachant.

<sup>387</sup> « The "feasibility" and "credibility" of a given competition-based reform model are thus not identical in substantially different institutional arrangements », Glachant et Finon (2000), p.320.

<sup>388</sup> Technique au sens des caractéristiques du parc de production installé et du réseau de transport.

d'autres industries de réseau comparables (les télécommunications). Malgré une impulsion répondant à la même logique, il n'existe pas plus de modèle unique de réglementation que de marché européen de l'électricité unifié physiquement. Même les diverses déréglementations préalables à la libéralisation européenne, se sont caractérisées par un foisonnement de solutions réglementaires. Notons que même la seule Grande-Bretagne a mis en place deux modèles divergents au même moment (réglementation anglo-galloise vs. réglementation écossaise) puis est passée du pool obligatoire à un marché ouvert de l'énergie électrique. Il s'agit alors de dégager les caractères communs de ces libéralisations avant d'établir si oui ou non une convergence vers une régulation unique se fait jour (faisant éventuellement écho à un processus d'unification physique des différents réseaux).

La grille d'analyse fournie par J.-M. Glachant permet d'appréhender les multiples facettes de cette diversité réglementaire. Cette grille repose sur la mise en évidence de trois dimensions. La première correspond au changement institutionnel, compris comme la modification des dispositifs juridiques encadrant le secteur électrique. La seconde dimension est celle de la dynamique du parc productif. Celle-ci est alors conçue comme l'aménagement des structures techniques et commerciales du secteur. Enfin, une troisième dimension est mise en évidence, celle du changement organisationnel tant au point de vue de la configuration des firmes que sur les droits de propriété afférents<sup>389</sup>.

Comme nous l'avons vu, la directive européenne offre des possibilités des plus diversifiées de mise en œuvre de la libéralisation des secteurs électriques. J.M.Glachant note que malgré une potentialité de diversité réglementaire des plus élevée, le choix d'options des législateurs se fit souvent dans le sens le plus libéral<sup>390</sup>. De plus, les aménagements récents dans les législations nationales ainsi que les propositions de la commission de Bruxelles font que la convergence se fait vers un modèle de réglementation de type néoclassique. Au niveau de la dynamique du parc productif, la question clé se situe au niveau des interconnexions internationales. Deux barrières à la création d'un marché ouvert se dressent ici. La première est d'ordre réglementaire, elle réside dans l'harmonisation des règles d'accès et de tarification. La seconde est d'ordre

---

<sup>389</sup> Notons que l'attribution des droits de propriété semble constituer, pour Pollitt, cité par Glachant et Finon, une menace à l'émergence de marchés concurrentiels de l'électricité : « *Another interesting hypothesis is that the presence of public enterprises in the competition-based wholesale or retail electricity market would constitute a threat to the normal operation of these markets* ». Glachant et Finon notent, à juste escient, que l'expérience du Nord Pool invalide cette hypothèse. (p.325)

<sup>390</sup> Par exemple, la procédure de l'appel d'offres n'a été en fait mise en œuvre que par le Portugal. La procédure de l'ATR négocié n'a en fait concerné qu'un seul pays majeur l'Allemagne qui se caractérise par ailleurs par la mise en place d'un acheteur unique au niveau local.

purement physique, elle tient à l'insuffisance des capacités d'interconnexion. Cette limitation conduit à la division de l'Europe entre une plaque continentale et un ensemble de péninsules électriques. Une autre barrière à la création d'un marché ouvert réside dans les possibilités d'installation de nouveaux compétiteurs. Ces nouveaux entrants seront bien sûr plus nombreux en cas de renouvellement du parc ou de substitution de nouvelles filières de production aux anciennes. La disputabilité du marché est bien moindre dans les pays comme la France où il existe de nombreuses surcapacités. La disputabilité peut aussi naître à travers de nouvelles infrastructures commerciales comme des marchés spots et des marchés de couverture ou l'apparition de paniers de services innovants. Concernant la dimension du changement organisationnel, il s'agit encore une fois de souligner l'importance des conditions de départ. J.M. Glachant oppose deux Europe. La première au sud d'une ligne Edimbourg-Bruxelles-Rome-Athènes se caractérise par la présence de monopoles nationaux intégrés verticalement et horizontalement. La déréglementation se traduit dans ce cas par une tendance au démantèlement des opérateurs dominants (Angleterre et Italie). A l'inverse, au Nord de cette ligne, des industries initialement déconcentrées connaissent une forte tendance à la concentration voire à la constitution de champions nationaux (cf. Allemagne). Ces différences font écho à des structures de propriété nettement contrastées. Au Nord et à l'Est, les entreprises étaient contrôlées par des collectivités territoriales. La privatisation a été facile et des groupes étrangers ont pu facilement prendre pied sur les marchés<sup>391</sup>. A l'inverse dans les pays du Sud et de l'Ouest la propriété étatique a été un frein aux privatisations et aux implantations étrangères.

La diversité ne s'explique pas par une attitude frileuse des pouvoirs publics face à la libéralisation. Elle est liée à l'existence de marges de liberté offertes par les directives aux législateurs pour inscrire celles-ci dans leurs matrices institutionnelles respectives. Cependant, l'éventail des réglementations nationales tend à se resserrer. Les autorités de Bruxelles, à travers leur projet de directive présenté en mars 2001, semblent tirer les leçons de cet apprentissage réglementaire dans un sens de la construction de marchés complets de concurrence pure et parfaite. De la même façon, les infrastructures matérielles peuvent contribuer au resserrement des liens entre les divers espaces électriques à travers la convergence des règles d'accès au réseau et la possible montée en puissance de nouvelles technologies de production. Enfin, la diversité de stratégie industrielle et configuration du capital et de taille d'entreprise

---

<sup>391</sup> Cf. EDF en Allemagne, Suède, Autriche, Suisse et... Italie et Angleterre après le démantèlement (partiel ou non) de l'opérateur historique et sa privatisation.

semble peu à peu s'estomper avec la création de groupes européens majeurs (EDF, RWE, ENEL, Suez).

Face à cette diversité réglementaire et aux difficultés de créer d'emblée un marché européen unifié de l'électricité, l'une des premières réponses de la commission de Bruxelles a montré des velléités à se substituer à la coordination "souple" des régulateurs nationaux pour proposer notamment un règlement pour les échanges transfrontaliers d'électricité. Il s'instaure donc une tension entre l'autonomie des régulateurs nationaux et la volonté communautaire d'uniformiser les règles de transit et d'interconnexion. Les autorités nationales de réglementation s'opposent à ce qu'un éventuel « Comité de Réglementation » au niveau communautaire ne soit composé d'autres entités que des régulateurs nationaux. Cette tension est aussi perceptible dans la proposition de directive du Parlement et du Conseil européen modifiant la directive 96/92/CE. L'achèvement de la libéralisation et l'harmonisation réglementaire semblent être les maîtres mots des promoteurs de celle-ci. L'éligibilité devrait être totale en 2005. De la même façon, les barrières non réglementaires à l'entrée sur les réseaux seront en partie levées par l'adoption obligatoire de l'ATR réglementé. La même logique d'uniformisation se poursuit pour ce qui est des nouvelles installations. La procédure de l'autorisation est appelée à se substituer à celle de l'appel d'offres.

### Convention de réglementation et apprentissage réglementaire

La diversité dans les transpositions révèle deux phénomènes. Le premier est le processus d'apprentissage réglementaire. Le second illustre peut être une résistance de l'économie "chose" à l'ambition performative de l'économie "théorie"<sup>392</sup>. L'échec de S.Littlechild à la tête de l'OFFER et l'épisode californien peuvent illustrer la difficulté à mettre en œuvre par trop automatiquement les prescriptions normatives issues de l'économie publique. En fait les insuffisances des approches traditionnelles de l'économie publique de second rang et de la nouvelle économie des réseaux sont en parties liées.

Pour les deux, l'optimum économique est assuré par la suppression des défaillances de marché. L'hypothèse sous-jacente aux deux approches revient à considérer qu'il est possible

---

<sup>392</sup> Callon M., (1998), *op. cit.*

de se substituer aux acteurs décentralisés et aux connaissances qu'ils mobilisent dans leurs actions économiques afin de pallier les conséquences de ces défaillances voire de les prévenir. Dans le modèle allaisien, il s'agit, pour l'agence de planification, de simuler le marché en égalisant les prix aux coûts marginaux pour les biens pour lesquels il ne peut exister de marchés. Dans l'optique de la nouvelle économie publique, il s'agit d'être plus rationnel que les *homo oeconomicus* en interaction pour prévenir des décisions qui ne seraient pas conformes à celles qui seraient prises dans un marché parfait. Il s'agit simplement de créer des marchés parfaits et complets là où ils n'existent pas spontanément. Cela revient à se substituer à la liberté d'action des individus situés. Or la connaissance sur laquelle s'appuient les agents économiques n'étant pas objectivable, mesurable selon un critère unique ou connaissable de l'extérieur, ces modèles conduisent in fine à distordre les choix individuels.

L'économie politique en général et l'économie de la réglementation en particulier doivent-elles faire systématiquement leur cette théorie sous jacente de la connaissance à la base de l'action économique ? Ne peut-on pas s'appuyer sur des cadres de pensée pour lesquels l'optimum économique ne peut être défini extérieurement ou du moins ne peut être connaissable *ex ante* ? Il s'agirait à la fois de rompre avec le rationalisme constructiviste (le scientisme en sciences sociales selon Hayek) et de reconnaître l'existence de connaissances singulières de temps et de lieu à la base de l'action économique. Ces connaissances sont tacites (non agrégables et non transférables) et spécifiques à chaque agent ou à chaque « territoire ». Elles sont liées aux conventions qui sous tendent les actions des agents, à leurs perceptions, à leur dynamique « historiquement située ». Nous retrouverions la théorie de la connaissance à la base de la philosophie pragmatiste américaine et la conception de l'action économique du vieil institutionnalisme américain.

Le processus d'apprentissage régulateur, conjugué au principe de subsidiarité, prend alors tout son sens dans cette logique. Loin de tout constructivisme, il peut être à même d'atteindre une solution socialement satisfaisante. Il conviendrait de se livrer à un bilan en terme de gains en bien être de cette solution régulateur, en vu de le comparer à la situation initiale, c'est-à-dire la régulation optimale de second rang, telle que la mit en place EDF. Cela reviendrait à faire la part des choses entre les logiques économiques, technologiques et politiques d'une décision publique ou de manière plus réaliste à mettre en évidence l'étroite imbrication de ces diverses dimensions.

- Les perspectives ouvertes par le projet de nouvelle directive

Les projets de nouvelles directives actuellement en préparation reprennent l'objectif d'approfondissement de la libéralisation du secteur et d'unification des cadres réglementaires nationaux<sup>393</sup>. Il s'agit tout à la fois de réduire les asymétries dans les degrés d'ouverture des divers marchés nationaux et d'assurer la convergence des réglementations pour substituer un marché européen unifié à quinze marchés nationaux plus ou moins ouverts à la concurrence mais simplement juxtaposés les uns aux autres. Au point de vue technique, la Commission préconise la séparation juridique de l'opérateur du réseau vis-à-vis de l'ancien monopole, la généralisation de l'accès des tiers réglementé, l'unification des principes d'interconnexion et de péage et la mise en place d'un programme européen (cofinancé par la Communauté) pour développer de nouvelles infrastructures et régler les problèmes liés aux congestions, notamment frontalières<sup>394</sup>. L'argumentaire de la concurrence "régulée" fait une place plus large à ce qu'elle était en 1996 aux dimensions de politique énergétique et de service public<sup>395</sup>.

L'évolution de la réglementation européenne en matière électrique est donc scandée par deux temps forts. Mars 2001 vit les premières propositions de réformes de la directive. En mars 2002, le Sommet de Barcelone jeta les bases de la nouvelle architecture européenne du secteur.

#### *Les propositions de nouvelles directives (mars 2001)*

Les projets communautaires de mars 2001 portaient principalement sur l'harmonisation des cadres institutionnels nationaux (accès des tiers réglementé, séparation des services de

---

<sup>393</sup> Mme Loyola de Palacio, discussion sur le Livre Vert sur l'Énergie, *Confrontations*, Paris, le 30 novembre 2001.

<sup>394</sup> Les problèmes d'interconnexion entre la France et l'Italie et plus globalement la question des transferts d'énergie transfrontaliers illustrent à la fois la nécessité d'une action publique au niveau européen pour réaliser des investissements répondants à une logique de biens publics, et d'adopter des pratiques unifiées quant à la tarification de ceux-ci. Il s'agit à la fois d'éviter l'adjonction de divers timbres-poste nationaux et d'éviter que la mise aux enchères des capacités d'interconnexion ne revienne à créer des péages d'octrois aléatoires au sein même du marché intérieur.

<sup>395</sup> Il conviendrait peut-être de parler de service universel. Pour la distinction qu'il est possible d'établir entre service public et service universel, se reporter au III.2.2.

l'infrastructure...) mais aussi sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers<sup>396</sup>.

L'objectif de la Commission, dans ses projets de refonte de la directive<sup>397</sup>, est de transformer le secteur électrique européen en un ensemble pleinement unifié tant au point de vue réglementaire que physique. Il s'agit d'abord d'assurer à chacun un accès non discriminatoire aux réseaux. Le modèle que promeut la commission repose sur trois idées forces. La première est la séparation juridique entre la gestion du réseau et les autres activités. La seconde tient à la fixation par le régulateur national d'un tarif d'accès réglementé à l'infrastructure. La troisième tient à l'indépendance du régulateur. Nous voyons que la France et l'Allemagne ne respectaient pas l'une de ces exigences (respectivement la première et la troisième). Instruite par la crise californienne, la Commission insista sur la nécessité que les Etats membres et elle-même s'engagent à « *veiller activement à l'équilibre entre l'offre et la demande ; à lancer des offres publiques pour la création de nouvelles capacités de production d'électricité et de gaz quand et où cela sera nécessaire* ». Après avoir posé les bases du droit à l'électricité (garantie d'approvisionnement, mesures protectrices pour les plus vulnérables, protection des consommateurs..., la Commission précise son intention de « *passer de quinze marchés nationaux ouverts à un véritable marché européen de l'électricité et du gaz* ». Cet objectif, qui prend acte du fait que seulement 8 % de la production européenne est échangée entre les divers espaces nationaux, repose sur deux volets. Le premier, que nous détaillerons *infra*, porte sur les règles de tarification transfrontalières et de gestion des congestions. Le second correspond à la mise en œuvre d'un plan d'infrastructures européennes visant à pallier les faiblesses physiques des interconnexions européennes et à régler par l'action publique la question des congestions. Cette potentialité ouverte par la Commission Européenne illustre à notre sens la place qui existe potentiellement pour action publique volontariste au niveau européen. Paradoxalement, la Commission semble la seule avocate d'une action publique résolue à l'échelle européenne. A l'opposé, les Etats semblent convertis à la convention de la réglementation absente.

---

<sup>396</sup> Commission européenne, (2001), « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité », COM (2001)-125, 2001-0077 et 0078 (COD), Bruxelles, le 13 mars.

<sup>397</sup> Commission européenne, (2001), « Vers un marché unique de l'énergie en 2005 », IP/01/356, Bruxelles, le 13 mars.

En ce qui concerne les échanges transfrontaliers, il s'agit principalement de lever les principaux obstacles aux transferts d'énergie intracommunautaires. Les difficultés sont d'ordre réglementaire et physique. L'une des principales difficultés réglementaires tient au cumul des droits d'accès au réseau en cas de transit entre plusieurs espaces nationaux (*pancaking*). Au point de vue technique, la faiblesse des interconnexions entre les différents espaces nationaux limite le potentiel d'échange entre les pays membres. Du fait de l'existence de telles congestions, il convient de veiller sur le caractère transparent et non discriminatoire des procédures d'accès à ces infrastructures sous-dimensionnées. Le risque pointé par la Commission est que les firmes en place profitent de ces congestions (et les favorisent) pour réduire la disputabilité de chaque marché national.

Ces réflexions se situent dans la prolongation du Forum de Florence, réunissant depuis 1998, la Commission, le Conseil des régulateurs européens et l'association des gestionnaires de réseaux de transport (*ETSO- European Transmission System Operators*). La lutte d'influence entre la Commission et les régulateurs conduit celle-ci à proposer de résoudre la question par voie réglementaire, tout en respectant le principe de subsidiarité<sup>398</sup>. La proposition européenne s'organisait autour de l'harmonisation des charges d'accès ou de transit pur, des obligations d'information quant à l'état du réseau et à la gestion des congestions.

Les projets de la Commission ont été contrariés par un front commun franco-allemand à Stockholm en mars 2001. A la veille du sommet de Barcelone, un an plus tard, la France était prête à accepter une libéralisation plus profonde du marché du moment où les consommateurs domestiques n'étaient pas concernés par l'éligibilité et où chaque état conservait une liberté quant à la fixation et aux modalités de mise en œuvre des missions d'intérêt général.

### *Les conclusions du sommet de Barcelone (mars 2002)*

La préparation du sommet de Barcelone a permis encore une fois de mettre en évidence l'ampleur des difficultés que pose à EDF l'ouverture partielle du marché électrique français.

---

<sup>398</sup> L'article 8 du projet de directive indiquait : « *les autorités de réglementation nationales veillent à ce que les tarifs nationaux et les méthodes de gestion de la congestion soient fixés et appliqués conformément au présent règlement et aux orientations adoptées sur la base de l'article 7* ».

Outre les accusations de *dumping* formulées au niveau européen<sup>399</sup>, la question du financement de l'entreprise reste posée. En effet, la politique de croissance externe d'EDF rend indispensable l'apport de nouveaux capitaux. La dernière subvention publique en faveur d'EDF remonte à 1982. Ses tarifs sont régulés et elle doit verser 37.5 % de son résultat avant impôt à son actionnaire<sup>400</sup>. L'apport de nouveaux capitaux ne peut passer que par l'ouverture du capital (i.e. la privatisation partielle) ou une décision publique autorisant des ajustements tarifaires (notamment quant à l'obligation d'achat, sur laquelle nous reviendrons), l'autorisation de s'affranchir du principe de spécialité pour s'implanter dans de nouvelles activités<sup>401</sup> ou un apport en capital étatique. Le chapitre IV nous montrera que les deux premières propositions n'ont que très peu de chance d'aboutir. L'idée d'apporter de nouveaux financements publics se heurtera, comme l'a montré Henri Guaino au contrôle de la Commission quant aux aides publiques. La seule voie pour EDF, dans le nouvel environnement qui est le sien du fait de la directive de 1996, demeure donc l'éligibilité totale sur le marché français, de façon à se dégager des critiques européennes et d'ouvrir son capital pour financer sa politique de croissance externe.

Le compromis de Barcelone s'inscrit dans cette logique<sup>402</sup>. Le marché sera ouvert à l'ensemble des professionnels dès 2003, avant de l'être aux consommateurs domestiques à l'horizon 2005. La logique impulsée par la directive de 1996 est donc allée jusqu'à son terme.

---

<sup>399</sup> Le 13 mars dernier, le Parlement européen a adopté en première lecture un projet de directive induisant une libéralisation complète des secteurs électriques et gaziers. Trois amendements visant spécifiquement EDF ont été adoptés. Les deux premiers apparaissent comme indéfendables juridiquement. Il s'agit d'une obligation de réciprocité sur le territoire français dès lors qu'EDF acquiert des capacités en Europe et l'obligation de sortie des comptes de la firme des provisions constituées pour le démantèlement des centrales nucléaires. Les parlementaires accusent EDF de s'appuyer sur celles-ci pour obtenir des facilités financières pour ses acquisitions. Le troisième amendement exige la séparation juridique entre EDF et le RTE.

*Les Echos*, « Libéralisation de l'énergie : la pression monte sur la France avant le sommet de Barcelone », 14 mars 2002.

<sup>400</sup> *Le Monde*, entretien avec François Roussely, PDG d'EDF, le 10 janvier 2002.

<sup>401</sup> Nous reviendrons sur le principe de spécialité dans notre chapitre IV. Mais nous pouvons d'ores et déjà noter que le Comité Interministériel d'Aménagement du Territoire (CIADT) de juillet 2001 a autorisé le RTE à déployer de la fibre optique sur son réseau. Concurrencer France Télécom pour l'accès à Internet via le réseau électrique est donc théoriquement possible (faute de l'être légalement). La filiale d'EDF, *London Electricity*, propose déjà ce service à ses abonnés. L'intérêt pour l'Etat réside dans le fait où l'Internet à haut débit pourrait devenir accessible pour l'ensemble du territoire national.

<sup>402</sup> La Commission était susceptible d'ouvrir les marchés d'autorité en utilisant l'article 86 du traité de Rome. *Actualité des industries de réseaux en Europe*, mars 2002.

## Chapitre 3 : Les conventions de réglementation situées

L'objet de ce troisième chapitre est de présenter les fondements théoriques, ainsi que les applications concrètes de la convention de réglementation autrichienne et de la convention de service public. L'analyse des conventions de réglementations situées suppose de ré-interroger les dynamiques théoriques et historiques que nous avons mises en évidence dans nos deux premiers chapitres. Les inefficiences dynamiques de la convention de réglementation absente seront revues à travers le prisme de la théorie autrichienne. La contestation Hayékienne de la théorie de la concurrence pure et parfaite nous permet de dégager les fondements théoriques et les principales caractéristiques de ce que pourrait être une convention autrichienne de réglementation. De la même façon, reconsidérer les dynamiques historiques des systèmes électriques français et américains nous permet de mettre en évidence les fondements de la convention de service public qu'il est possible. Les apports de Commons et de Duguit jettent les bases théoriques de la convention de réglementation de "service public".

Notre première section traitera de la contestation théorique de la convention de réglementation absente. La question du constructivisme régulateur sera au cœur de l'analyse. Il s'agit de voir si des règles d'organisations posées par le législateur et mises en œuvre par le régulateur sont à même de construire un marché de concurrence pure et parfaite. Les liens étroits entre les outils théoriques, les règles d'organisation du secteur et la dynamique de celui-ci, liens participants d'une cohérence issue de la convention de réglementation, seront analysés au travers de la théorie autrichienne de la réglementation et de la notion de "cadre-débordement" due à Michel Callon. En effet, les doutes, qui se font jour quant au caractère transitoire de la régulation, nous conduiront à aborder les prescriptions de l'économie de tradition autrichienne en matière de réglementation économique. Nous nous interrogerons sur les fondements théoriques, sur les prescriptions pratiques et enfin sur les traductions institutionnelles de ce que pourrait être une convention autrichienne de réglementation.

Notre seconde section partira des insuffisances de la convention autrichienne en matière de réglementation pour essayer de définir ce que pourrait être une convention de réglementation de service public. Reprenant une conception de l'action économique et une théorie de la connaissance assez proches, ces deux conventions ne se distinguent pas moins quant à leurs prescriptions pour l'action publique. La convention de la réglementation de service public est née, à notre sens, entre 1906 et 1907, simultanément des deux côtés de l'Atlantique. Les traductions institutionnelles du vieil institutionnalisme américain et de l'école juridique

française du service public ont permis l'émergence d'une convention de réglementation pragmatique, située et réflexive. Celle-ci repose sur le jeu conjoint d'une législation soucieuse de poser des principes garantissant la recherche d'une efficacité productive de long terme et d'un objectif de justice sociale, avec une mise en œuvre et un approfondissement de la loi assurés par le jeu de la jurisprudence. Il ne s'agit donc pas d'un cadre de type autrichien dans lequel le rôle de la jurisprudence est primordial pour dégager les règles de juste conduite nécessaires au bon fonctionnement du marché. Au contraire, l'action de la jurisprudence s'intègre dans le cadre de la loi du service public qu'elle précise, approfondit et adapte à l'action économique. Nous verrons enfin, comment la dynamique de la convention de la réglementation extérieure (dans son volet minimaliste du monopole privé réglementé) s'est de la même façon progressivement imposée aux Etats-Unis, sous l'effet de l'accroissement des rendements d'échelle dès les années trente.

La présentation de ces deux dernières conventions de réglementation achèvera la construction du cadre théorique que nous confronterons, dans notre quatrième chapitre, à l'analyse quantitative et qualitative de l'activité du Conseil de la Concurrence. Il s'agira alors de mettre en évidence la prégnance des différentes conventions de réglementation dans le cadre institutionnel français et d'essayer d'envisager quelles pourraient être les dynamiques possibles de la branche.

### **III.1 Contestation de l'efficacité économique de la convention de la réglementation absente.**

#### **III.1.1 La construction de marché de concurrence pure et parfaite par des règles d'organisation**

Cette section traitera de la possibilité d'influencer le fonctionnement de l'économie dans un sens jugé collectivement préférable par le jeu sur les règles de droit organisant le marché. Si notre seconde sous-section, relative à l'analyse autrichienne de la réglementation, revient sur la question de la possibilité de construire un marché concurrentiel à partir de règles d'organisation, notre première sous-section va s'attacher à l'encastrement politique de l'économie. Elle vise à mettre en évidence l'influence des outils de gestion et des règles de

régulation comme artefacts susceptibles de “performer” tant les structures productives que la configuration institutionnelle des marchés<sup>403</sup>. La logique, que nous nous proposons de mettre en évidence, nous conduira à nous interroger sur les influences croisées existantes entre d’une part les conventions qui sous-tendent l’action publique et la construction des règles juridiques, c’est-à-dire les équipements théoriques et d’autre part les équipements matériels et les configurations organisationnelles de la filière électrique. Les conventions de réglementation extérieure et de réglementation absente peuvent illustrer ce processus.

La première convention se caractérise par la mise en place d’outils de gestion destinés à simuler les mécanismes concurrentiels (tarification au coût marginal) tout en orientant les choix individuels dans un sens jugé conforme à l’intérêt général (maximisation du rendement social). La seconde est marquée par l’introduction de dispositifs régulateurs visant à rendre possible la concurrence sur des marchés autrefois caractérisés par la présence de monopoles naturels (*unbundling*, accès des tiers au réseau...). A l’intérieur de ces deux contextes historiques seront observés les mécanismes par lesquels la théorie économique sous-jacente à la convention de l’Etat<sup>404</sup> et donc à la convention de réglementation, va se traduire d’abord dans les règles de droit encadrant le secteur et dans un second temps dans les règles de gestion dont se dotent les firmes. Elles exerceront ensuite une influence sur la configuration organisationnelle et les structures productives du secteur. De ce fait, elles renforceront ou affaibliront la convention sous-jacente. Pour reprendre les termes de Robert Salais et Michael Storper, la conception et le développement de l’action publique dépendent de ce qui est tenu pour légitime par les agents économiques. L’action publique doit s’appuyer sur les anticipations des agents, elles-mêmes fondées en partie sur des représentations basées sur les résultats communément admis de la science économique en un lieu et en un instant donné. Comme nous l’avons vu, les conventions de la réglementation extérieure et de la réglementation absente s’inspirent respectivement de la convention de l’Etat extérieur et de la convention de l’Etat absent. Toutes deux reposent sur une théorie de la connaissance assez proche. Dans les deux cas le législateur peut avoir accès à une fonction objective de bien-être social. Ce dernier peut alors en dériver des prescriptions quant à la réglementation optimale des services publics. La différence entre les deux approches réside en la position dévolue aux pouvoirs publics. Dans la convention de réglementation extérieure, ceux-ci se voient dotés de

---

<sup>403</sup> Cette sous-section s’inspire de notre communication au colloque 2001 du Clersé.  
Marty F., (2001), *op. cit.*

<sup>404</sup> Salais R. et Storper M., (1993), *op. cit.*

la capacité à intervenir directement dans l'économie pour pallier les défaillances du marché à la maximisation du rendement social. Dans la convention de la réglementation absente, il s'agit, à l'inverse, de tenir compte des défaillances publiques et de faire en sorte de réduire autant que faire se peut ses interventions. Cependant, il existe toujours une fonction de rendement social que l'on se doit de maximiser. La démarche est alors de se reposer sur la main invisible des marchés en construisant un ensemble d'institutions à même de favoriser la constitution de marchés de concurrence pure et parfaite. Dans les deux cas l'action publique passe par une ambition constructiviste.

La construction sociale des marchés via les règles de droit a été très précocement mise en évidence, notamment par le vieil institutionnalisme américain<sup>405</sup>. J.R. Commons (cité par Steiner<sup>406</sup>) notait : « à la différence de la "lutte pour l'existence" qui régit la nature, la concurrence est une construction sociale reposant sur l'action collective qui sanctionne moralement, économiquement et physiquement. La théorie de la libre concurrence développée par les économistes n'est pas une tendance naturelle vers un équilibre mais c'est un idéal pour l'action publique mis en œuvre par les tribunaux, que l'on atteint en limitant la lutte naturelle pour l'existence<sup>407</sup> ». De la même façon, l'intuition que les règles de droit et les outils économiques exercent une influence réelle sur la structuration du marché, remonte aux conclusions de Max Weber pour lequel l'émergence du capitalisme moderne était consubstantiellement liée à la diffusion des règles comptables. Il existe donc une interaction entre l'équipement théorique (la règle comptable) et les structures productives elles-mêmes.

Si nous reprenions des raisonnements de sociologie économique, il serait possible de considérer l'économie, dans son volet normatif, notamment dans nos deux conventions de l'Etat extérieur et de l'Etat absent, comme une science performative. La science économique, selon les termes de Michel Callon<sup>408</sup>, participe à la "performation", c'est-à-dire à la construction, à la structuration de l'activité économique. Il existe donc des médiations, des effets de structuration croisés entre la théorie économique (*economics*) et l'activité économique (*economy*). Cependant, il ne s'agit pas d'un simple encastrement cognitif des décisions économiques, mais d'une imbrication dynamique des deux dimensions, telle qu'il devient impossible de distinguer l'artefact du réel. Selon Callon, la théorie économique est un

<sup>405</sup> Dans le sens d'*Old Institutionnalism*.

<sup>406</sup> Steiner P., (1999), *La sociologie économique*, Repères - La découverte, Paris, 123 p.

<sup>407</sup> Commons J.R., (1954), *op. cit.*

<sup>408</sup> Callon M., (1998), *op. cit.*

instrument de structuration, de mise en forme (*framing*) de l'économie-chose. L'économie-discipline formate l'économie-chose via la médiation qu'elle exerce à travers les règles de droit qu'elle inspire et les outils dont elle dote les agents économiques. Les enseignements de la théorie économique déterminent en partie les conventions de l'Etat entre les personnes (et sont déterminés en retour par celles-ci). De ces équipements théoriques sont issus les règles de droit et les règles de gestion. Il s'agit d'éléments légaux, matériels ou cognitifs, issus des volets normatifs de la science économique et formatant peu à peu les comportements des agents et les structures de marché. En retour, les théories vont se voir soit "validées" si l'action de cadrage l'emporte (effet auto-légitimant) soit mises en cause si le débordement prédomine.

L'efficacité normative des prescriptions issues des modèles économiques est, en effet, limitée par le phénomène de débordement (*overflowing*). L'action de formatage de l'économie réelle ne peut être un succès total dans la mesure où des actions non prévues sont observées ou des comportements de recherche d'opportunité de profit se déploient en tenant compte des nouvelles règles. Des théories pouvant se rapprocher, sur certains points, de cette dynamique de "cadrage / débordement" mettent en évidence l'impossibilité logique de construire un marché parfait à partir des prescriptions d'un modèle théorique donné<sup>409</sup>. Les acteurs économiques utilisent des connaissances spécifiques liées au moment et au lieu et mobilisent pour prendre leurs décisions une rationalité située, structurée par leurs représentations et souvent assise sur des conventions. Comme le montrent S.Deakin et S.Pratten<sup>410</sup>, une politique publique visant à libéraliser totalement le fonctionnement d'un secteur tel l'électricité en faisant en sorte de rendre peu à peu inutile l'action d'un régulateur spécialisé (cas des autorités de régulation françaises et britanniques) n'a que peu de chance de parvenir à ses fins. Il se crée, en effet, un "besoin de réglementation", lié au fait que les agents utilisent les règles dans des situations non prévues par les décideurs publics.

### III.1.1.1 Influences croisées entre les outils de gestion et les équipements producteurs

---

<sup>409</sup> Kirzner I., (1978), *op. cit.*

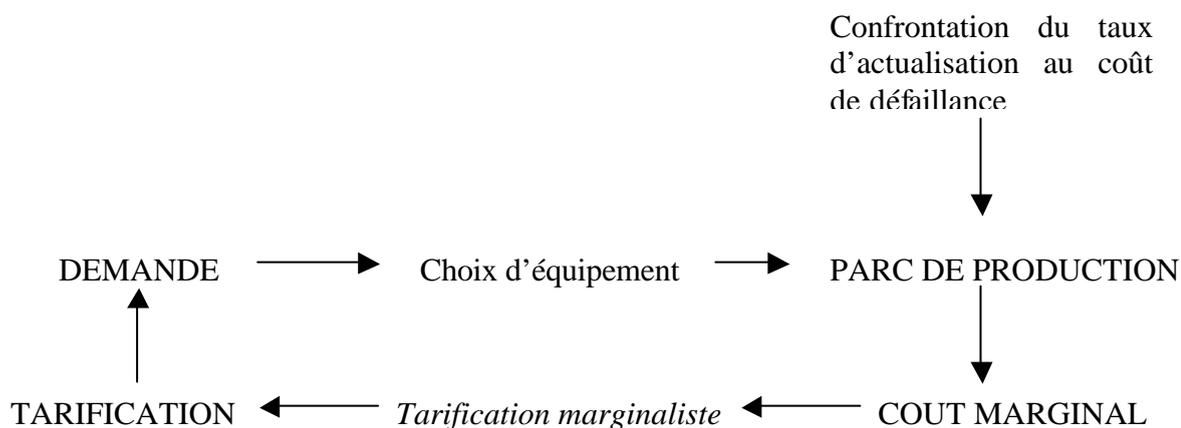
<sup>410</sup> Deakin S. et Pratten S., (1999), « Reinventing the market ? Competition and regulatory change in broadcasting », *Journal of law and society*, vol. 26, n°3, September , pp 323-350.

Il s'agira de présenter à travers deux cas quelle peut être l'influence performative des règles de gestion sur la structure des équipements productifs des firmes électriques. Les approches normatives de la réglementation se caractérisent par un projet commun de "formatage" de la structure et du fonctionnement des marchés en fonction de prescriptions déduites de théories permettant de définir l'optimum économique *ex ante* et extérieurement à la coordination elle-même. L'électricité est l'un des secteurs pour lesquels des imperfections entravent l'atteinte spontanée de cet optimum par les mécanismes purs de marché. En conséquence, les règles publiques doivent être profilées de façon à corriger ces imperfections et de restaurer les mécanismes nécessaires à l'atteinte de l'optimum. Deux cas seront donc présentés. Le premier correspond à la politique de tarification et de choix d'investissement d'EDF. D'une part, les règles de gestion et de calcul économique adoptées peuvent avoir un effet auto-légitimant sur les décisions prises et d'autre part peuvent conduire à une situation paradoxale dans laquelle ce sont les équipements productifs qui viendraient dicter leur loi aux équipements théoriques. En d'autres termes, l'effet de *lock-in* créé par la chronique des décisions d'investissement passées viendrait à contraindre la stratégie de la firme et remodelerait implicitement sa fonction objective. Le second exemple traite des conséquences sur le parc productif américain des règles de régulation appliquées. Nous verrons comment les stratégies que déploient les firmes face à celles-ci contribuent à donner un caractère sous-optimal au parc électrique. Il s'agit de montrer comment la non-optimalité ou la capacité insuffisante de *framing* d'une règle prescriptive peut conduire à des équipements productifs non optimaux, notamment du fait du phénomène d'*overflowing*.

#### - Les rétroactions positives de la boucle investissement / tarif d'EDF

Le modèle allaisien, tel qu'il fut adapté et mis en œuvre, a conduit EDF à mettre sur pied des instruments de gestion visant à orienter les choix des consommateurs dans un sens conforme à l'intérêt général. En d'autres termes, il faut distordre ces choix de façon à les rendre cohérents avec le parc optimal minimisant le coût social à long terme de la fourniture. De ce parc optimal, sont déduits des coûts marginaux à long terme (coût de développement) servant de base à la tarification. Or la boucle investissements / tarifs ainsi créée pose un problème lié à son caractère auto-renforçant. Les prévisions d'EDF concernant la demande déterminent ses choix d'investissements. La résultante de la planification de ceux-ci est la définition d'un parc de production optimal. De ce parc se déduit un coût marginal à l'origine de la tarification de la firme. Les choix des consommateurs devant être orientés dans le sens de l'intérêt général, les

tarifs appliqués dès la période  $t_0$  doivent être conformes à ceux qu'ils seraient si la firme disposait d'ores et déjà de l'outil de production optimum. Le tarif déterminant dans une large mesure le volume et la structure de la demande, la boucle est bouclée. Reste alors à savoir si, à terme, les choix d'investissements issus du calcul économique à la base du modèle EDF ne s'auto-légitiment pas en formatant la réalité, dans la mesure où ils déterminent les tarifs. Il convient cependant de mettre en exergue le fait qu'il existe, dans le modèle EDF, une force de rappel, constituée par la définition du taux d'actualisation des investissements.



- Instruments de régulation et structuration de l'appareil productif aux Etats-Unis.

Les instruments de régulation utilisés pour contrôler le secteur de l'électricité aux Etats-Unis peuvent aussi être à l'origine d'inefficiences dans la structure des parcs de production électriques. Par exemple, comme nous l'avons vu dans notre II.2, le cas californien, avec ses coupures d'électricité, est lié à un chronique sous-investissement. Celui-ci peut survenir lorsque le secteur est seulement régulé par des *price caps* (prix plafonds)<sup>411</sup>. Les firmes connaissant leur prix de vente vont maximiser leur profit en minimisant leur coût, c'est-à-dire

<sup>411</sup> L'impossibilité de stocker l'énergie électrique fait que l'offre doit à tout moment égaler la demande. Les aléas quant à la prévision de la demande font que les firmes doivent sur-dimensionner leur parc afin de pouvoir faire face. Si la régulation ne se fait que par des prix plafonds, les firmes n'ont aucune incitation économique à mettre en place des réserves de capacités. La seule issue serait d'abandonner la régulation par *price cap* et de laisser aux firmes la plus entière liberté de prix du moment où aucune défaillance n'est possible. Dans des conditions de concurrence pure et parfaite, les firmes seraient dans une situation de quasi-faillite tant que le parc ne serait pas utilisé au maximum. En contrepartie, lors de la congestion, elles seraient libres d'augmenter comme bon leur semble les prix pour se refinancer. Une telle solution est bien sûr socialement inacceptable. La solution retenue en France était d'inscrire dans les contrats de plan Etat / EDF un coût de défaillance, s'intégrant dans les choix d'équipement d'EDF et indiquant quel est le niveau de risque de défaillance accepté collectivement afin d'éviter un surdimensionnement du parc.

Varoquaux W., (1996), *op. cit.*

en sous-investissant ou en taillant dans les investissements de maintenance et de développement des infrastructures. Ces dysfonctionnements apparaissent quand le contrôle ne porte pas sur la planification des investissements. Seule celle-ci est à même de garantir la minimisation du coût de développement, sauf à supposer que le parc soit instantanément ajusté à sa structure optimale (modèle de Jorgenson). Le cas peut se retrouver pour une simple régulation par les coûts. Nous sommes alors dans une formule *rate of return*, dans laquelle le régulateur garantit à l'opérateur que ses coûts lui seront remboursés. Le risque sera ici d'encourager un sur-investissement purement anti-économique (effet d'Averch-Johnson).

Le troisième cas de figure lié à l'absence de planification publique ou du moins d'accompagnement public des programmes d'investissement est aussi observable aux Etats-Unis. Il s'agit du phénomène des *idle capacities* ou capacités dormantes<sup>412</sup>, que nous avons déjà évoqué dans notre section I.2. La tarification au coût moyen induit donc des effets pervers (surdimensionnement du parc) dans la mesure où l'utilisateur responsable de la pointe n'a pas d'incitation à reporter sa consommation. Ces capacités dormantes, exemple typique d'investissements non optimaux socialement, sont, à notre sens, la rançon à payer pour l'absence de considération de l'intérêt collectif tant dans la tarification que dans la planification des investissements.

### III.1.1.2 L'influence des équipements théoriques

Les politiques actuelles de libéralisation visent à créer des marchés de concurrence pure et parfaite à partir de l'application d'outils de régulation. La nouvelle économie publique et la nouvelle économie institutionnelle intègrent les apports de la théorie des choix publics au cadre de référence allaisien. Face à un Etat défaillant<sup>413</sup> et inapte à porter l'intérêt général, la théorie économique serait à même de fournir des modèles théoriques d'un degré de rationalité encore supérieur, permettant de mettre en place des contrats incitatifs ou des structures de gouvernance conduisant la société à l'obtention d'un optimum de second rang. Cette optique d'ingénierie institutionnelle à partir du modèle de la concurrence pure et parfaite se retrouve dans les schémas de déréglementation inspirés de l'expérience britannique. Il s'agit ici de créer les conditions institutionnelles et concurrentielles de l'établissement d'une concurrence qui

---

<sup>412</sup> Pineau P.O., (1998), *op. cit.*

<sup>413</sup> Laffont J.J., (2000), *op. cit.*

devra se rapprocher autant que faire se peut des critères définis par l'idéal type walrasien afin d'atteindre l'optimum à travers les ajustements de marché. Le but de la réglementation est donc, selon l'expression de Simon Deakin<sup>414</sup>, de construire le marché. Les outils réglementaires visent à rendre réel ce qui est rationnel. La réglementation sera un succès si elle réussit à recréer *in vivo*, les hypothèses *ad hoc* du modèle. Cette posture constructiviste néoclassique peut s'illustrer à travers l'examen des prescriptions de séparation des services et des infrastructures ou les règles d'accès des tiers aux réseaux, issues de la théorie des marchés disputables. Après avoir présenté les politiques de performance de l'économie réelle que cette convention de l'Etat absent induit, nous verrons de quelle façon elle est remise en cause par l'existence des débordements. Une seconde sous-partie montrera que la dynamique de cadrage / débordement ne condamne pas obligatoirement toute action publique active visant à influencer sur les mécanismes marchands.

- Les théories normatives de l'action publique ou comment rendre réel ce qui est rationnel via les règles de droit

*Le constructivisme néo-classique : Edifier par les règles de droit des marchés parfaits. Du marché des fraises en Sologne au marché européen de l'électricité*

Il existe un paradoxe dans les prescriptions des modèles normatifs préconisant la libéralisation du secteur de l'électricité, perceptible notamment dans l'organisation électrique anglaise<sup>415</sup>. En effet, dans l'organisation britannique, le régulateur doit créer le marché et distordre son évolution spontanée, si celle-ci ne se fait pas dans un sens conforme au modèle de concurrence pure et parfaite prise comme référence externe. L'objectif de la réglementation est donc de formater la réalité afin de la faire coïncider avec un modèle théorique défini de l'extérieur et devant permettre de maximiser le bien être social.

Ce schéma de réglementation, conforme à l'idéal néoclassique d'un marché "spot" fait écho à une convention d'un Etat absent. L'agence de réglementation doit œuvrer à créer les

---

<sup>414</sup> Deakin S. et Pratten S., (1999), *op. cit.*

<sup>415</sup> Dont la commission européenne s'est explicitement inspirée pour élaborer sa directive.

conditions d'existence d'un marché de concurrence pure et parfaite<sup>416</sup>. Elle doit donc travailler à se rendre inutile bien qu'elle se réserve jalousement le rôle d'orienter les comportements individuels dans le cadre d'un modèle réputé optimal socialement, défini extérieurement aux acteurs. Dans le cadre des prescriptions d'un modèle théorique, l'autorité de réglementation doit œuvrer à préserver l'intégrité du marché face aux atteintes constituées par la coordination des acteurs de celui-ci. La réglementation a ici pour rôle paradoxal de créer le marché<sup>417</sup>, bien que la conception de l'ordre économique qui anime le régulateur ne soit plus celle d'un ordre construit mais d'un ordre spontané<sup>418</sup>. Le mécanisme pur de marché est alors censé réaliser automatiquement l'optimum et ce sans délais ni déséquilibres. Dans le cadre de l'équilibre général walrasien, le rôle de la loi, conçue comme instrument de cadrage, de performance de l'économie-réelle, est de lever les barrières à l'échange, de supprimer les imperfections de marché. Selon R.Posner<sup>419</sup>, le rôle de la loi est de conduire l'économie réelle aux conditions de l'efficacité économique. Comme le notent Deakin et Pratten, l'idée que la performance de l'économie par la loi peut améliorer l'efficacité des marchés trouve l'une de ses meilleures traductions dans le théorème du coût social de Ronald Coase<sup>420</sup> : « *There is no reason why, on occasion, such governmental administrative action should not lead to an improvement in economy efficiency* ».

Les exemples de construction d'un marché par des règles inspirées du cadre de l'équilibre général walrasien sont nombreux. Citons, par exemple, le cas du marché des fraises de Sologne<sup>421</sup> pour lequel la théorie économique pure fut à la base de l'établissement des règles. La libéralisation des services publics européens par la Commission de Bruxelles fournit un autre exemple de ce cadrage<sup>422</sup>. Cet exemple est d'autant plus intéressant que la Commission s'appuie sur des articles généraux relatifs au droit de la concurrence, issus du Traité de Rome et qui étaient tombés en désuétude<sup>423</sup>. Dans ce cas, la règle de droit a été saisie comme une ressource pour mener à bien un projet volontariste de transformation des structures

---

<sup>416</sup> Nous songerons ici au fonctionnement en pool de l'ancien marché de l'électricité anglais. Nous retrouvons un idéal-type walrasien. Offres et demandes sont centralisées par le commissaire priseur, les contrats ne sont plus bilatéraux. Les échanges se font au prix d'équilibre, le coût de production de la dernière centrale appelée.

<sup>417</sup> Deakin S. et Pratten S., (1999), *op. cit.*

<sup>418</sup> Cela revient à considérer le marché comme un construit juridique tout en insistant sur sa naturalité.

<sup>419</sup> Posner R., (1992), *Economic analysis of law*, Little Brown, 4<sup>e</sup> édition, Boston.

<sup>420</sup> Coase R.H., (1960), « The problem of social cost », *Journal of law and economics*, 3, pp.1-44.

<sup>421</sup> Garcia M.-F., (1986), « Le marché des fraises en Sologne », *Actes de la recherche en sciences sociales*.

<sup>422</sup> Cohen E., (1995), « L'Europe entre marché et puissance. Le cas des politiques de l'industrie. Spécialisation, technologie, concurrence, commerce extérieur », in Mény Y., Muller P. et Quermonne J.-L., *Politiques publiques en Europe*, L'Harmattan, Paris, 352p.

<sup>423</sup> Il s'agit des articles 222, 85, 86, 90-1, 90-2 et 90-3 du Traité.

productives. Le fait que les articles sur lesquels s'appuie cette politique n'ont pas été initialement rédigés à cet effet illustre la capacité performative de la règle de droit mais aussi les ressources qu'elle offre aux individus. E.Cohen considère cet "expansionnisme" de la norme juridique comme un effet de débordement<sup>424</sup>. Comme nous le verrons quand nous aborderons le cadre d'analyse institutionnaliste (dans notre sous-section III.2.1), ce phénomène n'est qu'une illustration de la construction réflexive et simultanée de la jurisprudence européenne et des marchés dérégulés. En d'autres termes, par la mobilisation des règles de droit qui leur sont disponibles, les agents peuvent être à l'origine d'un processus de cadrage à la fois de l'économie – réelle (les équipements productifs), mais aussi des règles de droit (les équipements théoriques).

Les difficultés britanniques nous conduisent à revenir sur le processus de dérégulation initié par Margaret Thatcher. Les débats de l'époque montrent que la libéralisation engagée s'appuyait sur les bases fournies par l'économie de tradition autrichienne. Or, l'entreprise de "cadrage" menée appartient comme nous l'avons vu à une convention de l'Etat extérieur donc repose peu ou prou sur la théorie de l'équilibre général. Nous nous interrogerons donc sur ce glissement observé dans cette tentative de construction du marché afin d'examiner la cohérence logique de la réforme.

### *L'impossibilité logique de construire le marché : découverte des débordements*

Le glissement britannique entre une conception du marché saisi comme un ordre spontané et l'idée de le construire par la réglementation ne correspond pas simplement à un écart entre théorie et pratique, ou à une simple dérive, mais correspond à une véritable "conversion", c'est-à-dire à un basculement d'une convention de l'Etat à une autre. S'il apparaît nécessaire de mettre en place des institutions durant la phase d'introduction des mécanismes concurrentiels, il n'en demeure pas moins que celles-ci se révèlent d'expérience des construits durables et non de simples échafaudages provisoires<sup>425</sup>. Alors que les tenants de la dérégulation<sup>426</sup> pensaient que ceux-ci seraient appelés à s'effacer au profit de juridictions de

---

<sup>424</sup> « Voici comment à partir d'articles du Traité de Rome rédigés en termes imprécis et pour un tout autre usage, l'expansionnisme juridique communautaire a abouti à un nouveau traité ».

<sup>425</sup> Bergougnoux J., (2000), *op. cit.*

<sup>426</sup> Cf. Les rapports Littlechild rédigés pour le compte de M.Thatcher. Littlechild S., (1984), *Regulation of British telecommunications profitability.*

droit commun, une fois le marché installé, la réglementation devient galopante. Ce besoin en réglementation est lié au fait que les actions des agents économiques se positionnent par rapport à ces contraintes réglementaires et adoptent des stratégies de recherche de profit par rapport à celles-ci. Selon S.Deakin et S.Pratten, certains des échecs de la déréglementation britannique sont issus du fait que celle-ci repose sur des règles ayant pour objectif d'orienter la coordination dans des directions spécifiques, autrement dit, de viser une certaine distribution des ressources. Comme nous le verrons dans la partie suivante, les Autrichiens refusent toute intervention ou interférence dans l'ordre de marché. Le réglementeur ne pourra jamais disposer des connaissances dispersées entre tous les individus et traduire leurs intérêts. Il est inapte à créer un marché. L'action du régulateur qui apparaissait comme provisoire, le temps de créer le marché, va devenir sans cesse croissante et de plus en plus indispensable. Comme nous allons le voir, la mauvaise définition de ce qu'est un processus de marché va être à l'origine d'une inflation réglementaire galopante (la "re-réglementation"), laquelle ne sera qu'une manifestation de la course entre les tentatives de cadrages et les débordements.

### **III.1.2 Critique du libéralisme néoclassique à partir d'une approche autrichienne de la réglementation**

L'application en France des directives européennes relatives au marché de l'électricité induit une mutation institutionnelle, laquelle doit se resituer dans un vaste mouvement de libéralisation amorcé dans les années quatre-vingt au Royaume-Uni et visant à restaurer les processus de marché<sup>427</sup>. L'opposition de l'économie de tradition autrichienne à la régulation publique semble être, *a priori*, l'un des soubassements théoriques de cette nouvelle orientation économique<sup>428</sup>.

Cependant, il convient de s'interroger si cette nouvelle réglementation, paradoxale en ce sens qu'elle vise à créer un marché<sup>429</sup>, ne se rattache pas plutôt à l'économie standard néoclassique. D'une part, la réglementation vise à créer les conditions d'une allocation pareto-optimale en visant à susciter les conditions de la concurrence pure et parfaite. Dans cette

---

Littlechild S., (1986), *Economic regulation of privatised water services*.

<sup>427</sup> Green R., (1998), « Electricity deregulation in England and Wales », in Zaccour (s.d.), *Deregulation of electric utilities*.

<sup>428</sup> Littlechild S., (1986), *Economic regulation of privatised water service*, HSMO, London.

<sup>429</sup> Deakin S. et Pratten S., (1999), *op cit*.

optique, le rôle de la réglementation est de corriger les imperfections du marché<sup>430</sup>. Or, la tradition autrichienne refuse de se focaliser sur une conception statique de l'efficacité allocative pour s'attacher plutôt à celle du processus concurrentiel lui-même<sup>431</sup>. D'autre part, pour F. Hayek, la nature dispersée et fragmentaire des connaissances conduit à saisir le marché comme un processus évolutionnaire de découverte dont le résultat final ne peut être, à l'inverse des hypothèses de départ des analyses néoclassiques, connu *ex ante*. Dans cette optique, une intervention réglementaire publique quelle qu'elle soit (*thesis*) ne saurait qu'interférer dans l'ordre spontané de marché. La tradition autrichienne rejette donc l'idée d'une réglementation visant à corriger les "défaillances" du marché, à le rendre plus parfait voire à le compléter. En outre, l'analyse autrichienne de la réglementation met l'accent sur l'incapacité de celle-ci à se substituer au processus de découverte d'opportunités de gains assuré sur le marché par les entrepreneurs. Celle-ci peut même le bloquer. Elle peut, par ailleurs, engendrer comme effet secondaire non désiré un nouveau processus de découverte issu de l'existence de la réglementation elle-même, celui-ci pouvant conduire à un état final de l'économie peut-être moins désirable que celui qu'aurait atteint spontanément le marché.

L'analyse autrichienne de la réglementation insiste sur le libre accès au marché des concurrents potentiels. Cette liberté est l'instrument fondamental de la découverte de nouvelles opportunités de profit. L'approche autrichienne se distingue de la réglementation néoclassique en ce sens qu'elle ne condamne pas *a priori* les phénomènes de concentration. En effet, les imperfections de marché ne sont pas à supprimer *ex ante* par l'intervention de la réglementation dans la mesure où ce sont celles-ci qui constituent le cœur du processus de marché en offrant aux entrepreneurs des opportunités de profit. A l'inverse, dans le cadre de la concurrence pure et parfaite, les informations et les ressources circulent librement et instantanément en réponse au mécanisme des prix. Ainsi, toute opportunité de profit est immédiatement saisie. La théorie de la connaissance, à la base de la tradition économique autrichienne, repose sur la conception d'un savoir fragmentaire et situé<sup>432</sup>. Elle conduit donc au double refus de l'intervention publique dans la formation des prix, qui passe par le calcul économique public (réputé impossible en l'absence de prix de marché), et de la réglementation de la concurrence. En effet, la vision d'une gestion publique centralisée ou de celle d'un marché *spot* se fonde sur les mêmes prémisses d'une connaissance accessible

---

<sup>430</sup> Posner R., (1992), *Economic analysis of law*, 4<sup>th</sup> edn.

<sup>431</sup> Wisman J., (1985), « Economics, subjectivism and public choice », *Market process*, (3) 2, autumn, pp.14-15.

<sup>432</sup> Hayek F., (1945), « The use of knowledge in society », *American economic review*, 35 (4), pp.519-530.

objectivement, extérieure aux agents et sur l'existence d'un état social optimum définissable *ex ante*. La réglementation doit donc s'attacher à ce que tous les agents économiques aient la possibilité de participer au processus de marché<sup>433</sup> et non pas à intervenir en vue de corriger les restrictions ou les distorsions vis-à-vis de tout modèle extérieur de référence.

Dans une optique autrichienne, le rôle de la "réglementation" serait alors de préserver l'intégrité du mécanisme de marché. Comme l'écrivent S.Deakin et S.Pratten, l'Etat devrait alors adopter une politique de déréglementation (et non de simple dérégulation), apte à assurer le retour au droit privé. Il conviendrait alors d'exclure toute autre intervention du régulateur. Nous retrouvons la préférence autrichienne pour une régulation assise sur la *common law*<sup>434</sup>. Dans cette convention de réglementation, le rôle du juge n'est pas de s'appuyer sur des valeurs sociales ou morales ou de faire la balance des intérêts mais simplement de maintenir les principes sur lesquels est fondé l'ordre de marché<sup>435</sup>. L'expérience britannique caractérisée, malgré les intentions affichées<sup>436</sup>, par une véritable inflation réglementaire, nous conduit à envisager les clivages entre convention de la réglementation autrichienne et convention de la réglementation absente. Il n'en demeure pas moins nécessaire de s'interroger sur les limites d'une théorie autrichienne de la réglementation notamment en ce qui concerne la prise en compte de la constitution et du fonctionnement des institutions.

### III.1.2.1 Les fondements de l'analyse économique de tradition autrichienne

- Les divergences entre le cadre autrichien et le cadre néoclassique

Il s'agit ici de pointer les principales divergences entre les approches autrichiennes et néoclassiques. Il convient, en effet, de souligner que malgré des assimilations hâtives dans le discours servant de support aux politiques de libéralisation, les deux analyses sont en grande partie contradictoires en matière de prescriptions réglementaires.

---

<sup>433</sup> Kirzner I., (1997), *How markets work : disequilibrium, entrepreneurship and discovery*.

<sup>434</sup> Rizzo M., (1985), « Rules versus Cost-Benefit Analysis in common law », *Cato journal*, vol 4, n°3, pp.865-884.

<sup>435</sup> Kirat T., (1998), *Economie du Droit*, repères-la découverte, Paris, 123p.

<sup>436</sup> Littlechild S., (1986), *op. cit.*

L'un des points de divergence entre l'optique néoclassique et l'optique autrichienne repose sur la théorie de la connaissance. L'approche standard se base sur des circonstances données et accessibles à tous. Le rôle de la science économique est alors de fournir des règles d'optimisation. A aucun moment n'apparaissent les soucis de la collecte, du traitement et du contrôle de l'information. L'incertitude radicale et les asymétries de connaissances ne sont pas prises en compte. De la même façon, les ajustements économiques sont réputés se réaliser instantanément. Nulle place n'est donc accordée aux processus d'interactions individuelles et au caractère progressif des ajustements. De cette prise en compte de la seule optimisation sur des circonstances données naissent les prescriptions des modèles standards qui forment la traduction théorique de la convention de la réglementation absente. Des divergences des approches quant à la connaissance, à l'incertitude et à la place accordée à la notion d'équilibre, proviennent la différence des prescriptions des conventions de réglementation absente et autrichienne.

L'approche autrichienne part de l'action économique individuelle. Celle-ci ne peut être comprise que selon les préférences, les perceptions et les anticipations des individus. De ce constat se déduisent les deux fondements de cette analyse : le subjectivisme et l'individualisme méthodologique. La différence entre les deux traditions repose donc sur l'antagonisme entre une analyse fondée sur l'optimisation à partir d'informations disponibles à tous *ex ante* et une analyse reposant sur un processus de marché mû par la révision des plans individuels. Cette révision résulte des corrections des anticipations. Elle est permise par la diffusion des connaissances. Celle-ci est assurée *ex post* par l'observation des mouvements de prix relatifs. L'individualisme méthodologique des autrichiens les conduit aussi à rejeter la validité de la fonction de bien-être, laquelle sert de base aux prescriptions du modèle standard. Les plans des agents reposent sur leurs préférences, leurs connaissances (inaccessibles à l'observateur) et leurs anticipations. Celles-ci changent à chaque instant pour répondre aux actions des tiers et aux changements de l'environnement. Il est donc impossible de construire une fonction de préférence collective.

L'opposition des deux écoles se fait aussi autour de l'hypothèse de concurrence. La concurrence de l'approche standard repose sur une hypothèse de concurrence pure et parfaite. Chaque firme adopte la même fonction de production. Le surprofit ne peut alors être que le fruit d'une situation oligopolistique. A l'inverse, dans l'approche autrichienne, la concurrence s'apprécie dans un cadre dynamique. Il s'agit d'un processus de recherche de nouvelles

techniques de production et de nouveaux produits. L'entrepreneur anticipe que ceux-ci sont susceptibles de rencontrer les besoins des consommateurs (non connus *ex ante*). Le surprofit est alors la récompense de l'entrepreneur pour avoir découvert et exploité de nouvelles opportunités.

Ces différences théoriques posées, nous nous proposons d'approfondir les principales sources de divergences entre les deux approches, en mettant en évidence leurs répercussions sur l'action publique.

L'approche autrichienne repose sur la notion de connaissance et non pas d'information. Une connaissance ne peut être réduite à des données. Elle possède une nature fluctuante dans le temps et dans l'espace. Le processus de marché naît de la mise en œuvre de celles-ci dans les plans des agents. Ces connaissances étant inaccessibles de l'extérieur, aucune fonction de bien-être social ne peut être construite. Les connaissances dispersées dans la société forment des *patterns of knowledge*. Ceux-ci sont en perpétuelle évolution du fait du processus de marché. Toute nouvelle connaissance crée un déséquilibre sur le marché et, se faisant, une opportunité de profit. L'action humaine étant orientée vers l'avenir et les connaissances futures ne pouvant être parfaitement anticipées, le marché fonctionne dans un perpétuel déséquilibre. La mise en cohérence des plans individuels sera progressivement assurée par le marché, à moins que de nouvelles connaissances ne viennent à apparaître. Nous sommes donc loin de l'équilibre prédictible *ex ante* du marché néoclassique.

Le rôle du système de prix dans le cadre standard est d'assurer la coordination optimale des décisions individuelles. Le prix est donc une sorte de signal donné *a priori*, de façon à ce qu'en se basant sur eux seuls les agents économiques intègrent dans leurs décisions celles des autres<sup>437</sup>. Dans l'approche autrichienne, le système de prix ne permet de faire émerger qu'*ex post* une tendance à l'équilibre en divulguant une connaissance jusque là dispersée. Il ne s'agit donc plus de prix d'équilibre, mais de prix de déséquilibre. Comme le note Kirzner<sup>438</sup>, les prix d'équilibre coordonnent des décisions ajustées les unes aux autres *ex ante*. Les prix de déséquilibre sont "coordonnants" dans le sens où ils révèlent les connaissances, où ils alertent les participants au marché de l'opportunité de modifier leurs plans. Ainsi les prix ne font pas

---

<sup>437</sup> Rappelons que dans le modèle du commissaire priseur les échanges se font à l'équilibre.

<sup>438</sup> Kirzner I., (1984), « Prices, the communication of knowledge and the discovery process », in Leube K. et Zlabinger A., *The Political Economy of Freedom, Essays in Honour of F.A. Hayek*, München und Wien, Philosophia Verlag, pp. 193-206.

que résumer l'information économique disponible, ils renseignent sur les opportunités de profit. De ce fait, une réglementation des prix est vue comme hautement préjudiciable. Des déséquilibres de prix ne sont pas révélateurs de défaillances de marché. Un prix de déséquilibre doit se concevoir comme un signal d'opportunité de profit adressé aux entrepreneurs. Il ne faut pas y répondre par une action publique (à l'instar de la pratique de la convention de la réglementation absente). Ces déséquilibres constituent les étapes par lesquelles le marché tend à réaliser la coordination des plans individuels, en remplaçant, *ceteris paribus*, l'état premier d'ignorance mutuelle, par des états sociaux de mieux en mieux coordonnés.

Les deux traditions adoptent des définitions de la concurrence irréductibles l'un à l'autre. La convention de la réglementation extérieure et la convention de la réglementation absente se fondent sur la notion néoclassique de concurrence pour justifier l'intervention publique. Leurs prescriptions sont remises en cause dès lors qu'il n'y a plus accord sur la notion même de concurrence. Pour les Autrichiens, la concurrence pure et parfaite, si elle existait, signifierait, au contraire, l'absence de toute concurrence<sup>439</sup>. Hayek conçoit le modèle de la concurrence pure et parfaite comme l'extension illégitime de la procédure d'optimisation à une situation dans laquelle on traite de processus sociaux. Dans ces derniers, les décisions de nombreux individus s'influencent mutuellement et varient dans le temps. Les conventions de la réglementation absente et de la réglementation extérieure seraient pleinement équivalentes si un planificateur central pouvait rassembler les informations de chacun et optimiser la fonction de bien-être social ainsi construite. Or, comme nous l'avons vu, il ne s'agit pas d'informations mais de connaissances inaccessibles aux tiers et intrinsèquement fluctuantes. De ce fait, le déséquilibre est la règle. Le processus de marché est un processus d'ajustement. Le modèle statique de la concurrence pure et parfaite est donc invalidé. Nous avons vu que, dans le modèle, les individus basent leurs décisions sur des données objectives. Or celles-ci sont un produit du mécanisme de marché et non un intrant. La concurrence même disparaîtrait dans un cadre de concurrence pure et parfaite vu qu'il n'y aurait plus d'opportunité de profit.

Pour Hayek, le danger vient du fait que la réglementation publique prend pour base ce modèle. La non-prise en compte du caractère dynamique de la concurrence va conduire le décideur public à réglementer le monopole, en lui imposant un prix (lui garantissant un niveau

---

<sup>439</sup> Hayek F.A., (1946), "*The Meaning of Competition*", Stafford Little, lecture, Princeton University, May.

de profit raisonnable). Or, comme nous le verrons, tout monopole qui tire ses rentes d'une efficacité supérieure à celle de la concurrence est non seulement justifié socialement mais s'avèrera être de nature transitoire. Les profits potentiels que s'adjugerait un nouvel entrant vont conduire les firmes à développer de nouveaux substituts. Cette prémisse acceptée, la réglementation est contre-productive. Elle revient à figer une situation transitoire. La protection légale pérennise de façon induite les rentes du monopole.

#### - Les répercussions du mécanisme concurrentiel sur l'action publique

La réglementation publique, qu'elle se donne pour but de se substituer ou de perfectionner le marché, relève pour Hayek d'une prétention scientiste. Celle-ci lui apparaît néfaste socialement<sup>440</sup>. Cette prétention naît pour Hayek d'un usage excessif du modèle déductiviste. Celui-ci rejette les perceptions individuelles au profit d'un calcul sur des données objectives. Les sciences humaines doivent, au contraire, partir du fait que les individus ne perçoivent les *stimuli* qu'en fonction de leurs perceptions, fondées sur leurs propres expériences. La notion de convention est ici sous-jacente. « *Si les gens se conduisent de la même manière, à l'égard des choses, ce n'est pas parce qu'elles sont identiques en un sens physique, mais parce qu'ils ont appris à les classer dans un même groupe, parce qu'ils peuvent les affecter à un même usage ou en attendre un effet équivalent sur les gens intéressés* ». Comme l'écrit Hayek, la base de l'action humaine n'est pas constituée par les faits objectifs. « *Pour ce qui est des actions humaines les choses sont ce que les gens qui agissent pensent qu'elles sont*<sup>441</sup> ». Partant de cette base, le rôle des sciences sociales n'est pas d'expliquer les faits objectifs, mais d'essayer d'en dégager des régularités.

De cette hypothèse découle la condamnation du projet de l'Economie du Bien-Etre. Hayek rejette l'idée même d'optimum de rendement social qui est à la base des approches extérieures et absentes. Supposer l'existence d'une fonction de bien-être social reviendrait à faire preuve d'un rationalisme naïf. Les institutions sociales doivent donc être analysées de façon "pragmatique". Ces institutions ne peuvent naître d'un dessein conscient, d'une règle d'organisation, comme en promeut le législateur soucieux de construire un marché, mais de la confrontation et de la sédimentation des interactions individuelles. Celles-ci permettent de faire progressivement émerger des institutions efficaces en ce sens qu'elles favorisent le

---

<sup>440</sup> Hayek F.A., (1991), *Scientisme et sciences sociales, Essai sur le mauvais usage de la raison*, Agora-Plon-Pocket, Paris, 184p. Tiré de *Scientism and the Study of Society*, Glencoe, Illinois, The Free Press, 1952.

<sup>441</sup> Hayek, *Ibid.* p.32.

succès de ces interactions. Ainsi, le propre d'une institution est de n'avoir jamais été formellement "instituée". Elle est tout à la fois instituante et instituée sans répondre pour autant à un dessein volontaire. C'est pour cette raison qu'Hayek préfère la dénomination d'organisation (*Gebilde*). L'ensemble des institutions que forme une société résulte d'une sédimentation de connaissances individuelles. Les connaissances sont incorporées dans les symboles que nous utilisons sans les comprendre, dans les habitudes, les institutions, les outils et concepts que l'homme met en œuvre dans les interactions sociales. Il rejette donc une optique méthodologique "totaliste" selon laquelle il serait possible d'appréhender par la raison l'ensemble des connaissances disponibles et leur processus de confrontation et donc de faire usage de l'ensemble de la connaissance sociale pour maximiser le bien-être. Cette conception de la mécanique sociale est à l'origine de ce qu'il nomme le "planisme" ou l'intervention publique directe. « *La planification économique centralisée n'est rien d'autre qu'une application des principes de la mécanique à l'ensemble de la société, fondée sur l'hypothèse que cette concentration complète de toute la connaissance nécessaire est possible*<sup>442</sup> ». Or, les mécanismes sociaux ne répondent pas à cette logique. La connaissance à la base du processus de marché est une « (...) *connaissance des circonstances particulières, fugitives, des conditions de lieu et de moment, qui n'existera jamais autrement que dispersée parmi de nombreuses personnes*<sup>443</sup> ». Le calcul économique public, tel qu'il fut mis en application à EDF, ne peut permettre, dans l'absolu, que d'utiliser efficacement les ressources disponibles permettant de satisfaire les besoins existants. Nous avons vu que le mécanisme de marché repose sur la capacité à créer ou à mobiliser de nouvelles ressources et à faire émerger de nouveaux besoins.

Cependant, la convention de la réglementation extérieure n'est pas la seule à être condamnée par Hayek. Nous avons établi que le marché, institution s'il en est, est le fruit de la catallaxie, c'est-à-dire du produit non consciemment dérivé des actions individuelles. Or, pour Hayek, il est impossible de substituer à ce processus de création d'un ordre spontané, une construction délibérée sous forme d'une règle d'organisation. En d'autres termes, la convention de la réglementation absente est invalidée, dans la mesure où il est impossible de construire un marché. Les oppositions théoriques étant établies, nous allons maintenant aborder les divergences entre la convention de réglementation absente et l'approche autrichienne.

---

<sup>442</sup> Hayek, *Ibid.*, p.158.

<sup>443</sup> Hayek, *Ibid.*, p.160.

### III.1.2.2 Incompatibilité de l'approche autrichienne avec les prescriptions dérivées de la convention de la réglementation absente.

#### - Processus de marché et réglementation publique

Le cadre de pensée défini par l'économie autrichienne a de fortes répercussions en matière de réglementation économique. Si l'efficacité de l'économie dépend du mécanisme de découverte réalisé par le processus de marché, toute réglementation qui altérerait celle-ci aurait des répercussions sur celle-ci. La perturbation du mécanisme de découverte conduit donc les économistes de tradition autrichienne à poser la question de l'arbitrage entre les injustices liées au fonctionnement spontané de celui-ci et la perte d'efficacité sociale induite par la réglementation publique. I.Kirzner<sup>444</sup> pointe trois effets pervers, de gravité croissante, liés à la réglementation publique. Tout d'abord, celle-ci ne peut être qu'un substitut imparfait du processus de découverte spontanément assuré par les mécanismes concurrentiels. Ensuite, elle annihile les effets positifs potentiels de nouvelles "découvertes" qui auraient été faites si les mécanismes de marché avaient joué librement. Enfin, la réglementation publique génère indirectement un nouveau processus de découverte dont le besoin n'est ni naturel, ni attendu. Les entrepreneurs cherchent des occasions de profit en exploitant les marges de manœuvre suscitées par l'intervention étatique. Ce processus "pervers" peut conduire à un coût social supérieur à celui que l'économie aurait subi si la puissance publique n'était pas intervenue. L'intérêt de cette critique est qu'elle s'applique autant à la convention de la réglementation extérieure (qui cherche à réaliser un choix social) qu'à la convention de la réglementation absente (qui cherche à construire un marché par des règles publiques d'organisation).

Dans l'optique autrichienne, le régulateur ne peut évaluer quelle serait la dynamique intrinsèque du marché en l'absence de réglementation. Il ne dispose pas non plus des incitations qui s'exercent sur les entrepreneurs. Or, seules ces opportunités de profits sont présumées capables de permettre l'amélioration du bien-être social. Qui plus est, la réglementation va étouffer ce processus de découverte. Ces trois arguments font échos aux effets pervers de ce que Callon a appelé le cadrage (*framing*). Il s'agit en quelques sortes des

---

<sup>444</sup> Kirzner I., (1978), « Government regulation and the market discovery process », in *Peril of regulation. A market process approach*. Law and economics center, occasional paper, University of Miami School of law, Coral Gables, reproduit dans Littlechild S., (1990), *Austrian economics*, vol III, Schools of thought in economics, vol 10, Edward Elgar.

coûts “statiques” de la réglementation. Il existe aussi des coûts “dynamiques”, liés à l’exploitation des marges de manœuvre offertes par les failles de celle-ci. Cet effet pervers relève du débordement (*overflowing*). Un nouveau processus de découverte s’amorce donc autour de la règle publique, processus qui n’aurait jamais eu lieu en l’absence de réglementation.

L’un des éléments de base de l’approche repose sur l’idée que s’il existait une situation préférable à celle spontanément réalisée par le marché, celui-ci l’aurait déjà atteinte. Les défaillances de marché sont appelées à se résorber à moyen terme spontanément. Nous verrons que cette hypothèse a des répercussions en matière d’application du droit de la concurrence aux monopoles. La demande de réglementation qui s’exprime dans la convention de la réglementation absente est donc liée à une mauvaise compréhension du processus de marché. Il peut exister des inefficiences sur un marché. Celles-ci sont liées aux changements dans l’offre de ressources, aux progrès technologiques ou aux mutations dans les goûts des consommateurs. Ces inefficiences sont transitoires par nature dans la mesure où elles vont générer des opportunités de profits qui seront exploitées par les entrepreneurs. Le choix de la réglementation publique peut donc répondre à deux conventions distinctes. Dans le cadre de la convention de la réglementation extérieure, elle se fonde sur l’hypothèse que le marché ne peut spontanément maximiser l’efficacité économique. Dans le cadre de la convention de la réglementation absente, elle se justifie par la volonté de maximiser celle-ci instantanément et rendre le marché “plus que parfait”.

Pour les Autrichiens, la réglementation se conçoit comme un ensemble de restrictions et d’obligations pesant sur les transactions marchandes. Selon eux, le régulateur ne peut disposer des connaissances nécessaires pour modifier les prix relatifs et bénéficier de la rétroaction fournie par les mouvements de marché. De la même façon, ses actions se fondent non plus sur la recherche de profit (à la base du mécanisme concurrentiel) mais sur la réalisation d’un optimum social dérivé de la théorie économique. Une régulation inspirée d’une convention de réglementation absente ne peut parvenir à inciter le régulateur et les firmes à minimiser les coûts dans la mesure où seules les technologies connues sont prises en compte. A l’inverse, le processus de marché porte aussi sur les technologies non encore découvertes. Ainsi, toute réglementation gouvernementale, même si son but est de construire des marchés concurrentiels, va diminuer (en encadrant les prix ou les marges) ou fausser la concurrence (en encourageant les entrées). La concurrence est vue comme un processus agonistique dans

lequel la seule intervention publique pertinente demeure la levée des entraves légales à l'accès au marché. La réglementation extérieure est donc condamnée dans la mesure où elle limite le libre accès au marché (problématique des droits exclusifs). De la même façon, une convention de la réglementation absente va susciter des effets pervers en cherchant à créer ou à maintenir des firmes concurrentes en dehors du mécanisme concurrentiel. De plus, rien ne saurait justifier, dans un cadre autrichien, la lutte contre l'entreprise en position dominante, du moment où celle-ci tire sa supériorité de ses capacités.

- Application à la notion de prédation

Le traitement réglementaire des firmes exerçant un pouvoir de marché est donc appelé à différer selon que l'on se situe dans une convention de réglementation absente ou dans une convention "autrichienne". Si la position dominante résulte de la supériorité de la firme, l'application de l'*antitrust* revient à sanctionner la réussite de celle-ci. Cette question porte à la fois sur le traitement du pouvoir de marché, mais aussi aux stratégies dites de prédation. Nous verrons dans notre quatrième chapitre, relatif à l'activité du Conseil de la Concurrence, que ces deux notions sont à la base de nombreuses saisines en matière de réglementation des services publics. Classiquement, la prédation peut se définir comme les réductions de prix décidées par la firme en position dominante visant à affecter les firmes moins importantes ou les entrants potentiels. En fixant transitoirement ses prix sous les coûts, la firme peut exclure ses concurrentes moins solides financièrement du marché. Elle reconstituera ses marges dès lorsqu'elle sera en situation d'exercer un pouvoir de marché. Ainsi, le bien-être sera réduit par rapport à l'allocation de concurrence pure et parfaite. Les économistes de tradition autrichienne s'opposent à ce volet de la réglementation et à l'action des tribunaux en la matière<sup>445</sup>.

Tout d'abord, la notion d'intentionnalité de la pratique pose problème aux autrichiens. Pour eux, ce qui est appelé prédation correspond à un comportement concurrentiel non répréhensible en lui-même. La volonté d'accroître sa part de marché ou d'éviter la réduction de celle-ci (du fait de nouveaux entrants) est partie intégrante du comportement de marché. En d'autres termes, augmenter sa part de marché signifie toujours diminuer celle des concurrents. Une autre difficulté d'appréciation tient à la notion de seuil de prédation. Il n'existerait

---

<sup>445</sup> Armentano D., (1995), « Antitrust Reform : Predatory Practices and the Competitive Process », *Review of Austrian Economics*, 8 (1), pp.35-74.

aucune raison de s'inquiéter du fait que les prix de marché s'établissent sous les coûts marginaux. Dans la même logique, la régulation asymétrique prônée par les néoclassiques est contestée dans la mesure où elle reviendrait à favoriser des firmes jugées inefficaces par le marché. Cette pratique, défendue par Williamson<sup>446</sup>, repose sur l'encouragement des nouveaux entrants et la recherche d'équilibre des parts de marché entre les concurrents. Pour les Autrichiens, cela revient à inciter la firme dominante à être la moins efficace possible.

La divergence entre les tenants de la convention de la réglementation absente et une approche autrichienne réside dans l'acceptation par les seconds de déséquilibres transitoires, dans la mesure où le mécanisme de marché est conçu comme un ajustement dynamique, une tendance vers l'équilibre, mais seulement sur le long terme. Dans ce cadre, le pouvoir de marché n'est pas à condamner car il est justifié et transitoire. Les différences dans les analyses de la prédation et du pouvoir de marché tiennent donc à l'opposition entre une vision reposant sur un équilibre de marché susceptible d'être atteint instantanément et un processus de marché dont l'efficacité ne peut s'apprécier que de façon dynamique. La critique porte aussi sur les moyens de preuves des tribunaux. Tout d'abord, l'appréciation du coût marginal d'une entreprise est inaccessible au régulateur ou au juge. Ensuite, les décisions sont dictées par les opportunités de profits (coûts d'opportunité subjectifs) et non pas par les coûts comptables. Enfin, l'égalité entre le prix et le coût marginal n'a de sens que dans un cadre statique d'équilibre de concurrence pure et parfaite. Si une tendance à l'égalisation peut se faire jour dans le processus de marché, cette égalité ne pourra jamais être atteinte. La divergence entre les deux approches repose donc principalement sur la théorie de la connaissance mobilisée. Pour les tenants de la réglementation absente, la théorie économique peut enseigner au régulateur quels sont la structure et l'équilibre de marchés optimaux. Pour les Autrichiens, « *the competitive process is necessary in order to discover what consumers prefer and to discover which business organizations can supply those goods*<sup>447</sup> ». La position dominante de la firme, si elle ne se fonde pas sur une protection légale, est la plus efficace socialement à court terme, dans la mesure où elle est née des choix des consommateurs. Sur le long terme, les progrès technologiques feront apparaître des produits substitués ou de nouvelles firmes concurrentes. La dernière opposition de principe à l'application des textes prohibant l'abus de position dominante tient à la légitimité du régulateur à aller à l'encontre des choix des

---

<sup>446</sup> Williamson O., (1977), « Predatory Practices : A Strategic and Welfare Analysis », *Yale Law Journal*, 87, December, pp. 284-340.

<sup>447</sup> Armentano D., (1995), *op. cit.* p.69.

consommateurs. Seules les préférences des consommateurs doivent guider le processus concurrentiel.

#### - Application à la question du monopole

Nous aborderons ici le traitement de la question de la régulation des monopoles (privés) dans une optique autrichienne. Une régulation publique des firmes en situation monopolistique serait rejetée dans une convention de réglementation autrichienne sur la base d'une contestation de l'évaluation du coût social du monopole<sup>448</sup>. L'incertitude propre au processus de marché concerne aussi la durabilité du monopole.

Nous avons vu, dans le chapitre II, que le monopole a pour conséquence une mauvaise allocation des ressources, une perte sèche en terme de bien être global et un transfert de revenus indu entre les consommateurs et le monopoleur. Ainsi, les prescriptions de la convention de la réglementation absente se fondent-elles sur la mise en évidence du coût social du monopole. Ce coût est encore accru par les dépenses engagées par les firmes pour acquérir ou défendre cette position<sup>449</sup>. A l'extrême, les firmes en concurrence pour acquérir un pouvoir de monopole peuvent investir une somme égale à la rente anticipée pour s'en assurer le contrôle. Cependant, la durabilité du monopole ne peut reposer que sur une protection légale ou sur l'accès à une ressource unique. En dehors de ces cas, les concurrents potentiels, attirés par les opportunités de profit, sont susceptibles d'engager des investissements à même de réaliser une innovation radicale, rendant le monopole disputable. Dans l'approche autrichienne, la position dominante et le sur-profit ne sont pas vus comme les marques de comportements anticoncurrentiels. Toute situation étant transitoire, les sur-profits disparaîtront dès lors que des concurrents plus efficaces rentreront sur le marché. De la même façon, ceux-ci ne doivent pas s'apprécier comme des pertes de bien-être mais, au contraire, comme la contrepartie accordée à l'entrepreneur pour les risques pris dans le processus concurrentiel. Les différences de profits entre les firmes ne reflètent que les différences de capacités entre les firmes. Elles sont donc légitimes et sont indispensables à la réalisation de l'efficacité sur le long terme.

---

<sup>448</sup> Littlechild S., (1981), « Misleading Calculations of the Social Costs of Monopoly Power », *The Economic Journal*, 91 (362), June, pp.348-363.

<sup>449</sup> Posner R., (1975), « The Social Costs of Monopoly and Regulation », *Journal of Political Economy*, vol. 83, August, pp.807-827.

Ainsi, les Autrichiens considèrent que la lutte contre les monopoles ne saurait se justifier que dans un cadre statique. La rente est alors permanente et aucune force endogène ne permet de contester la position de la firme. Dans un cadre dynamique, la recherche d'opportunités de profit va inciter les firmes à développer de nouveaux produits et de nouveaux procédés à même de remettre en cause les situations acquises. Même une infrastructure essentielle, comme un réseau de transport d'électricité, peut, théoriquement, se voir à terme contournée par le jeu de l'innovation (songeons aux télécommunications). Ainsi, un monopole issu d'une protection légale est plus nocif qu'un monopole lié à la détention d'un intrant spécifique dans la mesure où celle-ci peut être réduite à néant par l'apparition de nouvelles techniques de production. Même dans le cadre de monopoles liés à la détention exclusive d'un intrant (exemple le Réseau de Transport de l'Electricité), les prescriptions de l'approche autrichienne impliquent la nécessité de comparer le gain attendu de la réduction du pouvoir de marché avec la réduction conséquente de l'aptitude des firmes à répondre à l'incertitude et à créer, déceler et exploiter les opportunités de profits qui sont susceptibles d'apparaître.

Comme l'écrivait Littlechild, lorsqu'il défendait une convention de réglementation autrichienne, « *finally, this model of competition as a process suggests that the attention of policy makers be directed away from the size of the firms and concentration of industries to the conditions of entry into those industries. If one is concerned to promote competition, the obvious starting point is the wide party of government restrictions which serve to protect vested interest groups. A policy of systematically attempting to eliminate profit, regardless of its source, is less likely to stimulate the competitive process than to destroy it* ». Si la pratique de Littlechild à la tête de l'OFFER alla à l'encontre de ses propres prescriptions et si cette convention de réglementation paraît difficilement applicable, des expériences s'inspirant de sa philosophie ne se font pas moins jour.

### III.1.2.3 De la praticabilité d'une régulation sans l'Etat

Si l'analyse autrichienne n'a pas encore réellement débouché sur une approche globale de réglementation, diverses expériences peuvent être rattachées à cette convention. Si la régulation confiée aux seules autorités en charge d'appliquer le droit de la Concurrence, comme en Nouvelle-Zélande, répond à cette logique, peu d'expériences concrètes d'une réglementation autrichienne ont été mises en œuvre. Des expérimentations sont intéressantes à

relever, bien qu'elles ne portent pas sur la réglementation des industries de réseaux. Elles concernent, cependant, des domaines ressortissant traditionnellement de l'action publique. Nous aborderons ici le cas de la *Voluntary Regulation* défendue par le gouvernement britannique. Ces tentatives se rattachent à une volonté de mise en œuvre de solutions purement privées défendues par Coase dans le problème du coût social ou de retour à un âge d'or préalable à la codification des pratiques par le législateur. Le prolongement logique de cette optique se retrouve dans les propositions de régulation et de règlement des litiges purement privés, au moyen du seul arbitrage.

Le Royaume-Uni se caractérise par le développement d'expérimentations de régulation dans lesquelles l'acteur public ne tient plus qu'un rôle secondaire<sup>450</sup>. Ce foisonnement, recouvrant les expériences de *Voluntary Regulation*, de *Smart Regulation* ou de *Soft Law*, peut s'analyser comme des tentatives de régulations inspirées par une convention autrichienne de réglementation. La recherche de voies purement privées de régulation trouve son origine dans les conclusions de l'approche autrichienne et dans les prescriptions de l'école des choix publics. Ces deux courants convergent vers la remise en cause de l'efficacité de l'intervention étatique (en ce sens qu'elle serait pire que le mal). Ils débouchent aussi sur l'idée selon laquelle le rôle du décideur public ne serait plus tant d'édicter des normes optimales que de favoriser l'émergence de règles spontanées.

Le gouvernement Blair semble s'engager dans l'exploration de voies alternatives de régulation, appartenant à cette logique. Dès septembre 1997, un groupe de travail indépendant, la *Better Regulation Task Force*, fut créé à cet effet. Elle rendit en janvier 1998 ses conclusions au Premier Ministre britannique sous la forme de *Principles of Good Regulation*. Ces principes étaient les suivants :

- la transparence dans l'élaboration et le suivi des normes réglementaires,
- la responsabilité (*accountability*) du régulateur face aux pouvoirs publics et autres intérêts en présence,
- la spécialisation de la régulation sur des règles d'organisation visant à régler des problèmes concrets,
- la cohérence des normes avec le cadre législatif national et européen (et l'homogénéité de celles-ci sur le territoire national),

---

<sup>450</sup> Lulin E., (2002), « Voluntary Regulation : la règle privée face à la loi », *Sociétal*, n° 36, 2<sup>nd</sup> trimestre, pp. 9-14.

- la subsidiarité, laquelle assure que l'Etat n'intervient qu'en l'absence d'alternatives étatiques satisfaisantes.

Ces principes servirent de base à la préconisation de solutions non-étatiques de régulation. Un rapport de juillet 2000, *Alternatives to State Regulation*, identifia le *continuum* d'organisations de la mission de régulation en fonction d'un ensemble de critères. Ceux-ci vont de l'acteur devant être à l'origine des normes, à leur mise en œuvre, en passant par la réception des plaintes liées et la sanction des manquements. L'idée du législateur britannique est de permettre à l'Etat de déléguer certaines de ses missions à des tiers. La forme la plus aboutie de cette logique est la mise en place de régulations sectorielles purement privées. Certaines situations sont identifiées comme appelant une mise en œuvre de solutions non étatiques. Dans le cas de marchés très fragmentés, il est fait l'hypothèse que les firmes peuvent se surveiller elles-mêmes. Les plaintes des concurrents peuvent donc se substituer à la surveillance des organes étatiques. Autre situation susceptible de favoriser une régulation privée, celle dans laquelle les *stakeholders* sont si nombreux que l'Etat est réputé incapable de dégager un intérêt général, transcendant l'ensemble des parties. La seule solution à la disposition des décideurs publics serait d'instaurer un système de *Checks and Balances*. Les réflexions britanniques mènent donc à envisager les approches privées de la régulation dès lors que les secteurs considérés se caractérisent par de rapides et profondes mutations (secteur de l'Internet), quand l'expertise technique requise pour le régulateur est des plus pointues (marchés financiers) ou lorsque au contraire la connaissance et l'information nécessaires à la régulation sont dispersées entre de très nombreux acteurs. Dans cette situation le système de collecte d'information du régulateur serait trop complexe à édifier et trop coûteux à mettre en œuvre. L'idée britannique est ici de s'abstraire des situations où l'asymétrie d'information est radicale. Cette dernière solution revient à abandonner la volonté d'une régulation publique du fait des difficultés pressenties pour sa mise en pratique. Le coût social de l'abandon d'une régulation conforme à l'intérêt général tel que l'exprime l'Etat, au profit d'une régulation à l'avantage des firmes du secteur, apparaît donc comme moindre que celui induit par les défaillances dénoncées de la régulation publique. Les arguments en défaveur de la régulation publique correspondent aux hypothèses sous-jacentes de la convention de la réglementation absente, à savoir l'électoralisme des décideurs politiques, la fonction objective propre de l'administration et l'action des groupes de pression.

Partant de l'hypothèse que l'Etat a perdu sa crédibilité en matière de régulation, il apparaît que le privé peut se substituer à ce dernier. Cependant, quelles peuvent être les garanties que les firmes du secteur se comportent dans un sens non contraire à l'intérêt général ? L'espoir des promoteurs de cette solution privée repose sur les notations et certifications assurées par des tiers indépendants, les marques, les labels et les clauses assurantielles contenues dans les contrats. Nous nous situons donc dans une optique dans laquelle la seule sanction du marché (désertion des consommateurs, litiges commerciaux, mécanismes réputationnels...) suffirait à la régulation du secteur. L'exemple fourni par E.Lulin pour illustrer ces mécanismes est celui des *Charter Schools* anglo-saxonnes, pour lesquelles il n'existe pas de régulation étatique *ex ante*, mais simplement une évaluation *ex post* des résultats. Nous sommes bien dans le cadre d'une convention de réglementation excluant de son cadre toute politique publique active. Dans le domaine électrique, une telle convention se traduirait par la gestion en "coopérative" des infrastructures de réseaux par les opérateurs et la disparition des obligations de service public au profit de la distribution de "bons d'électricité" permettant aux ménages défavorisés d'avoir accès à la commodité. Les problèmes d'accès au réseau se traiteraient bilatéralement et pourraient donner lieu à des arbitrages commerciaux avant d'être présentés devant le juge judiciaire.

Cependant, notre section III.2 montrera qu'en s'appuyant sur la théorie de la connaissance autrichienne, sur la conception du marché comme système auto-organisé et sur le rôle des *patterns of prediction*, il est possible de réintroduire les institutions dans le modèle via l'idée d'une réglementation réflexive. Celle-ci serait compatible avec l'ordre de marché. Elle répondrait à une logique procédurale mais viserait à servir de ressource aux participants au marché afin d'étayer et d'enrichir leurs relations économiques. Cette réglementation réflexive se distinguerait de la conception spontanéiste hayékienne ainsi que d'une vision constructiviste<sup>451</sup>. Elle interviendrait de façon subsidiaire en vue d'appuyer la coordination, laquelle se fonde toujours sur les connaissances des acteurs économiques.

---

<sup>451</sup> Salais R., (1998), « A la recherche du fondement conventionnel des institutions », in Salais R., Chatel E. et Rivaud-Danset D., *Institutions et conventions, la réflexivité de l'action économique*, Raisons pratiques, n°9, éd. de l'EHESS, Paris.

## III.2 Les approches situées de la réglementation

### III.2.1 L'institutionnalisme américain : la régulation des utilités du Wisconsin selon J.R. Commons : une convention de réglementation pragmatique

Cette sous-section s'attache à mettre en relief les convergences entre la notion de service public et les fondements historiques de la régulation aux Etats-Unis. La mise en évidence des apports de l'école institutionnaliste américaine à la régulation des *utilities* permet de montrer que l'approche originelle de la régulation outre-atlantique se distinguait radicalement de l'approche néoclassique. L'objet de cette sous-section est donc de montrer comment cette conception de la régulation se rattachait plus à la convention de réglementation de service public qu'à la convention de la réglementation absente. D'une façon plus générale, il s'agira de mettre en évidence la richesse des apports que peut amener une ré-interrogation de l'institutionnalisme aux approches situées, au premier rang desquelles, l'économie des conventions. De façon plus générale, l'appui sur la démarche institutionnaliste répond au souci de compréhension des actions économiques situées. Ces retours historiques et théoriques nous apparaissent indispensables pour saisir la nature et les ressorts de ce que nous avons appelé la convention de réglementation de service public. L'approche néo-institutionnaliste, que nous avons succinctement évoquée dans notre second chapitre, relève à notre sens d'une démarche s'inscrivant dans le cadre d'une convention de réglementation absente. Elle se rattache dans une certaine mesure à un projet d'ingénierie institutionnelle, faisant sien l'objectif de la convention de réglementation absente de définir des institutions optimales permettant d'éviter l'intervention directe de l'Etat dans l'action économique. Dans cette logique, les institutions apparaissent comme « *des modalités efficaces de coordination des acteurs qui suppléent ou pallient les défaillances de marché*<sup>452</sup> ». L'essence de la régulation, conçue comme un échafaudage provisoire, peut s'exprimer ainsi. Il s'agit ici, au contraire, de mettre en évidence les fondements d'une approche réflexive et située de la réglementation.

#### III.2.1.1 L'école institutionnaliste américaine

---

<sup>452</sup> Dutraive V., (1995), «De l'analyse contemporaine des institutions aux institutionnalistes américains : un cheminement rétrospectif », introduction à Corei T., *L'économie institutionnaliste. Les fondateurs*, Economica, Paris.

- L'approche institutionnaliste et ses apports à une intelligence de l'action économique dans un cadre défini par les règles de droit

### Les fondements de l'approche institutionnaliste

#### *Les apports théoriques de l'approche institutionnaliste*

Le vieil institutionnalisme américain est en grande partie tombé dans l'oubli après la révolution keynésienne et le retour des libéraux dans les années soixante. Plus fondamentalement, le reflux de la philosophie pragmatiste qui lui sert de base et l'axiomatisation de la science économique ont conduit à une montée en puissance d'une économie ingénierique antithétique à l'esprit même de l'approche institutionnaliste. Ce que nous voulons montrer dans cette courte introduction à l'approche commonsienne de la réglementation, c'est que l'institutionnalisme peut nous fournir des éléments de réflexion tant aux points de vue théoriques que méthodologiques. D'une part, le traitement de la réglementation des services publics dans l'approche institutionnaliste nous permettra de mettre en évidence la nature et les ressorts de ce que nous désignons comme la convention de réglementation de service public. Nous verrons que ce qui la distingue des conventions de réglementations extérieures et absentes repose sur l'idée que l'économiste se fait de la science et de son rôle. D'autre part, la démarche suivie par les économistes institutionnalistes peut servir, à notre sens, de guide méthodologique à une analyse raisonnée et historiquement située de la dynamique des institutions. Ce cadre de pensée et d'action s'avère particulièrement pertinent en matière de réglementation publique et de compréhension des dynamiques de changement institutionnel.

L'originalité des institutionnalistes vis-à-vis des tenants des approches extérieures et absentes repose sur l'hypothèse selon laquelle l'action humaine est guidée par les habitudes et les règles. Une autre spécificité à souligner est le refus de la méthode hypothético-déductive. Il ne saurait s'agir d'établir une hypothèse théorique et de la tester. La démarche des institutionnalistes est partiellement inductive. L'opposition entre néoclassiques et institutionnalistes repose, par ailleurs, sur une divergence quant à la théorie de la connaissance sous-jacente. Les premiers essaient d'élaborer des lois générales devant permettre une allocation optimale des ressources. Les seconds ne développent que des analyses spécifiques et historiquement situées. Il s'agit d'organiser un dialogue entre l'observation et l'induction

théorique. L'ambition de la démarche n'est plus de fournir un cadre théorique général permettant soit de maximiser le rendement social, soit de construire les conditions de réalisation de l'optimum parétien. La démarche institutionnaliste ne vise qu'à saisir le fonctionnement des comportements économiques s'inscrivant dans un cadre institutionnel donné. Les éléments théoriques n'interviennent dans la démarche que comme des guides d'exploration.

Les comportements humains sont influencés par les institutions, mais il ne saurait s'agir d'un déterminisme culturel, dans lequel les individus sont forgés par les institutions. Les coutumes, les habitudes (certains parleraient de *patterns of prediction*, d'autres de conventions) servent de base aux comportements individuels. Ces régularités, ainsi que les institutions elles-mêmes, proviennent des comportements individuels eux-mêmes. Ainsi, il se crée un mécanisme auto-renforçant par le jeu de ces boucles de rétroaction positive. Les institutions offrent des cadres cognitifs et des supports à l'action. Elles permettent la stabilité du système économique en resserrant et en organisant les actions individuelles. Les institutions naissent donc des comportements individuels. Elles sont renforcées par les comportements individuels dans la mesure où il est de l'intérêt de tous de l'utiliser. Dans le même temps, les actions de tous contribuent à les transformer en permanence. Les individus ne sont pas des données. Ils ne sont pas confrontés à des règles "optimales". Ils sont à la fois les producteurs et les produits des circonstances. Comme pour la catallaxie autrichienne, l'institution ne peut exister que par les actions individuelles. Le processus de détermination est réflexif. Les actions individuelles et collectives modèlent et sont modelées par les institutions. Ces dernières occupent une place première dans l'analyse. Elles se définissent comme « *une façon de penser et d'agir qui a un certain primat et une permanence qui est encastrée dans les habitudes et les coutumes des agents*<sup>453</sup> ». En reproduisant les habitudes de pensées et d'action, les institutions garantissent la cohérence des actions économiques. L'institution joue donc un rôle dans l'identification des paramètres de l'action économique. Elles constituent un paramètre essentiel par lequel l'agent économique perçoit et identifie les données de lieu et de circonstance.

L'analyse du rôle des institutions dans l'approche du vieil institutionnalisme nous conduit à souligner les divergences de fond entre cette approche et le courant néo-institutionnaliste.

---

<sup>453</sup> Hamilton W.H., (1932), « Institutions », in Seligman E. et Johnson A., *Encyclopaedia of Social Science*, New York, Mac Millan, pp.84-89, cité par Hodgson G.M., (1998), « The Approach of Institutional Economics », *Journal of Economic Literature*, volume XXXVI, number I, March, pp.166-192.

Nous avons indiqué, dans notre second chapitre, que certains aspects de cette seconde approche se reliaient à un projet d'économie ingénieurique. Elle participe, à ce titre, à la constitution d'une convention de réglementation absente. Les institutions ne procèdent pas d'une optimisation, mais sont issues d'une dynamique réflexive avec les actions économiques. Elles sont donc issues d'un processus historique de sédimentation, de cristallisations institutionnelles successives, de règlements des litiges par les tribunaux. En d'autres termes, une institution est le fruit d'un long processus de "cadrage/débordement" ou de "compromis/dénonciations". A l'inverse, certaines analyses néo-institutionnalistes tendent à expliquer l'émergence des institutions à partir du résultat d'interactions individuelles. Le jeu institutionnel mettrait en scène des individus rationnels maximisateurs et un état de nature a-institutionnel. L'institution serait alors le fruit d'un calcul. Il s'agirait de construire les meilleures institutions possibles pour soutenir la coordination et partant maximiser leur fonction objective. Le problème posé par cet état de nature réside dans le fait que le jeu de construction institutionnelle ne peut logiquement se tenir sans l'existence d'un cadre institutionnel primitif. Les règles du jeu doivent être soutenues par des normes sociales et culturelles. L'analyse de Schotter<sup>454</sup> en terme de construction d'institutions optimales à partir de la théorie des jeux, souffre de la même insuffisance. Il est indispensable que des règles initiales soutiennent le méta-jeu. Même en cas de régression infinie, la première phase du processus ne peut faire l'économie d'un cadre institutionnel.

Malgré cette limite logique, les analyses néo-institutionnalistes participent au constructivisme régulateur de la convention de la réglementation absente. Leur objet est de définir rationnellement le *design* institutionnel optimal pour maximiser l'efficacité économique. Ce projet ingénieurique tire ses racines de l'analyse Williamsonienne et de son célèbre « *in the beginning there were markets*<sup>455</sup> ». Les individus, initialement placés dans un état de nature marchand, vont rationnellement construire des firmes, des institutions et des hiérarchies pour soutenir leurs interactions. Ces construits ne perdureront que s'ils permettent de minimiser les coûts de transaction. L'institution émerge donc d'un ordre privé, à partir des transactions bilatérales. C'est un construit social délibéré. Son objectif est du domaine de l'efficacité économique. Il apparaît donc que l'approche néo-institutionnaliste ne peut nous servir d'appui dans la compréhension de la pluralité des conventions de réglementation. Saisir les

---

<sup>454</sup> Schotter A., (1981), *The Economic Theory of Social Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge MA.

<sup>455</sup> Williamson O.E., (1975), *op. cit.*, p.20.

réglementations situées suppose donc de revenir non seulement sur les conclusions de l'ancien institutionnalisme, mais aussi sur sa méthode.

### *Les apports méthodologiques de l'approche institutionnaliste*

La démarche du vieil institutionnalisme, telle qu'elle est présentée par Hodgson<sup>456</sup>, est proche de celle que nous suivons dans ce travail pour saisir la réglementation du secteur électrique. La méthode constitue à la fois le fondement théorique de l'une de nos conventions de réglementation, mais aussi un repère méthodologique. Les principales caractéristiques de la méthode se rapprochent de notre démarche :

- L'accent est mis sur les processus de changements institutionnels et sur le rôle des représentations (nous parlerions de conventions de l'Etat) qui les sous-tendent.
- L'analyse doit être interdisciplinaire. L'histoire économique et le droit sont deux clés indispensables pour étudier les différentes réglementations.
- La dynamique réglementaire ne peut pas seulement s'analyser en matière d'allocation optimale des ressources et d'agents maximisateurs dotés d'une rationalité substantielle.
- L'analyse quantitative des données empiriques doit constituer une épreuve de réalité des déductions dégagées grâce aux outils théoriques.
- Le raisonnement ne doit pas partir d'un modèle théorique déterminé *ex ante* mais de l'observation des faits fondée sur des faits stylisés et sur des conjectures théoriques.
- L'histoire et les comparaisons internationales ou intersectorielles doivent appuyer le raisonnement.

L'institutionnalisme américain naquit de la rencontre de la philosophie pragmatiste (et de la théorie de la connaissance qui la sous-tend) avec la démarche inductive (fondée sur les dynamiques historiques et institutionnelles) de l'école historique allemande. Nous aborderons celui-ci sous l'angle spécifique de la prise en compte de l'influence des règles de droit. Nous essaierons de faire notre sa démarche dans l'étude de la structuration de la réglementation du secteur électrique au travers de l'activité du Conseil de la Concurrence, que nous mènerons dans notre chapitre IV.

---

<sup>456</sup> Hodgson G.M., (1998), *op. cit.*

Deux traits saillants de la démarche institutionnaliste sont à mettre en exergue. Le premier tient aux bases théoriques de l'institutionnalisme. Le second procède des liens entre le droit et l'économie. Le parti pris pragmatiste et l'influence de la méthode inductive, issue de l'école historiquement allemande, contribuent à faire reposer la démarche institutionnaliste sur une théorie de la connaissance et sur une conception de l'action économique qui ne sont plus celles retenues par les approches "extérieures" et "absentes". L'accent sur les filiations théoriques nous permettra donc de souligner la spécificité de cette approche et son utilité dans la caractérisation conventions de réglementation. Le souci du *legal-economic nexus*, c'est-à-dire de l'interpénétration des dimensions économiques et juridiques, fait écho au choix de notre objet empirique. Il nous conforte dans notre décision d'aborder la question de la réglementation au travers de l'activité du Conseil de la Concurrence.

#### *Une théorie de la connaissance spécifique*

Les travaux des institutionnalistes s'appuient sur la philosophie pragmatiste. Celle-ci fut principalement développée aux Etats-Unis par Peirce et Dewey, à la charnière des XIX et XX<sup>ème</sup> siècle<sup>457</sup>. Le pragmatisme se fonde sur le rejet du rationalisme cartésien. Il conteste la possibilité d'accéder à l'objectivité des choses par la seule pensée. Les conventions influençant les perceptions que nous avons repérées chez Hayek, se retrouvent dans la théorie de la connaissance des institutionnalistes. Elle repose sur les cadres de pensées et l'expérience des personnes. La question de la connaissance n'est pas celle de l'accès à la "vérité" de la chose, « *mais des "effets attendus de la chose", c'est-à-dire de l'ensemble des anticipations que l'on peut faire sur la chose. Or ces anticipations ne sont pas données une fois pour toutes ; elles changent dans l'expérience pratique*<sup>458</sup> ».

La théorie de la connaissance découlant de cette approche, tout comme la théorie de la connaissance autrichienne, s'oppose donc à l'adoption des hypothèses de base des conventions de réglementations extérieures et absentes, pour lesquelles il est possible de construire une fonction de bien-être social que le législateur serait à même de maximiser, soit en intervenant directement dans les choix économiques, soit en définissant un cadre de

---

<sup>457</sup> Bazzoli L., (2000), *L'économie politique de John R. Commons. Essai sur l'institutionnalisme en sciences sociales*, L'Harmattan, paris, 234 p.

<sup>458</sup> Kirat T., (2001), *op. cit.*

marché assurant la réalisation spontanée de ceux-ci. Nulle possibilité, ici, de se doter d'une fonction de rendement social. Les connaissances sont "socialisées" en ce sens qu'elles ne se conçoivent que comme un consensus d'opinions à un instant donné et sont indissociables de l'action économique, c'est-à-dire de leurs confrontations lors de l'échange économique. Elles sont donc contingentes et fluctuantes dans le temps. A ce titre, la posture adoptée par l'économie institutionnaliste doit être celle de l'économie des conventions ou d'une économie fondée sur la compréhension de l'action économique se déployant dans un environnement structuré par les règles de droit. Il s'agit de comprendre, de façon située, quels sont les processus institutionnels, instituant l'action économique et étant institués par celle-ci. La réflexivité de l'action publique prend ici tout son sens.

### *L'accent sur les dimensions institutionnelles*

Une des influences de l'institutionnalisme américain est à mettre en exergue. Il s'agit de l'influence exercée par l'école historique allemande<sup>459</sup>. Cette école, née d'une opposition à l'approche formalisée et hypothético-déductive de l'école classique, préfigure l'école institutionnaliste américaine et plus largement l'ensemble des approches institutionnalistes. L'analyse se fonde sur le rejet de la prétention classique à l'universalité. Les lois économiques ne sont considérées comme valables dans un cadre et à un instant donnés. Une loi économique générale ne peut être qu'une observation historique. Elle est située. Nous retrouvons donc les fondements de l'institutionnalisme et de l'approche conventionnaliste. Autre caractéristique fondamentale de cette approche, la prise en compte non seulement de l'intérêt mais aussi des coutumes et des pratiques sociales dans l'explication des comportements économiques individuels et collectifs. Un dernier trait de l'école historique allemande va se retrouver dans l'approche institutionnaliste, le parti pris inductif. L'influence de l'école historique allemande sur les institutionnalistes s'est faite en grande partie au travers des études en Allemagne des principaux économistes américains de la fin du XIX<sup>ème</sup>. Cette influence s'est notamment traduite par le *social gospel movement*. Celui-ci réunissait les économistes américains opposés au *laissez-faire*, dominant à la fin du XIX<sup>ème</sup>.

### *L'institutionnalisme comme économie du droit*

---

<sup>459</sup> Wolff J., (2001), « Ecole Historique Allemande », in Jessua C., Labrousse C., Vitry D. et Gaumont D. (s.d.), *Dictionnaire des sciences économiques*, PUF, Paris, 1054 p.

L'émergence de l'institutionnalisme américain est inséparable de la rencontre au début du siècle dernier de la philosophie pragmatiste et d'un progressisme juridique ambitionnant de transformer la société par le droit<sup>460</sup>. Les débats juridiques américains de la fin du XIX<sup>ème</sup> se concentraient sur la question du conservatisme induit par la *common law*. La tradition juridique américaine reposait alors sur la recherche de constantes, de règles générales, immuables et logiques au travers de l'accumulation des décisions. Si cette tendance favorisait une certaine stabilité des anticipations quant aux décisions de justice, il n'en demeurait pas moins qu'elle se traduisait par un fort conservatisme social. Le point était particulièrement important, comme le souligne T.Kirat, avec l'interprétation très restrictive qui était faite de la clause du *due process of law*. Celle-ci, introduite dans la constitution depuis 1868, stipulait que « *nul ne saurait être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens en dehors des voies légitimes du droit* ». Cette clause était en fait utilisée par les tribunaux pour enrayer toute législation progressiste au nom du respect des droits de propriété et de la liberté contractuelle. La tradition institutionnaliste naquit du projet d'infléchir la jurisprudence. Il fallait faire passer le droit de la sphère de la logique des précédents à celle de la promotion d'un fonctionnement raisonnable de l'économie de marché. L'application de la logique pragmatiste au droit déboucha sur l'abandon de la recherche d'une logique dérivant de la *common law* au profit de la reconnaissance du caractère situé de la décision de justice. De ce fait, le projet d'adapter le contenu des énoncés juridiques à l'expérience sociale (contexte matériel et représentations collectives) était formulé. Il en dérivait une volonté de mise en œuvre d'une action publique active, dont le déploiement apparaissait comme inséparable du travail juridique.

L'histoire était lue par les institutionnalistes comme un mouvement d'extirpation de la violence caractérisant les rapports bilatéraux, afin de la concentrer dans la souveraineté de l'Etat. Il s'ensuit la mise en évidence d'une dynamique institutionnelle, selon laquelle l'histoire désigne le mouvement d'émancipation entre la propriété et la souveraineté. La Révolution Anglaise signifiait, pour les institutionnalistes, la montée en puissance du pouvoir législatif au détriment de l'exécutif. De la même façon, les amendements à la constitution américaine de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle devaient marquer la primauté du pouvoir judiciaire. Le

---

<sup>460</sup> Il s'agit de la *sociological jurisprudence* et du *legal realism*.

citoyen se voyait, en effet, autorisé d'assigner l'Etat devant les tribunaux en cas d'atteinte à son intégrité physique, à sa liberté ou à sa propriété<sup>461</sup>.

L'action des institutionnalistes américains se déploya donc autant sur le plan théorique que dans l'action juridique. Par exemple, la construction progressive d'une convention de réglementation, relevant d'une réglementation que nous appellerions de "service public", fut le fruit de décisions judiciaires marquant de fortes inflexions dans la jurisprudence alors en vigueur. Dans l'arrêt de la Cour Suprême, *Minnesota Rate*, de 1890, les juges reconnurent la conformité à la constitution d'une réglementation publique des tarifs. Réglementer les tarifs d'une entreprise de service public n'est plus alors considéré comme une atteinte au droit de propriété. Les états peuvent réglementer les tarifs au moyen de leur *police power*. La reconnaissance de la légitimité de la réglementation publique économique des entreprises en charge d'un service public ouvre la voie à l'approche américaine de réglementation des services publics. Cependant, la réglementation des prix (et des profits), établie pour garantir leur raisonnable, est elle-même assujettie à un contrôle de raisonnable. Le pouvoir de réglementation des états (le *police power*) est soumis au contrôle judiciaire des juridictions fédérales au titre de la clause du *due process of law*. Celle-ci fut introduite dans la constitution américaine par le 14<sup>ème</sup> amendement de 1868. Se met en place le second pôle de l'architecture institutionnelle de la convention de réglementation américaine. Comme l'écrit T.Kirat, « *la réglementation des prix, des marges, ou d'obligations de services publics pesant sur les entreprises affectées d'un intérêt public n'est plus de la compétence exclusive des autorités publiques locales : elle est placée sous le contrôle du pouvoir judiciaire fédéral*<sup>462</sup> ».

Le projet de transformation sociale porté par le courant institutionnaliste américain reposait donc sur la reconnaissance des ressorts juridiques du fonctionnement de l'économie. Ainsi, promouvoir une marche raisonnable du système économique passait-il par l'action sur les règles de droit. La pratique et la méthode théorique des institutionnalistes se ramènent donc au projet « *de faire de l'analyse économique des institutions un support dans l'organisation institutionnelle de l'économie*<sup>463</sup> ». Deux enseignements de la méthode sont ici à mettre en exergue. Le premier concerne la reconnaissance du rôle des règles de droit (que celles-ci soient promulguées par le législateur ou *enforcées* par les actions en justice des particuliers)

---

<sup>461</sup> Commons J.R., (1950), *The Economics of Collective Action*, The University of Wisconsin Press, réédition 1970.

<sup>462</sup> Kirat T., (2001), *op. cit.*, p. 13.

<sup>463</sup> Kirat T., (2001), *op. cit.*, p. 14.

dans le fonctionnement de l'économie et particulièrement dans la marche des entreprises de service public. Bien que la théorie de la connaissance sous-jacente rapproche institutionnalistes et autrichiens, les prescriptions en terme d'action publique sont radicalement différentes. La démarche institutionnaliste reconnaît un rôle déterminant à la règle de droit dans l'action économique. En ce sens, elle rejoint celle que nous adoptons dans ce travail. « *L'économie institutionnaliste de Commons se présente, finalement, comme marquée par un double ancrage, historique et juridique, dans l'analyse de l'évolution des systèmes économiques. Prenant le droit davantage comme une technologie de coordination des activités économiques et de l'établissement de compromis entre les intérêts divergents des groupes sociaux, Commons l'analyse dans les termes d'une interdépendance étroite entre les processus juridiques et la dynamique historique de l'économie*<sup>464</sup> ».

L'action publique portée par le courant institutionnaliste américain appartient à nos yeux à la convention de réglementation de service public, telle que nous présenterons celle-ci dans notre III.2.2. A l'instar de la doctrine juridique française du service public, incarnée par Duguit, le vieil institutionnalisme américain de Commons s'inscrit dans une démarche territorialisée, située et réflexive. La rapide présentation que nous ferons de la réglementation des *utilités* du Wisconsin nous permettra de souligner la proximité des deux démarches. Toutes deux s'appuient sur la mobilisation des cadres d'action offerts aux citoyens par le droit. Il s'agit de promouvoir un projet de réforme sociale ou d'infléchir la dynamique de marché. La marche du système économique est alors considérée comme résultant des ajustements continus entre règles juridiques et actions économiques. La reconnaissance de l'importance du *legal-economic nexus* disqualifierait, aux yeux des institutionnalistes, le projet de constructivisme réglementaire porté par les approches standards. La compréhension des mécanismes économiques, ainsi que la mise en œuvre de dispositifs de politiques publiques visant à réaliser des objectifs collectifs doivent donc partir d'une analyse des effets du droit sur les dispositifs institutionnels constituant la matrice de la coordination économique.

---

<sup>464</sup> Kirat T., (2001), *op. cit.*, p. 15.

- La recherche d'un fonctionnement "raisonnable" du marché au travers des travaux de Commons

Avant d'aborder l'expérience de la réglementation des entreprises en charge de la réalisation d'une mission de service public au Wisconsin au début du siècle dernier, il est utile de faire un bref détour sur l'apport de J.R. Commons à l'analyse économique<sup>465</sup>. Il s'agit de mettre en évidence le rôle du cadre de pensée qu'il a contribué à construire pour notre problématique. A travers Commons, il est en effet possible de se pencher sur le volet du vieil institutionnalisme qui se rapproche le plus de notre problématique. De par son travail théorique et de par ses actions dans le débat politique et juridique de son temps, Commons, tout comme Duguit, contribua à fonder tant au niveau des principes que du fonctionnement, ce que nous appelons la convention de réglementation de service public. Ses travaux contribuèrent à la création *in situ* d'institutions à la base de la réglementation des entreprises en charge d'une mission de service public. La nouvelle réglementation du Wisconsin au début du XX<sup>ème</sup> fait écho aux autres basculements conventionnels que nous avons observés (1906, 1946 et 2000 pour le seul cas français). Il s'agit d'observer les conditions d'émergence des conventions de réglementation, leur processus de cristallisation institutionnelle, leur mise en application, de révision et de précision au travers du processus de résolution des conflits, par le législateur et les tribunaux.

Le parti pris de Commons en faveur d'une action publique active et soucieuse d'infléchir les mécanismes spontanés de l'économie s'incarna notamment à travers de *Progressive Institutionalism*, publié en 1895. L'étude portait sur la nature et le processus de l'évolution sociale et institutionnelle. Le cadre théorique reposait sur la reconnaissance parallèle de la concurrence, des intérêts, des initiatives individuelles et d'une nécessaire coopération sociale assise sur une dimension éthique. Dans *A sociological view of sovereignty*, la dynamique historique de la loi fut analysée comme la résultante des conflits d'intérêts constitués. Ceux-ci cherchent à intégrer dans la loi des clauses favorables à leurs intérêts. *In fine*, l'Etat, ainsi que l'ensemble de l'architecture institutionnelle, doit se comprendre comme la résultante d'un compromis entre les différents intérêts sociaux<sup>466</sup>. De ce fait, l'économiste ne peut

---

<sup>465</sup> Rutherford M. et Samuels W., (1996), *John R. Commons. Selected Essays*, Routledge, London.

<sup>466</sup> L'analyse institutionnaliste reconnaît donc pleinement le rôle des intérêts et des conflits de pouvoir. L'introduction de celui-ci conduit à distinguer le domaine de la théorie économique ingénierique, calquée des sciences physiques, des sciences politiques et économiques elles-mêmes. Les phénomènes traités par l'économie ingénierique ignorent la volonté et les phénomènes de pouvoir. Or l'action économique se déploie dans un

ambitionner d'incarner l'intérêt général. Celui-ci n'est en aucun cas susceptible d'être connu *ex ante*. Il n'émergera qu'*ex post*. Il sera donné par l'histoire et produit par l'affrontement des différents intérêts. La reconnaissance de la multiplicité des intérêts conduit Commons à placer au centre de son analyse les conflits juridiques et les processus de marchandage collectif. Cette position débouchera dans le domaine des relations professionnelles sur la préconisation d'une juste représentation des divers intérêts. En matière de firmes en charge de missions de service public, cette reconnaissance des intérêts se traduira par le modèle des commissions de régulation.

Le cadre conceptuel commonsien, tel qu'il est établi dans les *Legal Foundations of Capitalism*<sup>467</sup>, repose sur trois éléments structurants. Le premier est relatif aux bases de la coordination économique. Il s'agit des concepts de transaction, de *going concern* et de *working rule*. Le second élément repose sur la reconnaissance de l'importance dans la coordination des activités économiques et de l'action publique, du cadre conventionnel et institutionnel. Le travail de Commons s'attache à l'évolution des conventions et des règles légales. Il traite celle-ci comme la résultante de la résolution des conflits d'intérêts opposants les différents groupes sociaux. Cette résolution et ce compromis sont le fruit de l'activité du législateur et des décisions des tribunaux. Le troisième élément de la démarche de Commons se fonde d'ailleurs sur le jugement de la raisonnable des actions économiques par ces mêmes tribunaux. Si le terme même de convention n'est jamais utilisé par Commons, nous rattachons son souci de l'analyse des pratiques communes et des coutumes à celle-ci. L'accent qu'il mit dans *Law and Economics*<sup>468</sup> sur les coutumes nous permet de revenir sur l'unité droit-économie défendue par les institutionnalistes. L'économie traite des pratiques communes développées par les individus et les groupes dans leurs transactions. La *common law* évolue au gré des décisions approuvant ou désapprouvant ces pratiques communes lorsque celles-ci sont portées en justice par un groupe qui s'estime lésé. L'articulation entre le droit et l'économie réalisée par la démarche institutionnaliste sera au cœur de notre démarche d'observation du traitement des différentes conventions de réglementation par le Conseil de la Concurrence. Il est nécessaire de revenir sur l'apport des institutionnalistes, et de Commons

---

monde caractérisé par des rapports de force et des intérêts et vise délibérément une fin précise. L'action humaine ne peut être expliquée par la seule nécessité.

Commons J.R., (1950), *op. cit.*

<sup>467</sup> Commons J.R., (1924), *Legal foundations of Capitalism*, The MacMillan Company.

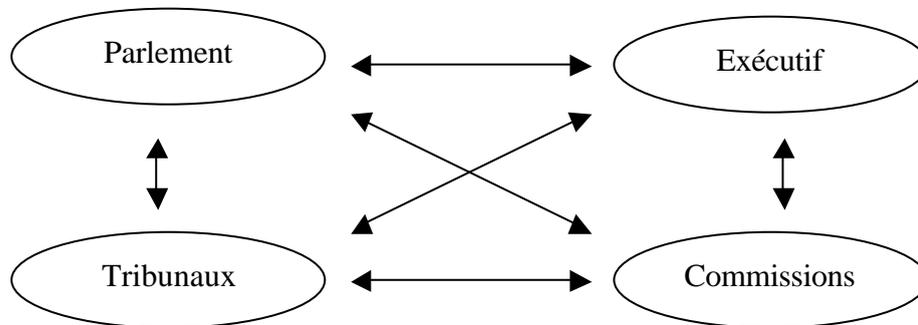
<sup>468</sup> Commons J.R., (1925), « Law and economics », *Yale Law Journal*, vol. 37, n° 2, pp. 139-178.

en particulier, à la question de la réglementation des services publics pour montrer de quelle façon celui-ci s'inscrit dans le cadre de la convention de réglementation de service public.

### III.2.1.2 L'apport de Commons à la réglementation des *utilities*

#### - La réglementation du Wisconsin

La justice sociale et le fonctionnement raisonnable du marché passaient, pour Commons, par l'organisation de la confrontation des intérêts. Il s'ensuivrait la volonté de promouvoir la création de commissions indépendantes ou d'agences administratives dotées à la fois de pouvoirs d'investigation et de quasi-attributions judiciaires. La *Wisconsin Public Utility Law*, par exemple, reposait sur l'attribution de concessions à durée déterminée, assorties d'un contrôle assuré par des commissions administratives cumulant pouvoirs d'investigation et de réglementation. Pour Commons, les commissions de régulation devaient constituer une quatrième branche de l'Etat<sup>469</sup>, devant garantir le fonctionnement "raisonnable" de la concurrence, en favorisant les pratiques concurrentielles les plus "progressistes".



La réglementation des industries en charge de la fourniture d'un service public par l'Etat du Wisconsin en 1907 constitue, à notre sens, l'une des cristallisations institutionnelles de la convention de la réglementation de service public. Elle revêt de nombreux points communs avec la réglementation observée en France au même moment. De la même façon, elle jette les bases de caractéristiques institutionnelles qui sont toujours au cœur du système électrique américain. Nous aborderons à la fin de cette sous-section la dynamique de la réglementation de l'industrie électrique américaine. Nous traiterons ici le cas spécifique du Wisconsin. Ce cas

<sup>469</sup> Commons J.R., (1939), « Twentieth century economics », *Journal of Social Philosophy*, October, pp.29-41.

est d'autant plus emblématique que Commons participa activement à la construction de ce nouveau cadre institutionnel.

L'année 1907 marqua pour les Etats de New-York et du Wisconsin la promulgation de législations ayant pour objet de réguler les *utilities*. Ces législations s'inspiraient du précédent des chemins de fer (1905 pour le Wisconsin). Elles traduisaient la montée en puissance de la contestation politique du pouvoir des grandes entreprises. La nouveauté de la mise en place des commissions de régulation résidait à la fois dans l'extension de ce modèle au-delà des chemins de fer, mais aussi et surtout dans le déplacement du niveau de régulation de la commune à l'état. La préparation de la loi du Wisconsin se caractérisa par un long travail juridique et d'intenses négociations entre les parties impliquées<sup>470</sup>. Quatre textes furent proposés. Le premier était un amendement à la loi de 1905 sur les chemins de fer. Il promulguait l'unification de leur régulation avec celle des transports urbains, fluviaux, le télégraphe et le transport d'électricité. Le second texte correspondait à la loi sur les utilités proprement dite. Elle instituait la régulation de la chaleur, de l'eau, de l'électricité et du téléphone. Une troisième loi définissait le cadre réglementaire spécifique aux transports urbains. Enfin, un quatrième texte, qui fut rejeté par l'assemblée, était un arrêt imposant l'interconnexion des réseaux et prohibant les duplications d'infrastructures de service public<sup>471</sup>.

La commission de régulation se voyait investie d'un pouvoir de contrôle sur la comptabilité des entreprises en charge d'un service public. Les transferts de titres d'une entreprise à l'autre étaient placés sous surveillance. Les éléments d'actifs devaient être évalués par la commission. Celle-ci devait uniformiser les données comptables des firmes, s'assurer de la fidélité des règles d'amortissement et présenter au public une évaluation du bénéfice annuel de la firme. La publicité faite au bénéfice des firmes (et non à leur capitalisation boursière) devait conduire celles-ci à réviser leurs tarifs si ceux-ci apparaissaient manifestement excessifs à l'opinion publique. La réglementation défendue par Commons s'opposait à une régulation qu'il désignait sous le vocable de "régulation sociale-démocrate", selon laquelle la commission devrait contrôler non seulement les profits de l'entreprise mais aussi ses charges. Cette position risquait, à son sens, de faire sortir la commission de régulation de son rôle. Elle

---

<sup>470</sup> Commons J.R., (1907), « The Wisconsin public-utilities Law », *The American Economic Review*, 36, August, pp.221-224.

<sup>471</sup> Ce quatrième arrêt répondait donc à une logique de réglementation extérieure.

pourrait alors, sous pression de la rue ou de la municipalité, baisser les tarifs de l'entreprise à un niveau ne lui permettant pas de couvrir ses charges. L'intervention directe de la commission (si celle-ci obéit aux pouvoirs publics) est donc condamnée. Commons lui préfère un contrôle des bénéfices réalisé par une commission d'Etat. Nous observons ici l'élément clé de la distinction entre la convention de la réglementation de service public et la convention de la réglementation extérieure. Dès lors que les pouvoirs publics peuvent s'immiscer dans les choix tarifaires à la firme, son indépendance et sa viabilité même sont remises en cause. La réglementation de service public n'a pas pour objet de se substituer à l'initiative privée. Elle vise à organiser son déploiement dans un cadre institutionnel garantissant un fonctionnement raisonnable au point de vue de la justice sociale et efficace au point de vue collectif. La prévention de Commons, en 1907, quant à une intervention des pouvoirs publics sur les tarifs des firmes fait écho aux conséquences en France, au point de vue conventionnel, des décrets-lois Laval de 1935. Cependant, il convient de souligner que le modèle des commissions de régulation défendues par Commons ne signifiait pas la délégation de la réglementation de firmes de services publics à des institutions n'ayant pas pour attribution de s'attacher à l'efficacité collective et aux impacts en terme de justice sociale du fonctionnement des entreprises. Si les commissions étaient indépendantes des municipalités, ces dernières, ainsi que tout citoyen, pouvaient les saisir afin de diligenter des enquêtes sur les entreprises réglementées.

La réglementation ne doit donc pas constituer un frein à l'investissement privé. Elle ne vise qu'à prévenir les bénéfices excessifs issus de l'exercice d'une mission de service public. La loi doit être assez souple pour laisser un espace d'expérimentation et de développement aux firmes du secteur. Ce souci de ne pas brider la croissance des entreprises se retrouve dans le rejet du modèle de la concession de service public. Le choix du législateur du Wisconsin se fit au profit d'un permis à durée indéterminée accordé aux entreprises. Toute entreprise est en droit de poursuivre son activité. Si une collectivité territoriale venait à décider de réaliser la prestation du service public en "régie", elle ne pourrait exercer son droit de rachat qu'en contrepartie d'une juste indemnisation, déterminée par une commission d'état. La loi ne préjuge donc pas de la fourniture publique ou privée de la prestation de service public. D'une part, elle autorise les municipalités à assurer elles-mêmes la fourniture de celle-ci. D'autre part, elle garantit les investissements de la firme privée contre tout risque d'expropriation.

La réglementation du Wisconsin reposait sur le principe de l'*ajustabilité* ou de l'élasticité de la loi aux circonstances de délivrance des prestations de service public<sup>472</sup>. Le principe de la législation était d'éviter l'imposition de règles rigides difficiles à établir, coûteuses et sinon impossibles à faire respecter. Les commissions ont pour objet de déterminer, pour chaque utilité, quelle est la valeur raisonnable du service rendu au public. Les entreprises doivent donc soumettre l'ensemble de leurs informations comptables. Pour Commons, la commission de régulation doit séparer les volets judiciaires et administratifs de son activité. Le but est ici d'éviter une gouvernance par injonction judiciaire. La commission doit par son activité rendre inutile le recours aux juridictions judiciaires. Si une affaire est renvoyée devant les tribunaux, les travaux de la commission doivent constituer la base du dossier judiciaire, de telle sorte que la cour n'ait aucune raison de demander des éléments nouveaux via une procédure d'injonction. L'investigation menée par une commission doit être, pour Commons, plus complète que celle que pourrait mener un tribunal ou un arbitre. Elle n'est pas tenue aux règles formelles des tribunaux. Elle ne se limite pas aux éléments de dossier présentés par les parties, mais peut mener ses propres investigations. Elle permet surtout de représenter les intérêts du public, souvent négligés dans la procédure judiciaire.

Une autre caractéristique de la législation du Wisconsin réside en sa volonté de soumettre à un même cadre réglementaire firmes publiques et firmes privées. Les règles posées par le législateur permettent, en effet, la coexistence équilibrée et équitable d'un secteur public et d'un secteur privé. Les deux types d'entreprises doivent avoir des comptabilités établies sur les mêmes principes. Toutes deux ne peuvent modifier leurs tarifs qu'après accord de la commission de régulation. Enfin, les entreprises publiques doivent établir des comptes séparés des autres services de la municipalité. Commons souligne que les premières années de fonctionnement de ces commissions furent marquées par de nombreuses critiques. Celles-ci portaient notamment sur les contraintes subies par les entreprises quant à la fixation de leurs tarifs. Pour certains, la divergence des logiques entre le régulateur et l'entrepreneur risquait de conduire à la fixation des tarifs en dessous des coûts. D'autres critiques portaient sur les délais et la longueur des procédures de décision. Commons attribuait cette dernière difficulté au travail de définition de règles de standardisation et de traitement de l'information. L'un des avantages de ces commissions était en effet, pour Commons, de définir des standards publics

---

<sup>472</sup> Commons J.R., (1910), « How Wisconsin regulates her public utilities », *The American Economic Review*, n°42, August, pp.215-217.

tant pour l'évaluation de l'activité des firmes que pour le niveau de la prestation offerte au public.

Ces quelques caractéristiques permettent de distinguer la convention de la réglementation de service public, telle qu'elle était défendue par les institutionnalistes américains, des autres conventions de réglementation. A la différence de la convention de réglementation extérieure, elle s'oppose à l'immixtion des pouvoirs publics dans les décisions de gestion des firmes. A l'opposé de la convention de réglementation absente, elle se refuse à définir un cadre réglementaire rigide et complet (au sens économique du terme) pour préparer toutes les situations *ex ante*. A la différence de la convention de réglementation autrichienne, elle n'accorde qu'un rôle second au contrôle *ex post* mis en œuvre par les tribunaux et elle inscrit au centre de sa démarche la recherche d'un fonctionnement raisonnable du marché.

La question de la réglementation des entreprises en charge d'un service public est inséparable, pour Commons, de la question de la propriété. La Constitution, telle qu'elle est interprétée par la Cour Suprême, a pour objet de protéger le citoyen contre les abus de pouvoir. En dehors du "processus normal de la loi", nul ne doit subir des atteintes à sa vie, sa liberté ou ses droits de propriété. Si l'intérêt public venait à entrer en contradiction avec ceux-ci, une juste compensation devrait être versée aux titulaires. Le débat principal réside alors dans l'opposition de deux principes. Le pouvoir du "domaine éminent" assortit l'expropriation d'une compensation. Le "pouvoir de police" permet d'exproprier un individu de ses droits sans indemnisation. La question de cette indemnisation occupe une place centrale pour comprendre la démarche des institutionnalistes. Elle permet de placer la logique de Commons du côté de la notion de service public et non de puissance publique. En d'autres termes, elle permet de caractériser le refus de concevoir un intérêt de l'Etat, conçu comme intérêt général, évinçant sans compensation les droits individuels. L'opposition soulignée par Commons entre la réglementation du Wisconsin et le *New Deal* témoigne de l'une des divergences entre convention de réglementation de service public et convention de réglementation extérieure. La législation du Wisconsin partait de la constatation que la libre concurrence dans le domaine des services publics de réseau conduisait à des gaspillages au point de vue collectif. La prise de contrôle des installations productives par les municipalités supposait cependant une expropriation des propriétaires privés originels. Il ne pouvait appartenir aux cours locales, juges et parties, de décider de l'indemnisation à accorder à ceux-ci. Le montant de l'indemnisation devait donc être déterminé par une commission d'état. L'indépendance de la

commission par rapport aux pouvoirs locaux garantissait la raisonnable de l'indemnisation. Or, l'aménagement de la *Tennessee Valley Authority* ne respecta pas ce principe. L'opposition de Commons à ce programme d'investissement fédéral atteste, à notre sens, de l'irréductibilité de la convention de la réglementation de service public et de la convention de la réglementation absente. Au lieu d'installer une commission inter-étatique ou une autorité administrative comparable pour réaliser une juste évaluation du préjudice causé aux firmes existantes, dans le cadre du principe du domaine éminent, le Congrès autorisa la duplication des installations sans indemnisation. Le conflit politique qui accompagna l'aménagement de la TVA sembla donc légitime à Commons du fait de l'éviction sans indemnisation des entreprises privées.

- Evolution de la réglementation de l'électricité aux Etats-Unis

### *Genèse des commissions de réglementation américaines*

#### *De la régulation municipale au contrôle fédéral*

La réglementation des services publics du Wisconsin, contemporaine de l'arrêt Croix-de-Seguey-Tivoli, en France, marque un point d'inflexion dans la réglementation des *utilities* américaines et constitue, à notre sens, un basculement conventionnel majeur. Bien que *le New Deal* conduisit à un contrôle fédéral plus poussé des entreprises du secteur électrique, le cadre général constitué par celle-ci perdurera jusqu'à la fin des années soixante-dix. L'année 1907 marque le passage d'une régulation municipale à une régulation "étatique" (dans le sens américain). Les années trente marqueront le passage à une régulation hybride, à dominante "étatique" mais sous contrôle d'une régulation fédérale pour ce qui est des interconnexions inter étatiques.

Historiquement, les municipalités américaines intervinrent dans le domaine électrique dès les années 1885<sup>473</sup> via des autorisations d'occupation du domaine public et des octrois de licences, contrôlant les tarifs. Cette réglementation fut à l'origine de deux inefficiences productives. La première fut qu'elle ne sut limiter suffisamment les entrées sur le marché. La

---

<sup>473</sup> Knittel C., (1999), « The Origins of State Electricity Regulation : Revisiting an Unsettled Topic », *Boston University, Department of Finance*, September, 18p.

ville de Duluth comptait cinq compagnies d'électricité dès 1885, New York en avait six en 1887 et Chicago n'en comptait pas moins de quarante-cinq en 1907. Ces duplications d'infrastructures étaient à l'origine d'inefficiences productives. Une seconde source d'inefficiences était attribuée à une attitude jugée par trop conciliante des municipalités envers les compagnies. Dans un contexte dominé par la lutte antitrust, l'argument d'une capture du régulateur municipal était souvent avancée.

Le basculement conventionnel intervint en 1907, quand les états du Wisconsin et de New York transposèrent la régulation déjà appliquée au secteur des chemins de fer à ceux de l'électricité et du gaz. Dès lors, de nombreux états se dotèrent de commissions de régulation des *utilities*. Celles-ci étaient dotées des capacités de fixer les tarifs, les standards des prestations et de contrôler les entrées et les sorties du marché. Elles supervisaient les décisions des commissions communales. Classiquement, la commission était constituée pour une durée de trois à cinq ans. Elle était investie du pouvoir de contrôler les évolutions tarifaires et les décisions d'investissement des firmes. Deux grandes phases de montée en puissance de ces commissions de régulations peuvent être mises en évidence, de part et d'autre de la parenthèse libérale des années vingt (convention de l'Etat absent). L'intervention du gouvernement fédéral en matière de régulation du secteur électrique fut portée par l'interconnexion (*Federal Power Commission* dans les années vingt). Du fait des spécificités du marché électrique américain, le contrôle fédéral se limita cependant aux transferts d'énergie entre états, laissant aux commissions la majeure partie de la régulation.

### *Des origines de l'intervention publique*

Deux explications furent développées pour expliquer l'implication croissante des acteurs publics dans l'industrie électrique américaine. La plus classique est celle que nous avons mise en évidence dans le cas français. L'interconnexion et les évolutions technologiques dans la production ont peu à peu fait basculer l'industrie dans le secteur non différencié, ce qui explique l'échelle croissante de la régulation, communale, étatique puis fédérale. Une seconde analyse connut un certain écho dans le cas américain. Il s'agit d'une explication de la régulation publique inspirée par la théorie de la capture. La régulation ne serait que le fruit de la capture du gouvernement par les industriels soucieux de se préserver d'une concurrence

destructrice<sup>474</sup>. La régulation de type *cost plus* serait vue par les industriels comme une garantie contre la perte de parts de marché et l'assurance d'un niveau acceptable de profit.

Cependant l'histoire économique nous enseigne que la régulation naquit moins des demandes des firmes privées que de l'action publique visant à infléchir le comportement des firmes du secteur. Cette action publique volontariste fut le fruit des efforts du mouvement progressiste à la charnière des deux siècles, comme en atteste l'exemple du Wisconsin. Ce mouvement, né d'une forte résistance à l'influence des grandes entreprises sur les pouvoirs publics américains, fut à l'origine de la construction d'un modèle de régulation des utilités publiques, forgé sur les prescriptions des économistes institutionnalistes. L'accession au pouvoir de cette sensibilité dans le Wisconsin en 1907 conduisit à un bouleversement réglementaire majeur. Le gouverneur du Wisconsin, La Follette, tenant la régulation municipale comme inefficace et parfois corrompue, instaura une régulation des entreprises de service public au niveau étatique et fit pression sur les tarifs des compagnies. Ce basculement conventionnel avait été "annoncé" dès 1903 à New York par la constitution d'un comité d'enquête sur les tarifs des compagnies électriques et gazières. Les conclusions de ce comité, dirigé par Charles Hugues, futur gouverneur de l'Etat, citées par Knittel<sup>475</sup>, résonnent comme la prise de conscience de la nécessité d'opérer un basculement de convention de réglementation : « *the gross abuse of legal privilege in overcapitalization and in the manipulation of securities for the purpose of unifying control and eliminating all possible competition shows clearly that there can be no effective remedy by general legislation or through ordinary legal proceedings, and that for the protection of the public should be created a commission with inquisitorial authority, competent to make summary investigations of complaints, to supervise issues of securities and investment in the stocks or bonds of other companies, to regulate rates and to secure adequate inspection, or otherwise enforce the provisions of the law* ». L'élection de Hugues au poste de gouverneur en 1906, se traduira dès l'année suivante par l'adoption d'une régulation des industries électriques et gazières. Il est à noter que cette régulation ne constituait pas une révolution dans l'architecture institutionnelle américaine, dans la mesure où des commissions de régulation avaient été créées par certains états (Illinois, 1870) pour les chemins de fer. La rupture de 1907 fut de transformer cette particularité en un phénomène touchant la plupart des états et concernant l'ensemble des services publics.

---

<sup>474</sup> Jarrell G, (1978), « The Demand for State Regulation of the Electricity Utility Industry », *Journal of Law and Economics*, October, 21(2), pp. 269-295.

<sup>475</sup> Knittel, (1999), *op. cit.*

Les analyses en termes de capture de la régulation semblent donc invalidées par la dynamique historique du secteur électrique américain. Il n'en demeure pas moins que dès 1898, le Président de la *National Electric Light Association* (NELA), l'association professionnelle américaine, avait pressenti le futur épuisement du modèle concurrentiel dans le secteur électrique. La concurrence était considérée par les industriels comme impuissante à faire chuter les tarifs, alors qu'elle contribuait à accroître leurs risques industriels. Seule une régulation publique, qui permettrait de réduire les risques pesant sur les investissements productifs, pourrait réduire la prime de risque payée par les firmes électriques et donc abaisser les tarifs de l'électricité. Bien que la régulation fit débat dans la profession, celle-ci apparaissait comme inévitable au niveau des associations professionnelles. Ainsi, le basculement conventionnel américain de 1907, tout comme le basculement français des années trente reposait-il sur une acceptation de la nécessité de l'intervention publique chez les industriels.

### *Spécificités du modèle américain de commissions de régulation*

Le modèle américain des commissions de régulation ne saurait donc se réduire à la pratique britannique contemporaine des autorités de régulation. La régulation américaine procède, comme nous l'avons vu, de l'idée que l'intervention publique dans l'économie est légitime dès lors que l'intérêt des consommateurs peut être mis en péril par la présence de firmes dotées d'un pouvoir de marché. L'arrêt de la Cour Suprême « Munn contre l'Etat d'Illinois » de 1877 fut le premier dans lequel la notion de Public Utility fut invoquée<sup>476</sup>. Le juge précisa que « *la propriété est revêtue d'un intérêt public dès lors qu'elle est utilisée d'une façon qui lui confère des conséquences à caractère public et affecte la grande masse de la communauté* ». De ce fait, le propriétaire d'un tel bien (i.e. la personne en charge du service public) « *doit se soumettre au contrôle public dans le but du bien commun* ».

---

<sup>476</sup> Matheu M., (2000), « L'Europe à l'école américaine et britannique », *Dossier Régulation, Sociétal*, n° 30, 4<sup>e</sup> trimestre, pp. 55-60.

La pratique des commissions de régulation s'axa sur le contrôle des prix et sur la limitation de la concurrence interfirmes à l'origine de la création de monopoles régionaux<sup>477</sup>. Ce fut dans ce cadre que fut élaboré le modèle de la *Sunshine regulation*, ou régulation à la main légère<sup>478</sup>. L'esprit de celle-ci se fonde sur la dénonciation publique par le régulateur des pratiques délictueuses de certaines entreprises. La contre-publicité faite à l'entreprise est supposée avoir un effet disciplinant suffisant. Nous sommes donc dans le modèle d'une régulation qui ne vise pas à encadrer les pratiques du marché de façon réglementaires. Les coûts de réglementation sont bien sûr minorés. Ce modèle s'oppose à celui de la régulation britannique. Le régulateur britannique est souvent un régulateur individuel, responsable devant l'autorité en charge du droit de la concurrence. Nous pouvons citer les exemples de S.Littlechild pour l'électricité et de B.Casberg pour les télécommunications. Il s'agit d'un modèle de régulateur indépendant en charge de la construction de marché de concurrence pure et parfaite. C'est ce dernier et non l'approche américaine qui s'est imposé au niveau européen.

### **III.2.2 La tradition originelle du service public à la Française : le rôle des collectivités territoriales et des particuliers**

Cette section vise à montrer par quel cheminement nous sommes passés de la convention de la réglementation du service public à la convention de la réglementation extérieure appliquée aux services publics. Il s'agira de montrer comment l'étatisation progressive du service public s'est imposée des années trente à cinquante et comment cette transformation de la loi du service public en un ensemble de services rendus au public par des entreprises nationales jouissant de monopoles légaux peut constituer une faiblesse face à la montée de la convention de la réglementation absente. Nous verrons comment la réduction du service public en un ensemble de prestations rend peu opérationnel le *distingo* entre service public et service universel.

Notre première sous-section s'attachera donc à présenter la construction de la convention de la réglementation de service public, en insistant notamment sur la doctrine juridique du service public et sur la construction jurisprudentielle, progressive et décentralisée de cette

---

<sup>477</sup> La loi du sénateur Reagan en 1887 fut à l'origine de l'adoption du modèle de la concession pour les transports publics.

<sup>478</sup> Cette régulation fut initiée par Charles Adams, président du conseil des commissaires des chemins de fer du Massachusetts.

convention. Notre seconde sous-section consistera en une ré-interprétation du matériau historique étudié dans le premier chapitre à la lumière des débats juridiques. Elle montrera comment nous sommes passés de la convention de réglementation de service public à la convention de la réglementation extérieure. Il s'agira de mettre en évidence les origines techniques, économiques et juridiques du basculement conventionnel qui a débouché sur l'étatisation du service public. Enfin, notre troisième sous-section présentera les facteurs de vulnérabilité de cette convention face à la montée en puissance de la convention de la réglementation absente, promue par les autorités communautaires. Nous nous attacherons particulièrement aux contestations économiques et juridiques portées par ce changement conventionnel, avant de nous attacher aux nouvelles conceptions économiques et juridiques du service public portées par Bruxelles.

La tradition du service public français n'est pas réductible au modèle de la grande entreprise du secteur public. En effet, le service public fut à son origine une création jurisprudentielle<sup>479</sup>. La tradition juridique du service public ne procédait pas d'un calcul d'optimisation d'une fonction de production mais était le fruit de la jurisprudence du Conseil d'Etat et des tribunaux des Conflits<sup>480</sup>. Celle-ci était suscitée par les actions en justice des particuliers<sup>481</sup> pour faire valoir leurs droits face à la Puissance Publique (arrêts Agnès Blanco<sup>482</sup>, Terrier<sup>483</sup>, Bac d'Eloka<sup>484</sup>). Cette première notion du service public<sup>485</sup> ne concevait pas le particulier comme un usager - sujet dont il s'agit de guider les choix - mais comme un citoyen auquel on

---

<sup>479</sup> Le même phénomène se retrouve pour l'émergence du principe de responsabilité sans faute de l'Etat, en droit administratif, notamment au travers de l'arrêt Cames de 1895.

Béchillon (de) D., (2002), « Genèse et structure de la responsabilité sans faute de l'Etat en droit administratif français », in Kirat T., (sd.), *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, LGDJ, Paris.

<sup>480</sup> Chrétien P., (1998), « Vacuité de la notion juridique de service public », *Sociétés contemporaines, Service public et service universel*, n° 32, octobre, pp.11-23

<sup>481</sup> Duguit L., (1907), « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *Revue du Droit Public et la Science Politique en France et à l'étranger*, pp. 412-439.

<sup>482</sup> Tribunal des Conflits, 1873, Blanco cl. David

<sup>483</sup> Conseil d'Etat, 1903, Terrier cl. Romieu.

<sup>484</sup> Tribunal des Conflits, 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain cl. Matter

<sup>485</sup> Il convient ici de préciser les modalités d'organisation de celui-ci. La concession de service public est un contrat chargeant une personne privée ou une personne publique d'assurer un service public à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt. La personne publique concédante rémunère le prestataire en lui confiant l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers. L'avantage pour le concessionnaire est que la durée du contrat est déterminée de façon à garantir l'amortissement de ses investissements et le dégagement d'une marge bénéficiaire "raisonnable". D'autres types de délégation de service public sont aussi possibles, tels l'affermage, la gérance, la régie intéressée (l'opérateur privé n'est impliqué que dans l'exploitation) ou la concession à péages virtuels (*shadow tolls*). Cette dernière consiste à confier à un opérateur privé la construction et l'exploitation (à ses risques et périls) d'une infrastructure publique. Les redevances (droits de péage) ne sont pas acquittées par les usagers eux-mêmes, mais par la collectivité concédante, qui règle l'équivalent des péages, en fonction de l'utilisation de l'équipement.

offre un cadre d'action pour faire valoir ses droits et défendre ses intérêts tant devant l'entreprise en charge du service public, au cas où le cahier des charges n'est pas respecté, que face aux pouvoirs publics s'il s'estime lésé par celui-ci. Notons par ailleurs que cette tradition se refusait à faire une distinction entre les services publics d'autorité, tels la justice (nous dirions régaliens) et les services publics de gestion, tels l'eau ou l'électricité. De la même façon, peu importait au regard du Droit que le service fut rendu directement par les agents de l'Etat ou par une entreprise à laquelle il était délégué.

L'effacement de cette première tradition du service public au profit du modèle de la grande entreprise de service public est à notre sens le fruit d'une dynamique historique. Il s'agira de mettre en évidence le fait que les analyses de l'Economie du Bien Etre et une certaine interprétation de la théorie du rendement social de Maurice Allais<sup>486</sup> ont contribué à réduire la portée du service public à la simple correction des défaillances du marché. Notre seconde section s'attachera aux implications de cette transformation tant au point de vue de la place faite aux particuliers qu'à celui de la capacité de sauvegarde du service public face au mouvement de déréglementation actuel. Nous nous attacherons à mettre en évidence la proximité théorique entre le modèle du monopole public et celui porté par la libéralisation, afin de montrer comment la sauvegarde du service public passe par un retour à une définition substantielle de celui-ci et suppose l'abandon du modèle du service public par défaut.

### III.2.2.1 La construction de la convention du Service public

#### *La construction jurisprudentielle de la notion de service public*

La justification économique soutenant le monopole national vient occulter la conception fondatrice du service public et par ce biais dénature les formes d'intervention des citoyens dans celui-ci. Du particulier qui fait valoir des droits opposables à l'Etat ou au concessionnaire, on passe à un usager - sujet consommant un bien collectif standardisé dont l'offre est déterminée par le seul Etat central en fonction des prescriptions de modèles théoriques fournissant l'intérêt général. La première conception était celle développée par Léon Duguit (1907). Il s'agissait de déterminer les droits des particuliers face au service

---

<sup>486</sup> Allais M., (1998), *Economie et intérêt*, seconde édition, éditions juridiques et économiques, Clément Juglar, Paris, 800 p.

public. Ceux-ci étaient vus comme engagés dans une démarche active visant à faire valoir leurs intérêts et à défendre leurs droits. Ils n'étaient conçus ni comme des usagers ni comme de simples consommateurs d'un bien ou service collectif. Au-delà, dans la conception duguiste, même si un individu n'est pas directement consommateur d'un service public, il peut faire valoir ses droits dans la mesure où il est toujours indirectement concerné. Par exemple, un automobiliste a un intérêt à la construction de nouvelles infrastructures de transport collectif dans la mesure où celles-ci lui permettront de circuler sur des routes moins engorgées. En d'autres termes, il s'agissait d'un service public « territorialisé » qui reconnaissait aux particuliers un droit d'action tant sur son périmètre que sur sa réalisation, que ceux-ci en soient ou non des utilisateurs directs. Cette optique « décentralisée » est aussi présente dans la loi sur l'électricité de 1906, laquelle faisait la plus large place aux concessions accordées par les communes.

Le service public est ainsi une création purement jurisprudentielle. Sa genèse ne vient pas d'une construction législative délibérée mais s'ancrerait pour reprendre les termes d'Hayek dans un modèle d'ordre spontané émergeant progressivement de la jurisprudence<sup>487</sup>. Cette genèse peut être scandée par trois décisions étalées sur près de cinquante ans. La première pierre fut posée par l'affaire Blanco dès 1873. Les décisions relatives au chasseur de vipères Terrier et au naufrage du bac d'Eloka en 1921 en Côte d'Ivoire modelèrent définitivement la première tradition du service public. Comme le souligne P. Chrétien, la notion juridique du service public a été forgée autour de débats quant aux partages de compétences entre juridictions (civiles ou administratives) et non pas sur le périmètre des activités prises en charge par la collectivité.

L'arrêt de 1873 relatif à l'accident d'Agnès Blanco, renversée par un wagonnet de la manufacture des tabacs pose la question de la responsabilité incombant à l'Etat dans le cadre de dommages causés aux particuliers, du fait de personnes qu'il emploie. Le Tribunal des Conflits, tranchant dans le sens d'une compétence du tribunal administratif, indique que les litiges impliquant les services publics ne sauraient être réglés par le Code Civil.

L'affaire Terrier est liée à la décision d'un Conseil général d'allouer des primes à tout individu détruisant des vipères. Le chasseur de vipères Terrier se plaint de ne pas avoir reçu du

---

<sup>487</sup> Hayek (von) F.A., (1973), *Droit, législation et liberté*, Quadrige, PUF, Paris, nouvelle édition 1995.

département une somme équivalente au nombre d'animaux nuisibles qu'il a éliminés. L'arrêt du Conseil d'Etat, statuant sur la compétence administrative ou judiciaire, va conduire à une unification du régime des services publics locaux et nationaux. Le Commissaire du Gouvernement, Romieu, indiqua alors que ce qui vaut pour les services publics de l'Etat vaut aussi pour ceux des collectivités territoriales : « *qu'il s'agisse des intérêts nationaux ou des intérêts locaux, du moment où l'on est en présence de besoins collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir, la gestion de ces intérêts ne saurait être considérée comme gouvernée nécessairement par les principes du droit civil qui régissent les intérêts privés; elle a, au contraire, par elle-même, un caractère public; elle constitue une branche de l'administration publique en général...* ». Cette jurisprudence sera confirmée par l'arrêt Théron de 1910. La ville de Montpellier avait concédé la capture, la mise en fourrière des chiens errants et l'enlèvement des bêtes mortes. Quand bien même le service était pris en charge par une société privée, le Conseil d'Etat retint la compétence administrative dans la mesure où le service, participant à l'hygiène publique, assumait une mission de service public.

Dans l'affaire du bac d'Eloka, le juge distingue les services publics qui sont « *de l'essence même de l'Etat ou de l'administration publique* » des services « *de nature privée* », entrepris par l'Etat en cas de défaillance de l'initiative privée et opérés dans une logique de promotion de l'intérêt général. En l'occurrence la colonie de Côte d'Ivoire exploitait ce bac dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire. Cet arrêt marque la naissance du service public à caractère industriel et commercial. Il est à noter que la notion de service public est un élément secondaire dans l'affaire (de compétence judiciaire). L'arrêt consacre plutôt la substitution de l'Etat au privé en cas de défaillance de celui-ci. A ces bases jurisprudentielles, s'est ajoutée une construction juridique du concept de service public, élaborée principalement par Léon Duguit.

### *L'Ecole du Service Public*

Le service public, tel que nous le connaissons, dérive des bases jetées sous la Troisième République par Léon Duguit au nom de l'interdépendance des citoyens, sous l'influence du Solidarisme de Léon Bourgeois<sup>488</sup>. Le service public est conçu, dans ce cadre, comme une

---

<sup>488</sup> Bourgeois L, (1998), *Solidarité*, Presses du Septentrion (réédition).

obligation à l'égard des particuliers et du corps social. Le service public doit répondre à une loi générale qui est celle de l'ensemble de l'Etat. Il s'agit de faire régner l'ordre, la paix et la justice. Ces trois bases ne sont pas définies une fois pour toutes mais sont appelées à évoluer dans le temps, notamment sous l'effet de la jurisprudence du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs. S'il revient à l'Etat de formuler la loi du service public, c'est-à-dire les obligations qui lui incombent, il ne faut point occulter le fait que le service public est le fruit de la jurisprudence.

La définition du service public est dès lors étendue à toute activité exercée dans le sens de l'intérêt général. Léon Duguit fera de cette notion la base de sa théorie de l'Etat. Le périmètre de celui-ci est déterminé par le besoin social. Celui-ci définit les droits objectifs comme l'ensemble des normes issues de la conscience sociale ou l'ensemble des règles nécessaires pour le développement de la vie sociale. Le service public est à la fois le fondement et la limite du pouvoir. L'Etat se justifie par les besoins collectifs et trouve sa limite par les exigences de la conscience sociale.

Dans la théorie du droit de Léon Duguit, deux types de règles sont à distinguer<sup>489</sup>. La première est la règle de droit normative. Elle exprime une règle générale de droit et s'impose à tous les particuliers. Elle apparaît donc comme la condition même du maintien de la vie sociale. Elle se distingue de la règle de droit constructive ou technique. Celle-ci intervient pour appliquer la règle de droit normative. Elle s'adresse aux autorités judiciaires et administratives en charge de l'application de la règle de droit. Ces règles créent des dispositifs, fixent des compétences et créent des voies de droit devant assurer la sanction de la norme juridique. Ce second type de règle correspond par exemple à l'ordonnance de 1986, organisant le recours devant le Conseil de la concurrence ou à la loi de février 2000 sur l'électricité, instituant la Commission de Régulation.

D'une certaine manière le service public peut se concevoir comme la manifestation de la loi de solidarité dans l'ordre juridique. Il fait figure de cristallisation sous forme de convention de réglementation. La conception du service public est pour Duguit une loi de but commandant le droit positif. L'Etat se définit dans cette conception par sa mission de service public et non par les prérogatives de puissance publique. Duguit refuse de fonder la souveraineté de l'Etat

---

<sup>489</sup> Dubouchet P., (1998), *La pensée juridique avant et après le Code Civil*, L'Hermès.

sur les droits subjectifs dont seraient titulaires les gouvernants. Dans ce cas, les théories d'autolimitation de l'Etat ne semblent pas cohérentes aux yeux de Duguit dans la mesure où si l'Etat n'est lié que par le droit qu'il s'impose, il peut s'en détacher. L'hypothèse de Duguit, inspirée de l'Ecole Historique Allemande, repose sur la supériorité du droit objectif, qui émane du groupe social, sur le droit positif étatique, lequel ne fait que constater et sanctionner le droit objectif. Ainsi, le service public émane de la demande sociale. Ceci limite le périmètre de l'intervention de l'Etat.

Le service public fonctionne, dans le modèle duguiste, comme une loi. Il s'impose aux particuliers et leur fournit un cadre d'action pour invoquer son respect. Cette capacité vaut que le service public soit concédé ou pas. Il est possible pour l'usager de se retourner contre le concessionnaire ou l'entreprise en charge du service public pour demander une réparation en cas de préjudice causé par son fonctionnement. Les règles de la responsabilité civile s'appliquent. Il est aussi possible de se retourner contre l'Etat. Il s'agit de la critique par voie de recours pour excès de pouvoir. Celle-ci peut se faire si les clauses du cahier des charges de concession ne sont pas respectées. Il est même envisageable d'attaquer la construction même de celui-ci en s'appuyant sur la loi. D'une façon générale, les possibilités d'action offertes aux particuliers dans le modèle duguiste donnent aux citoyens un pouvoir de critique les rendant aptes à influencer sur l'aménagement du service public.

La fondation de la conception française du service public remonte, comme nous l'avons vu, à l'arrêt Blanco de 1873. Avec cet arrêt une action est considérée comme administrative dès lors qu'intervenait la puissance publique. Le service public prend alors une définition extensive, concernant aussi bien la mission elle-même que les équipements et institutions qui y concourent. Le droit administratif s'applique dès lors que nous sommes en présence d'un service public, c'est-à-dire un service créé et géré par l'Etat dans le but de satisfaire des besoins sociaux<sup>490</sup>. Cette conception du service public fut longuement contestée. Certains (Berthélémy) se faisaient les avocats d'une distinction entre le service public (régalien) et les services d'intérêts généraux (ex. les chemins de fer), faisant partie du domaine privé de l'Etat. Si Hauriou défendait le service public, c'était sur le fondement de la puissance publique. Un double débat juridique s'ouvrait donc, traitant des questions du périmètre des services publics et du régime juridique du contentieux lié au service public. Les arrêts Terrier, Feutry et

---

<sup>490</sup> Guglielmi G.J. et Koubi G., (2000), *Droit du service public*. Domat, Droit Public, Montchrestien, Paris, 585 p.

Théron étendirent la compétence du juge administratif au-delà des seuls actes d'autorité. Ce n'est que dans les années trente que les arrêts Vézia et Magnier reconnurent qu'un privé peut gérer un service public hors du cadre contractuel et que ce dernier ressort donc du tribunal administratif.

La compréhension de la tradition juridique du service public suppose de revenir aux arrêts jurisprudentiels. La conception du guiste du service public s'incarne dans l'arrêt *Syndicat des habitants du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* en 1907. Duguit prit dans cette affaire la tête d'une association d'habitants protestant contre la suppression unilatérale par le concessionnaire du service public d'un service de tramway desservant leur quartier. Le principe sous-jacent à l'action est que les particuliers sont parties-prenantes dans l'institution du service public. Le concessionnaire ne peut modifier de lui-même la prestation. Le fait que le Conseil d'Etat ait jugé recevable la saisine devant la juridiction administrative, indique que même si la concession de service public a un contenu contractuel, elle possède de la même façon un caractère de type réglementaire. Ce dernier est lié à l'existence du cahier des charges. Ainsi, comme l'indiquait Hauriou dans son commentaire sur le recueil *Sirey* relatif à cet acte, le fait qu'un service public soit exploité en concession n'a pas d'incidence sur le droit de contestation des particuliers vis-à-vis du service. Ainsi le primat du caractère matériel du service public sur le critère organique est affirmé.

Il faut admettre que l'idée de droit du particulier au service public n'a pas de sens dans ce cadre. Il ne s'agit pas de droits ouverts à une prestation mais d'un cadre d'action fourni par le législateur au particulier pour qu'il fasse valoir ses intérêts. De la même façon, tous les services publics se trouvent dans la même position face à la Loi. Il n'existe pas de distinction de nature entre le service public de gestion (i.e. économique) et le service public d'autorité (i.e. régalién). En d'autres termes, les services publics économiques ne sont pas du domaine de l'Etat par défaut du fait des défaillances du marché. En d'autres termes, leur situation n'est pas révisable en cas de modification des paramètres de la fonction de production, ce qui est le cas dans la réglementation extérieure.

La notion de service public a donc remplacé celle de souveraineté comme fondement du droit public. La base de l'action de l'Etat est fondée sur les obligations des gouvernants vis-à-vis des gouvernés. Au long du XIX<sup>ème</sup> siècle, l'action publique en France s'organisait autour de

l'Etat gendarme, garant de l'ordre public économique<sup>491</sup>. Cependant, cette convention ne désigne en aucun cas l'indifférence ou l'inaction des pouvoirs publics face à la chose économique. L'implication de l'Etat fut constante en matière de financement des infrastructures de communications. Ainsi la convention de l'Etat absent, telle qu'elle prévalait au XIX<sup>ème</sup> siècle, apparaît comme une variante modérée de la convention qui opère son retour depuis les années soixante-dix. La nouvelle conception du rôle de l'Etat dans cette nouvelle convention peut être illustrée par les *Private Finance Initiatives* britanniques, organisant le financement, la construction et la gestion privée d'infrastructures publiques.

La place de l'Etat dans l'économie a connu un bouleversement avec la Grande Dépression de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. D'un Etat tutélaire et auxiliaire, nous sommes passés à une première version d'un Etat Providence et directement interventionniste<sup>492</sup>. Dès 1878, l'Etat mit en place le premier réseau public d'infrastructures de chemins de fer et créa une administration spéciale pour gérer les lignes des compagnies privées en faillite. L'action de l'Etat se déclina au niveau local grâce à la loi municipale du 5 avril 1884. Selon celle-ci, les communes étaient libres d'organiser des services publics locaux tels l'eau, le gaz et l'électricité. Ainsi, les municipalités prirent en charge la fourniture de la prestation et les activités de réglementation et de contrôle. L'intervention de l'Etat dans les services publics devint considérable, non tant sous l'impulsion d'une politique volontariste, que sous l'effet des circonstances et des nécessités économiques. Cette tendance connut, comme nous l'avons vu, une première accélération avec la Grande Dépression avant de monter en cadence durant les années trente, comme en atteste l'expérience du secteur électrique.

### III.2.2.2 La construction d'une définition restrictive du service public

#### *Du Service Public aux services publics : une dynamique théorique*

La théorie du service public fut à l'origine le fruit de la jurisprudence et des débats de doctrine juridique. Cependant, le service public tel que nous le connaissons est le résultat de travaux des ingénieurs économistes français de Jules Dupuit<sup>493</sup> à Maurice Allais en passant par

---

<sup>491</sup> Guglielmi G.J. et Koubi G., (2000), *Ibid.*

<sup>492</sup> Chevalier J., (1994), *Science Administrative*, PUF-Thémis, p.158.

<sup>493</sup> Dupuit J., (1844), «De la mesure de l'utilité des travaux publics », reproduit dans la *Revue française d'économie*, vol. X, printemps 1995, pp.55-94.

Clément Colson<sup>494</sup>. En effet, un double mouvement s'amorça dès l'entre-deux-guerres, lequel fit passer le service public à la française d'une nature jurisprudentielle et décentralisée à une définition en terme d'efficacité économique et d'emblée de dimension étatique. Deux tendances de fond ont contribué au rabattement de la notion de service public sur celle de management optimal du secteur public : le mouvement de nationalisation des économies dans les années trente et l'économie du Bien Etre. La première tire ses racines de la rétractation des économies sur une base strictement nationale au lendemain de la Grande Guerre et des pratiques interventionnistes héritées de l'économie de guerre. La crise des années trente amplifia encore ce phénomène<sup>495</sup>. L'intervention de l'Etat dans l'économie s'impose comme un nouveau paradigme de politique économique. Dans ce cadre, l'implication de l'Etat central dans certains services publics (électricité, chemins de fer...) est légitimée théoriquement au moment même où elle devient une nécessité technique<sup>496</sup> (du fait notamment de l'interconnexion des réseaux). Le domaine pertinent de régulation des services publics passe donc d'une échelle souvent communale<sup>497</sup> à une dimension d'emblée nationale. Cette tendance va confluer avec une dynamique théorique tendant à fournir un cadre explicatif unifié pour les interventions de l'Etat dans l'économie.

### Du Service Public aux services publics : une dynamique juridique

La notion juridique de service de service public connut tout autant une transformation progressive fondée sur la liaison entre les dimensions matérielles, organiques et l'institution juridique. Cette évolution fut couronnée à la Libération par l'identification du service public à l'entreprise nationale. Le préambule de la Constitution de 1946 précisait que « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité* ». La posture selon laquelle « *les infrastructures nécessaires au développement économique doivent être la propriété de l'Etat* » conduit à une association entre le service public, la propriété nationale et le monopole. S'il n'existe pas de définition objective et substantielle du service public, la malléabilité de la notion lui permet de s'adapter aux diverses évolutions conventionnelles. Ainsi, le service public se conçoit comme « *l'expression juridique d'une philosophie*

---

<sup>494</sup> Colson C., (1960), *Morceaux choisis*, Dalloz, Paris.

<sup>495</sup> *X-crise, de la récurrence des crises économiques*, 1981, Economica, Paris

<sup>496</sup> *La nationalisation de l'électricité en France : nécessité technique ou logique politique*, 1996, AHEF-PUF, Paris.

<sup>497</sup> Colli J.-C., (1986), *op. cit.*

*politique*<sup>498</sup> ». L'entreprise publique doit donc se comprendre comme la matérialisation de la convention de réglementation extérieure. Le passage du Service Public aux services publics portés par les entreprises nationales est le fruit d'une dynamique de changement conventionnel. Alors que dans la conception du guiste le service public remplaçait la notion de puissance publique comme fondement et limite de l'intervention de l'Etat, une nouvelle convention de réglementation s'est imposée reposant sur la trilogie Service Public – Entreprise Publique – Monopole légal. Ce n'est donc pas à la convention de la réglementation du Service public que la vague de libéralisation va se heurter mais à une convention qui apparaissaient, dès les années cinquante, aux juristes tenants de la tradition du service public, comme une "dégradation"<sup>499</sup>.

La première conséquence du passage de la convention de la réglementation de service public à la convention de la réglementation extérieure est l'écrasement de la notion de particulier par celle d'usager. Dans le cadre de l'Etat extérieur, les décisions relatives au périmètre et aux conditions de réalisation du service public ne sont plus aux mains des particuliers mais appartiennent aux ingénieurs économistes des firmes nationalisées. Le calcul économique détermine les choix d'investissements et les tarifs. Il s'agit de distordre les choix individuels dans un sens conforme à l'intérêt collectif (réduit à la maximisation du rendement). Le citoyen est écrasé sous l'usager. Un extrait du rapport de Maurice Allais, *Le problème de la coordination des transports et la théorie économique* (1947) est à citer. « *Dans tous les cas la SNCF devrait modifier sa politique tarifaire actuelle et vendre ses services au coût marginal sans s'occuper des conséquences d'une telle politique tant sur le volume de son trafic que sur l'équilibre de son budget, la différence positive ou négative entre les recettes et les coûts devant être prise en charge par le budget général* ». La définition du service public se fait dès lors par défaut. Une firme publique ne tire sa légitimité que de l'existence d'une défaillance de marché. Nous verrons dans notre seconde partie quelles peuvent être les conséquences de ce glissement sur la place réservée aux particuliers et sur la capacité de résistance du service public à la Française face aux remises en cause communautaires. Pour Allais, l'intervention de l'Etat se borne au secteur non différencié (où il existe un monopole naturel). Si jamais la technologie de production connaît une évolution permettant la concurrence (rendements d'échelle décroissants), le recul de la sphère publique est légitime.

---

<sup>498</sup> Pontier J.M., (1996), « La conception française du service public », *Dalloz*, chronique, p. 9.

<sup>499</sup> Corail (de) J.-L., (1954), *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif*, LGDJ, 347 p.

La distension des volets sociaux et économiques du service public conduit à un affaiblissement de la notion et une plus forte préhension à la critique libérale<sup>500</sup>. L'interdépendance des dimensions économiques et des besoins collectifs qui était au cœur de la convention de réglementation de service public est occultée. Au contraire, ce n'est plus l'effet solidaire qui identifie le service public mais les spécificités de la fonction de production. « Or, dès l'instant où le contenu de la prestation est détaillé et entendu comme un "service rendu", qui exige une contrepartie de la part d'un usager, la qualité du rapport entre celui-ci et le service est modifiée. Le service public perd son unité<sup>501</sup> ». C'est le glissement entre le Service Public et les services publics, porté par la convention de réglementation extérieure, qui va justifier l'assimilation du service public à la sphère étatique fondée sur des critères quantitatifs et conduire à une convergence du service public et du service universel. Dès lors, les services publics marchands vont se concevoir comme une dérogation vis-à-vis du cadre concurrentiel. Le fait que ces réseaux aient été constitués ou achevés par l'Etat au nom de besoins sociaux et de nécessités publiques est oublié. Les services publics sont mis sur un même niveau que les services d'intérêt économique général européens alors que la philosophie sous-jacente aux deux notions est radicalement différente. Dès lors que la seule finalité du service public réside dans la délivrance de prestations dans des conditions définies par le législateur, il n'y a aucune raison logique de s'opposer à ce qu'une entreprise régulée prenne en charge celles-ci.

Au final, une double dynamique tant historique que théorique a conduit à une transformation radicale de la tradition française du service public. D'une conception essentiellement décentralisée, incarnée par la délégation de service public sur l'initiative des collectivités territoriales, et assise sur la jurisprudence des tribunaux administratifs suite à des actions en justice des particuliers, nous sommes passés à une conception du service public de nature beaucoup plus restrictive et intrinsèquement étatique. La question du service public a été "rabattue" sur celle du management optimal des industries de réseaux. La définition substantielle du service public à laquelle était attaché Léon Duguit a cédé la place, à une définition d'un service public par défaut. La seule justification de la propriété publique de certaines entreprises (SNCF, EDF, GDF,...) semble alors être la défaillance du marché.

---

<sup>500</sup> Guglielmi G.J. et Koubi G., (2000), *op. cit.*

<sup>501</sup> *Ibid.*, p.75.

### III.2.2.3 La fragilité de la défense des services publics

#### - La contestation économique

Deux questions sont occultées par la réglementation de type extérieur. La première a trait aux missions de service public portées par les entreprises publiques. Il n'existe plus de définition substantielle du service public. La seconde concerne la fiabilité de l'ensemble du système dérégulé, notamment au niveau de la sûreté, comme en attestent les errements dramatiques des chemins de fer anglais. Si la convention de la réglementation extérieure porte en elle les germes d'une dérive vers le modèle britannique, une différence de nature semble toutefois apparaître. L'un relève du domaine de la Puissance Publique. Le décideur public, despote éclairé, prend les décisions impliquant des choix sociaux selon les prescriptions des experts. Le second ressort de celui du marché décentralisé, dans lequel il n'existe d'intérêts que particuliers. Les projets "extérieur" et "absent" reposent tous deux sur une conception du marché comme idéal type et ne laissent aucune place active au citoyen pour faire valoir ses droits et ses intérêts. Aucun des deux ne propose de définition substantielle de ce que doit être un service public. Le danger serait de ne concevoir les services publics que selon la justification fournie par la théorie économique standard pour l'existence des monopoles nationaux. Celle-ci n'a peut-être représenté qu'un moment, qu'une parenthèse dans l'histoire des services publics français. La tradition du service public de la Troisième République, se fondait principalement sur une logique située, laissant une part centrale aux collectivités territoriales, aux délégations de service public. Cependant, le particulier avait toujours la possibilité de s'appuyer sur la loi du Service Public pour faire valoir ses droits. La meilleure défense des entreprises en charge du service public pourrait alors résider en un retour à cette première tradition attentive aux besoins exprimés localement.

Le service public est désarmé théoriquement face aux arguments de la nouvelle économie des réseaux. La réduction du service public aux entreprises nationales de services public induit une posture défensive. D'une part, il s'agit dans une certaine mesure de simuler le marché, dont le fonctionnement fait figure d'idéal type, en égalisant le prix au coût marginal<sup>502</sup> et

---

<sup>502</sup> Rappelons tout de même que le référentiel reste le coût marginal de long terme et non le coût marginal de court terme. La notion de coût marginal utilisé par Maurice Allais pour la tarification ne correspond pas au coût marginal pour un volume d'équipement donné, mais au coût marginal de long terme. Si les capacités productives sont appelées à évoluer, une tarification assise sur les seuls coûts marginaux de court terme risquerait de faire prendre des décisions anti-économiques aux consommateurs. Les signaux de prix adressés aux consommateurs

d'autre part, il ne trouve de place que dans la mesure où il peut être argué que la technologie de production induit des rendements croissants. Si jamais la technologie de production venait à changer, il n'y aurait aucune raison de s'opposer à ce que des activités de service public soient transférées au privé. En ce sens la privatisation de France Télécom est parfaitement justifiée dans le cadre d'une convention de la réglementation extérieure. Le monopole naturel ayant disparu du fait des progrès techniques, la privatisation était inéluctable.

Rappelons que la formalisation théorique de la séparation verticale des opérateurs de réseau est à rechercher du côté de la théorie des marchés disputables et des travaux de Jean-Jacques Laffont et de Jean Tirole qui se présentent eux-mêmes comme les continuateurs de l'analyse allaisienne<sup>503</sup>. Les premiers visent à restaurer les mécanismes concurrentiels en rendant possible l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché, rendant ainsi inutile la propriété ou la réglementation publique. Les seconds enrichissent l'économie publique en intégrant des éléments issus de l'École du *Public Choice*, relatifs aux dysfonctionnements de la réglementation publique<sup>504</sup> et des éléments de la théorie de l'agence (contrats incitatifs<sup>505</sup>). En d'autres termes, l'action publique serait source d'inefficiences et des réglementations fondées sur des mécanismes marchands seraient à même d'atteindre des résultats proches de l'optimum<sup>506</sup>. La convention de la réglementation extérieure peut donc reculer sous l'impact de deux phénomènes. Le premier est le progrès technique qui fait passer des secteurs entiers du secteur non différencié au secteur différencié et qui donc explique la privatisation. Le second réside dans la séparation des activités pour augmenter encore les secteurs qui peuvent être soumis à la régulation marchande.

La réduction du Service Public aux entreprises prestataires de services publics de réseaux induit une plus grande vulnérabilité à la critique économique. La notion d'intérêt général portée par le cadre théorique allaisien se rapproche de la conception européenne en la matière

---

seraient biaisés ce qui entraverait la maximisation du rendement social et donc serait contraire à l'intérêt public. La courbe de coût marginal de long terme constitue en quelque sorte la courbe enveloppe des courbes de coûts marginaux de court terme. Elle indique le tarif le plus efficient pour chaque ensemble de production possible. En d'autres termes, la démarche allaisienne ne conduit pas à simuler purement et simplement les mécanismes de marché. Il existe par cette notion de coût marginal de développement (i.e. de long terme), un souci d'orienter les choix individuels dans un sens conforme à l'intérêt général de long terme. Il reste une place pour les choix publics. En d'autres termes, il ne s'agit pas seulement de simuler le marché *spot*.

<sup>503</sup> Laffont J.J., (1986), « La nouvelle économie de la réglementation, dix ans après », *Revue d'économie industrielle*, numéro exceptionnel, *Economie industrielle, développements récents*, pp. 331-336.

<sup>504</sup> Quinet E., (1999), « Libéralisme et transports – Les chemins difficiles de l'efficacité », *Commentaire*, reproduit dans *Problèmes Economiques*, « Services Publics et déréglementation », n°2640, 17 novembre 1999.

<sup>505</sup> Tirole J., (1999), *op. cit.*

<sup>506</sup> Laffont J.J. et Tirole J., (1993), *op. cit.*

et n'a donc que peu de choses à voir avec le solidarisme sous-jacent à la conception du guiste. L'intérêt général de Maurice Allais se définit en creux comme l'absence de gaspillage de surplus social. Réaliser l'intérêt général revient à maximiser le rendement social. Dans l'approche européenne, l'intérêt général est assuré par l'effectivité des mécanismes de la concurrence pure et parfaite. En cas de défaillance des marchés, le bien être social ne serait plus maximisé. De ce fait, le service d'intérêt économique général européen doit intervenir quand la concurrence échoue à réaliser elle-même l'allocation optimale, tout comme le service public dans sa version allaisienne devait relayer le privé dans le secteur non-différencié, c'est-à-dire pour lequel les mécanismes concurrentiels étaient défaillants. L'opposition entre la convention de la réglementation extérieure et la convention de la réglementation absente semble être sur ce point bien moindre que celle existant entre la première citée et la convention du service public.

#### - Le traitement des services publics dans la théorie économique

L'analyse économique du service public repose sur la reconnaissance de trois spécificités à même de justifier le régime d'exemption vis-à-vis du droit commun défini par le modèle concurrentiel. Les deux premières spécificités sont d'ordre strictement économique. Il s'agit de deux défaillances de marché, le monopole naturel et l'offre de biens collectifs. Ces deux aspects furent particulièrement développés dans le rapport Martinand-Lorenzi de 1995. La seconde spécificité fut plus particulièrement mise en avant dans le rapport Henry de 1998. Il s'agit des impératifs de solidarité sociale. Plus généralement, le service public s'il se fonde sur les défaillances du marché à fournir certains biens ou à assumer des fonctions d'intérêt général ne se confond pas avec la typologie des biens collectifs de Samuelson. Au point de vue économique, chaque service public se situe dans des conditions particulières tant au point de vue de son accès, que de sa consommation ou que de son financement. François Lévêque<sup>507</sup> a proposé un essai de classification des services publics dont nous nous inspirons très largement ici. La dernière colonne représente les solutions proposées pour substituer le privé à l'action publique

---

<sup>507</sup> Lévêque F., (1998), *Economie de la Réglementation*, *op.cit.*

Secteur	Caractéristiques du bien	Caractéristiques de la consommation	Facturation de l'accès	Origine du financement	Traitement dans le cadre de la nouvelle convention de réglementation
Téléphone Electricité	Bien de club	Consommation facultative	Accès payant	Financement par les recettes perçues des usagers	Privatisation avec régulation du segment monopolistique
Transports collectifs, cantines scolaires				Financement mixte	Privatisation avec compensation des charges de service universel par subvention
Musées				Partenariats public / privé sur le modèle de la <i>Private Finance Initiative</i> britannique. Le privé prend en charge la construction, le financement voire l'exploitation des équipements pour le compte de l'Etat	
Ecoles					
Défense Nationale, signalisation routière, éclairage urbain	Bien collectif pur	Consommation forcée	Accès gratuit	Financement par l'impôt	

Ainsi selon l'économie publique classique, l'intervention directe de l'Etat en matière de services publics se justifie pour les biens collectifs purs, mais aussi pour les biens de club. Théoriquement, l'Etat devrait promouvoir la gratuité de ceux-ci de façon à contrecarrer un rationnement sous-optimal. La distribution de minitels gratuits dans les années quatre-vingt par France Télécom peut se comprendre dans cette logique de promotion des externalités positives liées aux biens de club<sup>508</sup>. Dans le même esprit, le subventionnement partiel de certains services publics par le budget de l'Etat se justifie (cas de la RATP).

L'école des choix publics tend à confiner le service public aux seuls biens collectifs purs. Dans ce cas, les services collectifs doivent être offerts gratuitement à l'ensemble des citoyens

<sup>508</sup> Perrot A., (1995), « Ouverture à la concurrence dans les réseaux : une approche stratégique par l'économie des réseaux », *Economie et Prévision*, n° 119, pp.59-71.

et financés par l'impôt. Dans l'approche des choix publics toute intervention étatique se solde par des distorsions sur les prix, des courses à la rente génératrices de gaspillages collectifs. Cependant, dans sa version la plus extrême, l'école des choix publics propose que les biens collectifs locaux, tel l'éclairage public, soient directement financés par les riverains, à l'instar de la ville de Saint-Louis<sup>509</sup>. Dans cette approche, ces biens collectifs locaux sont conçus comme des biens territoriaux dont la valeur est capitalisée dans les actifs immobiliers des propriétaires riverains. Si l'éclairage public est payé par l'impôt, tous les contribuables financent une prestation qui profitera en fait aux riverains. Il faudrait que ces biens soient financés directement par ceux-ci pour qu'ils choisissent le couple optimal entre la quantité et la qualité des services publics territoriaux et l'augmentation de valeur attendue de leurs actifs immobiliers. Les propriétaires bénéficient d'une meilleure information que les élus quant à cet arbitrage. De plus, ces derniers sont suspectés par la théorie des choix publics de dissiper des rentes pour préparer leur réélection. Si l'arbitrage réalisé par une commune ou un ensemble de riverain ne satisfait pas les contribuables, ceux-ci déménageraient conformément aux prescriptions du modèle de Tiebout (1956). Cette vision des services publics est certes extrémiste, mais s'avère cohérente dès lors que l'on accepte les prémisses de la convention de la réglementation absente. Elle constitue l'antithèse parfaite du solidarisme sous-jacent à l'œuvre de Léon Duguit.

La réflexion sur l'implication de l'Etat dans les services publics ne peut pas faire l'économie d'un détour sur les pratiques britanniques de coopérations public - privé pour la réalisation des infrastructures et équipements publics. Après plus de vingt ans de sous-investissement dans les infrastructures de service public<sup>510</sup> et de privatisation, le gouvernement britannique a mis en place un ambitieux mécanisme de partenariat entre le public et le privé autour des équipements participants à la réalisation des missions de service public.

La principale innovation britannique est constituée par la *PFI, Private Financement Initiative*. La PFI repose sur la conception, la construction, le financement et l'exploitation d'infrastructures devant participer au service public. Dans ce mécanisme, les contractants bénéficient d'une garantie étatique quant au recouvrement de leurs investissements et ont

---

<sup>509</sup> Foldvary F., (1994), *Public Goods and Private Commodities – The Market Provision of Social Services*, Edward Elgar, Aldershot.

<sup>510</sup> L'investissement net du secteur public britannique s'est effondré de 5.8 % du PIB en 1974/75 à 0.4 % en 1988/89 et 1998/99. Cet effondrement est à mettre en parallèle avec les recettes provenant des privatisations et des gisements pétroliers de la Mer du Nord.

l'assurance de bénéficier de revenus liés à l'exploitation pour une durée s'échelonnant de 25 à 35 ans. Les premières expériences de PFI menées par le gouvernement conservateur ne furent pas concluantes du fait du refus gouvernemental de subventionner et même de garantir les emprunts contractés par les opérateurs privés. L'expérience malheureuse du Tunnel sous la Manche illustre les limites des PFI des années quatre-vingt-dix. Les opérateurs de service public de réseaux étant progressivement démantelés et privatisés, les financements privés se réorientèrent vers la construction d'infrastructures publiques telles les hôpitaux, les écoles, mais aussi des secteurs beaucoup plus marqués par l'empreinte régaliennne tels les télécommunications d'infrastructure de défense, des programmes de maintenance d'équipements militaires et d'entraînement des personnels et même les avions ravitailleurs.

Techniquement, la PFI a été réellement lancée en novembre 1992. Celle-ci met en œuvre un mécanisme financier visant à substituer le privé au public pour la réalisation des infrastructures publiques. L'objectif est de ne pas grever les comptes publics. En contrepartie de leurs investissements, les opérateurs privés reçoivent la garantie d'un engagement de très long terme de l'Etat quant à l'usage des équipements. Ainsi, l'implication des industriels dans les services publics dépasse la sphère des services publics industriels et commerciaux (modèle de la concession de service public). Les services publics de réseau confiés au privé, les services régaliens sont externalisés autant que faire se peut. L'hypothèse est à nouveau une efficacité du privé supérieure à celle du public. La question de la réalisation des missions de service public se pose donc tant pour les services "marchands" que pour la fonction régaliennne. Le cas britannique, avant les problèmes de *Railtrack*, constituait donc une sorte de quintessence de la convention de l'Etat absent. Comme l'écrit D.Whitfield<sup>511</sup>, « *PFI is privatisation by stealth, privatising those parts which could not, at least politically, be sold-off as complete services* ».

Les mécanismes de PFI reposent sur une division de la prestation de service public en deux composantes. La première se rattache à l'actif support de la prestation. La seconde concerne la prestation de service public elle-même. Le parti pris de la PFI revient à confier la première au privé. L'hypothèse faite par le Trésor britannique est que le coût global de la prestation du privé sera inférieur sur la durée de vie de l'équipement, au coût des fonds publics et de l'opération de ces équipements par des fonctionnaires. L'autre avantage de la PFI est le

---

<sup>511</sup> Withfield D., (2001), *Public Services or Corporate Welfare :Rethinking the Nation State in the Global Economy*, Pluto Press.

lissage dans le temps de la dépense budgétaire. Elle se conçoit comme une nouvelle voie d'acquisition publique. L'Etat ne réalise plus une acquisition patrimoniale, mais acquitte un paiement annuel pour la fourniture d'un service. Le choix d'une solution privée repose sur l'hypothèse que ce dernier est plus efficace et innovant dans la conception, le financement, la construction, la maintenance et l'exploitation d'une infrastructure ou d'un équipement sur l'ensemble de son cycle de vie. La prise en charge de la construction mais aussi de l'exploitation de l'équipement par le privé repose sur l'idée que le privé est à même de réaliser des synergies entre les deux phases.

*In fine*, la PFI repose sur cinq hypothèses :

- les prestations de service public peuvent être délivrées par des opérateurs privés,
- la gestion par le privé est plus efficace du fait du système d'incitations délivré par la concurrence,
- la séparation entre les services et les infrastructures est souhaitable,
- la concurrence entre prestataires privés est possible, stable et ne suscite pas des coûts de transactions excessifs,
- l'essentiel est de s'attacher à la réalisation de la mission de service public et non aux modalités de celle-ci<sup>512</sup>.

Des arguments à l'encontre de ces mécanismes sont développés au Royaume-Uni. Aux premiers rangs de ceux-ci figurent :

- l'artificialité de la division entre la prestation de service public et son support matériel,
- le coût des projets (l'Etat peut emprunter à un taux inférieur à celui des emprunteurs privés),
- les engagements financiers de l'Etat sur 25 à 35 ans le lient excessivement aux prestataires et favorisent les dérapages dans le coût à terme du projet,
- le montage des structures accroît les coûts de transaction et de suivi des programmes,
- la perte de contrôle du périmètre et de la qualité des services publics par l'Etat.

Ainsi, l'expérience de la PFI, controversée mais en cours de développement rapide et d'exportation en Europe continentale, nous permet d'envisager les impacts possibles de la

---

<sup>512</sup> « *The government no longer needs to build roads because it can purchase miles of maintained highways* », *Ibid.*

convention de la réglementation absente sur les services publics, non seulement industriels et commerciaux, mais aussi régaliens.

- Le nouveau cadre de référence communautaire

### Impact du droit de la Concurrence

Bien que le droit de la concurrence ne résume pas à lui seul la législation européenne, il est au cœur de l'action des autorités communautaires dans la mesure où la réalisation de l'intérêt général est conçue par celles-ci comme une résultante de la construction de marchés concurrentiels<sup>513</sup>. De cette divergence de deux conventions de l'Etat, Etat extérieur et Etat absent, naissent les conflits quant au devenir des services publics. Le rapport Stoffaës<sup>514</sup> souligne le fait que la charge de la démonstration de la supériorité productive est dévolue à l'Etat aux yeux de la Communauté et l'inverse en France. Ceci est évocateur de la divergence des deux conventions sous-jacentes. L'ingérence communautaire remet plus en cause la conception que nous avons de l'action publique que la notion de service public elle-même.

La contrainte juridique européenne pesant sur les monopoles publics peut se lire sous un angle purement technique comme le note Marie-Anne Frison-Roche<sup>515</sup>. Si le Traité de Rome admet qu'il puisse exister des secteurs non soumis au droit commun de la concurrence, la charge de la preuve de l'existence d'un monopole naturel incombe aux Etats. Ils ne peuvent tirer leur légitimité de la Loi nationale qui les a institués, il faut prouver qu'ils corrigent effectivement une défaillance de marché. Si ces preuves ne sont pas réunies, le monopole peut être déclaré abusif. Les entreprises nationales titulaires d'un monopole légal risquant d'être à tout instant condamnées pour abus de position dominante par la Cour de Justice des Communautés Européennes, l'Etat est contraint d'accepter la libéralisation. « *Mieux vaut organiser la mise en concurrence que subir l'anéantissement du système par un juge qui, d'une seule décision, pourrait, sans modalité de transition, reconnaître les droits des concurrents* ».

---

<sup>513</sup> Garceries S., (1998), « Service public et droit communautaire. Une nouvelle "crise" de la notion de service public en droit administratif français », *Sociétés Contemporaines*, n° 32, pp.37-56.

<sup>514</sup> Stoffaës C., (1995), *Services publics. Questions d'avenir*, Rapport de la commission (dirigée par), Commissariat Général du Plan, Odile Jacob, La Documentation Française, 347 p.

<sup>515</sup> Frison-Roche, M.A., (2000), « La victoire du citoyen-client », *Sociétal, Services publics et marché, l'ère des régulateurs*, n° 30, 4<sup>e</sup> trimestre, pp.49-54.

De ce fait, adopter la convention de l'Etat extérieur comme ligne de défense du service public à la Française peut être dramatiquement contre-productif, dans la mesure où cette attitude peut conduire à se désarmer face aux offensives libérales de Bruxelles. L'adoption de cette théorie empêche en effet de s'opposer au démantèlement<sup>516</sup> des entreprises publiques entre segment demeurant en monopole naturel, les infrastructures, soumis à la régulation et les segments pouvant être ouverts à la concurrence, c'est-à-dire les services eux-mêmes<sup>517</sup>. Cette politique tire ses racines du procès AT&T devant l'antitrust américain. Le juge a décomposé la firme en « briques » élémentaires. La division verticale était possible du moment où des normes techniques de compatibilité étaient conservées. Elle permet de séparer les segments en situation de monopole naturel de ceux où il est possible d'introduire la concurrence, à l'instar de ce qui a été fait dans le cas français lorsque la SNCF a été divisée entre le Réseau ferré de France et la SNCF *stricto sensu* chargée de l'exploitation. La remise en cause de la convention de la réglementation extérieure par le droit communautaire peut être d'autant plus redoutable que celle-ci abstrait la notion d'activité productive de la problématique de service public et la limite à une approche purement sectorielle<sup>518</sup>, déclinant la spécificité de chaque segment : « *d'autre part, toutes les autres fonctions de ces entreprises, autrefois pensées entreprises publiques, qui participaient à l'amélioration des premières, sont des activités privées, soumises au jeu de la concurrence* ».

La réduction de la notion de service public à une prestation et non plus à une activité productive est tangible dans l'article 1-3 de la loi de février 2000 sur l'électricité. Si celui-ci insiste sur le rôle de cohésion sociale tenu par le service public, il définit celui-ci comme la fourniture d'un bien économique aux usagers. Or, le préambule de la constitution de 1946 et la loi de nationalisation portaient du rôle de la branche électrique dans la cohésion sociale et le développement économique. Le problème ne vient pas seulement d'une grille de lecture uniquement axée sur l'efficacité productive sectorielle, mais du fait qu'on se limite à celle-ci sans tenir compte de l'ensemble des externalités que génère, pour la branche et pour l'économie, la présence de l'entreprise publique (voir notre section I.3).

---

<sup>516</sup> Séparation comptable des activités d'une firme. *To unbundle* signifie aussi, après un rachat de société de type *buy out*, vendre celle-ci par appartements...

<sup>517</sup> Curien N., (2000), *Economie des réseaux*, Repères- La découverte, Paris.

<sup>518</sup> Guglielmi G.J. et Koubi G., (2000), *op. cit.*, p.85.

La question des aides publiques<sup>519</sup> constitue une autre difficulté créée par la politique européenne de la concurrence. Une action publique volontariste, telle qu'elle a été menée pour EDF dans le cadre de la convention de la réglementation extérieure, peut-elle être poursuivie dans la nouvelle convention ? A l'instar de nombreuses législations européennes, le contrôle des aides publiques fut le fruit d'une sédimentation jurisprudentielle liée à l'activité de la Commission et de la Cour de Justice des Communautés européennes. Toute aide d'Etat à une entreprise, même publique, doit être notifiée au Conseil, afin de bénéficier d'une dérogation. Le cas échéant la Commission ou la CJCE peuvent être saisies et peuvent réclamer la restitution des aides.

Dans son interprétation des aides, la Commission (ou la CJCE) juge les mesures publiques à l'aune d'un comportement normal du privé. Isla-Pernin, dans une étude sur la question, cite deux cas. Le premier est relatif à un apport de fonds de la Caisse des Dépôts et Consignations à Air France<sup>520</sup> (via sa filiale Participations). Le second concerne une plainte à l'encontre d'aides versées à La Poste<sup>521</sup>. Il s'agit d'insister sur le fait que pour les autorités communautaires, les aides créent des asymétries entre les firmes, peuvent être un moyen de financer des barrières à l'entrée et reviennent à freiner l'ajustement structurel nécessaire à la compétitivité européenne. Les aides ont été rejetées dans le cas d'Air France dans la mesure où elles ne s'accompagnaient pas d'un plan de restructuration suffisant pour qu'un investisseur privé, placé dans les mêmes conditions, ait engagé les mêmes fonds. Le problème tient au fait que toute aide d'Etat, toute augmentation de capital ou même toute renonciation à des dividendes peut être qualifiée d'aide publique et donc être rejetée, dès lors que l'entreprise opère dans un secteur concurrentiel. EDF risque donc d'être placée dans une telle situation dès lors que sa politique de croissance interne ou externe nécessitera de nouveaux financements. Dans le cas de La Poste, l'aide a été acceptée dans la mesure où celle-ci n'a pas eu d'effet sur la concurrence, dans la mesure où elle était d'un montant inférieur à la charge financière que représentent les missions de service public pour l'entreprise.

---

<sup>519</sup> Isla-Pernin A., (2000), « Stratégies des acteurs et interprétation des règles dans la réglementation européenne de la concurrence », in Kirat T. et Serverin E., *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, Paris, 237 p.

<sup>520</sup> Arrêt du 12 décembre 1996, Air France c / Commission, aff. T 358/94, rec. II, p. 2109.

<sup>521</sup> Arrêt du 27 février 1997.

### Impact des notions de services d'intérêt économique général et de service universel

La notion d'intérêt économique général provient de l'article 90-2 du Traité de Rome<sup>522</sup>. Celui-ci indique que l'ensemble des entreprises est soumis aux règles de concurrence, à l'exception de celles en charge d'une mission de service universel. Ces dernières font alors l'objet de dérogations. Cependant, l'article 90-2 n'indique pas de définition de ce service d'intérêt économique général (SIEG). Cette notion s'ordonne parfaitement dans la convention de la réglementation absente. Les entreprises publiques de réseaux, prestataires de biens et services économiques contribuant à l'intérêt général, sont des construits étatiques liés à la constatation d'une défaillance de marché<sup>523</sup>. Le SIEG européen recouvre les valeurs communes et la cohésion sociale et territoriale. La jurisprudence de la CJCE a adjoint des principes bien connus du service public à la Française, c'est-à-dire l'égalité de traitement, l'exigence de qualité et la continuité du service.

La notion de SIEG a été complétée par celle de service universel. A la différence du SIEG, le service universel ne se conçoit pas comme une dérogation aux règles de concurrence, mais se définit comme un correctif apporté à un fonctionnement purement concurrentiel<sup>524</sup>. Dans le cadre communautaire, les Etats membres sont responsables de la définition des services d'intérêt général, de leur ampleur et de la désignation de l'opérateur en charge de ceux-ci. A l'inverse, le service universel est défini au niveau européen dans la mesure où son objet est d'offrir à tout citoyen de l'Europe des 15 un égal accès à un service de qualité, universel, continu, adaptable et transparent. Dans le cas des industries de réseau, ce service correspond à la construction, la maintenance et l'exploitation du réseau en assurant la couverture générale d'un territoire.

La question du financement du service universel se pose alors. L'ouverture des services publics à la concurrence induit la fin programmée du financement des missions de service public par la mise en place de subventions croisées entre activités rentables et activités déficitaires. Le risque réside en une stratégie d'écrémage mise en œuvre par les nouveaux

---

<sup>522</sup> « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, 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 ».

<sup>523</sup> Si cette justification n'est pas retenue, la Commission détient le pouvoir de sanctionner directement sans l'accord préalable du Conseil des Ministres.

<sup>524</sup> Garceries S., (1998), *op. cit.*

entrants. Ceux-ci concurrenceraient l'opérateur historique sur les seuls segments rentables. L'opérateur en charge des obligations de service public (ou de service universel) ne serait plus en mesure de mettre en place des subventions internes. L'Etat doit donc financer directement ces missions et compenser la charge financière de leur prise en charge par l'opérateur. Plusieurs options sont possibles.

Quatre modalités de prise en charge du service universel sont mises en avant par Nicolas Curien<sup>525</sup> :

- la prise en charge par l'opérateur historique sans compensation,
- l'organisation d'un appel d'offres ou le recours à un mécanisme d'enchères pour désigner l'entreprise en charge du service universel. L'entreprise la moins demandante en terme de subvention sera alors sélectionnée,
- confier le service universel à l'opérateur historique, en déterminer le coût et le répartir la charge entre les divers intervenants,
- l'option du *play or pay*. Tous les opérateurs ont le choix entre s'acquitter de leur quote-part de financement ou de prendre directement en charge celui-ci pour un même montant.

Deux options ont été expérimentées en France. La première consiste en la solution d'un fonds spécial alimenté par l'ensemble des opérateurs. La seconde réside en l'adjonction d'un complément aux charges d'accès à l'infrastructure. La première solution a la préférence de Nicolas Curien. Elle permet de faire jouer la concurrence pour la prise en charge des missions de service universel. Si une entreprise s'avère suffisamment efficace pour prendre elle-même en charge ces missions, elle n'a pas à abonder au fonds du service universel. Cette solution est mise en œuvre pour le transport aérien français. Un fonds de péréquation est financé par une taxe pour l'ensemble des lignes intérieures non rentables. Il est cependant possible de mettre l'exploitation de ces lignes aux enchères. La ligne est attribuée à l'entreprise qui demande la subvention la plus faible. Quand une entreprise opère une telle ligne, elle reçoit une subvention de ce fonds plutôt que de lui verser une taxe. A l'inverse, les solutions adoptées pour les télécommunications et l'électricité s'écartent de cet exemple. France Télécom et EDF sont les opérateurs uniques du service public. Leurs obligations sont financées par un complément à la charge d'interconnexion à leur réseau respectif. La difficulté posée par cette seconde condition se subdivise en deux volets. Le premier réside dans l'information

---

<sup>525</sup> Curien N., (2000), «Service Universel et concurrence : une cohabitation nécessaire », *Sociétal*, n° 30, 4 trimestre, pp. 86-90.

nécessaire au régulateur pour évaluer le montant des charges du service public. Le second rejoint la position de ceux qui considèrent que le service universel doit se limiter à un rôle de redistribution pure : « *réduire le service universel à sa seule composante sociale, dont le financement serait à la charge du budget des Etats plutôt qu'à celle des acteurs du marché* ». Au final, le service d'intérêt général (i.e. une version minimale et étatisée de notre service public territorialisé) et le service universel ne sont considérés que comme des dépenses de solidarité à financer par le budget de l'Etat. La notion de service public elle-même disparaît.

La notion de service universel<sup>526</sup> est issue de la régulation des télécommunications américaines<sup>527</sup>, mise en place dans la première moitié du siècle dernier<sup>528</sup>. Deux principes constituent la base de ce service universel, tant dans les textes réglementaires américains que dans ceux relatifs à son équivalent européen, le service économique d'intérêt général. Le premier de ces principes est la disponibilité (*availability*<sup>529</sup>) et le second l'accessibilité financière (*affordability*<sup>530</sup>). Dans le cadre d'un service public de réseau, à l'instar des télécommunications et (avec les limites vues précédemment) de l'électricité, le coût pour l'utilisateur peut se subdiviser en trois composantes. Les deux premières correspondent à deux primes fixes. L'une correspond au coût de la connexion au réseau et la seconde à l'abonnement à celui-ci. Le troisième coût est variable et correspond à la consommation de services (communications émises ou énergie consommée). Dans le cadre d'un monopole légal, la question du service universel se pose avec moins d'acuité dans la mesure où les

---

<sup>526</sup> Il convient de distinguer les notions de service universel et de service d'intérêt général. La première consiste à « *desservir l'ensemble du territoire à un prix abordable et à offrir des tarifs sociaux aux personnes à faibles ressources* ». Ces missions étaient précédemment financées par des subventions croisées liées à la structure tarifaire. A l'inverse, les missions d'intérêt général sont à financer par l'impôt. Elles recouvrent un champ plus large. Nous pouvons citer la lutte contre l'exclusion ou l'aménagement du territoire, c'est-à-dire peu ou prou un domaine assez proche de notre service public territorialisé mais dans une optique minimale et étatiste.

<sup>527</sup> Edel F. et Lotter F., (1998), « *Equité et service téléphonique universel aux Etats-Unis : une analyse en terme de justice locale* », working paper 98-11, ATOM, Université de Paris I.

<sup>528</sup> Le *Telecommunications Act* de février 1934 en sa section 1 portant création de la *Federal communications commission* (FCC) indiquait que celle-ci devait œuvrer à « *rendre disponible, dans la mesure du possible, pour l'ensemble de la population des Etats-Unis, un service de communications radio et câblé rapide, efficace, national et mondial, avec les équipements adéquats pour un prix raisonnable* ».

*Ibid.*

<sup>529</sup> La notion d'accès universel ne fut pas principalement dans le cas des télécoms américains le fruit d'une action publique mais résultat en grande partie du jeu concurrentiel. Il s'agissait d'une « *chasse à l'abonnée* », somme toute assez proche de celle que nous connaissons aujourd'hui pour la téléphonie mobile, visant à acquérir la taille critique et à bénéficier des externalités de réseau.

<sup>530</sup> L'exigence d'abordabilité financière fut le fait des *Public Utilities Commissions* (PUCs) chargées dans chaque état de la régulation des tarifs.

Encoua D. et Koebel P., (1987), « *Réglementation et déréglementation des télécommunications* », *Revue Economique*, n° 2, mars.

primes fixes sont sous-évaluées grâce à l'existence de subventions croisées notamment au détriment des communications longues distances dans le cas des télécommunications.

L'expérience de la déréglementation américaine en ce domaine montre que les perdants de la déréglementation furent les petits consommateurs, principalement les ménages défavorisés. La fin des subventions croisées pénalise durement les ménages à bas revenus, lesquels ne peuvent plus régler leur abonnement ou payer le coût de leur re-connexion au réseau en cas d'incident de paiement. La politique mise en œuvre par les pouvoirs publics américains fut de développer des programmes d'aides ciblés pour ces ménages. Ces programmes prirent la forme des aides fédérales déjà existantes (*Medicare, Medicaid*), lesquelles sont liées au revenu<sup>531</sup>. L'un des principaux effets pervers de la notion de service universel est de faire glisser insidieusement la notion de service public de la redistribution efficace à une redistribution pure. Dans le premier cas, la régulation est supposée capable d'améliorer l'efficacité en modifiant les paramètres des choix ou les mécanismes économiques. L'exigence d'équité est intégrée dans les mécanismes organisationnels et ses règles ; nous l'avons vu, dans notre chapitre premier, pour le modèle EDF, par exemple dans ces règles de tarification et le choix des investissements. L'optimum social conjugue efficacité et équité. Rien de tel dans le second cadre, libéral, pour qui, par essence, l'efficacité (le marché) s'oppose à l'équité (justice sociale). Selon cette approche, les mécanismes de marché ne peuvent être améliorés ; seule une redistribution par l'impôt pourra gommer les injustices *ex post*. Elle présuppose que le choix collectif se limite à s'accorder sur le degré de solidarité souhaité, et non sur le périmètre et les modalités de mise en œuvre du service public. Ce dernier, rénové ou non, n'y a plus d'avenir.

C'est bien ce qu'on observe avec la notion de service universel (ou de service d'intérêt économique général) propre aux Directives européennes sur la libéralisation du marché de l'électricité. La notion se limite à la garantie de l'accès pour tous, à tarif raisonnable (ou subventionné via des transferts publics), à une consommation minimale. L'expulsion de l'exigence d'équité hors de la sphère économique est perceptible dans les modalités de prise en charge. La "solidarité" n'est plus qu'une redistribution d'origine fiscale visant à perturber le moins possible les mécanismes de marché. A l'instar des télécommunications américaines,

---

<sup>531</sup> USF est un fond de financement du service universel utilisé pour aider les opérateurs intervenant en zone rurale. Les programmes conditionnés au revenu, *Link up America* et *Lifeline*, correspondent respectivement à des aides pour l'abonnement et à un fonds destiné à financer l'ouverture ou la ré-ouverture de lignes.

il revient à l'Etat de financer le coût de la solidarité et de verser des allocations aux individus, conditionnées à leur revenus, afin de leur donner les dotations initiales suffisantes pour exprimer une demande solvable sur le marché. L'autre différence par rapport au modèle originel du service public est de considérer que la loi du service public n'est pas un cadre contraignant les actions de tous les opérateurs. Un seul opérateur aurait à assumer la charge du service public, le financement provenant d'abondements apportés par l'ensemble des opérateurs ou de transferts financiers de l'Etat. Les propositions actuelles de détermination de l'entreprise en charge du service universel via un mécanisme d'enchères<sup>532</sup> est l'exemple même de cette dérive, illustratrice de la profonde différence de nature entre la notion de service public et celle de service universel.

Les arrêts Corbeau et Commune d'Almelo<sup>533</sup> semblent constituer un premier pas vers un compromis entre les positions françaises et communautaires. Dans ces arrêts, la CJCE reconnaît que la concurrence peut troubler l'accomplissement des missions d'intérêt général. Si la concurrence ne s'implante que sur les segments rentables, l'entreprise publique ne pourra financer ces missions par des subventions croisées. La Cour établit donc une distinction entre les services de base (indissociables du SIEG) et les services spécifiques (dits "dissociables"). Pour les premiers services, le régime est protecteur (dérogatoire du droit commun). Pour les seconds, le droit commun ne s'applique que si l'équilibre économique du service n'est pas remis en cause. Les aides publiques, les restrictions, voire les exclusions de concurrence sont alors tolérées. Cependant, il convient de garder à l'esprit que cette convergence ne porte que sur la conception "réduite" du service public et non sur la conception issue de l'école du même nom. Ces arrêts contribuent à régler la situation des services publics dans les catégories du droit de la concurrence (problématique des droits spéciaux ou exclusifs). La remise en cause de ceux-ci est possible dès lors que les conditions économiques seraient considérées comme différentes<sup>534</sup>.

Au final, la différence de convention entre les approches européennes et françaises tient principalement à la place accordée à l'Etat dans la définition et la prise en charge de l'intérêt général. La notion de service universel n'est acceptable que si les Etats le considèrent comme

---

<sup>532</sup> L'entreprise la moins exigeante en terme de subventions publiques est celle qui est choisie pour assumer le coût du service public. Nous pouvons aisément deviner ce qu'il en sera de la qualité des services rendus et de la population qui se résignera à y avoir recours.

<sup>533</sup> Commune d'Almelo c. centrale d'Ijssell, C-393/92, CJCE, 27 avril 1994.

<sup>534</sup> Guglielmi G.J. et Koubi G., (2000), *op. cit.*

un plancher et non comme un plafond. Il s'agit donc d'un socle de prestations devant être fourni en situation concurrentielle, se justifiant à des fins de cohésion sociale. La vulnérabilité du service public à la Française tient principalement au fait que la convention de la réglementation extérieure sur laquelle il repose depuis la Libération ne peut offrir une résistance efficace à la convention de la réglementation absente. La faiblesse ne vient pas de la théorie allaisienne elle-même, mais d'une lecture axée sur le droit de la concurrence et analysant chaque segment de l'entreprise et chaque marché isolément. De ce fait le rôle du service public dans la branche électrique dans son ensemble (et pour l'économie française) est occulté.

### **III.3 Un essai de construction des fondements théoriques des conventions de réglementation assise à partir du rôle des institutions et la théorie de la connaissance**

Les quatre modalités de réglementation, que nos trois premiers chapitres nous ont permis de caractériser, peuvent se synthétiser en croisant deux dimensions. La première indique s'il existe ou non un modèle théorique extérieur à la coordination permettant de définir l'intérêt général. La seconde repose sur la place réservée à l'individu et à l'institution comme représentants légitimes de l'intérêt général. Cette dernière section a pour objet d'asseoir la définition de nos conventions de réglementation avant de les confronter à la jurisprudence du Conseil de la Concurrence.

#### **1. La théorie de la connaissance**

Les conventions de réglementation s'appuient chacune sur une convention particulière de l'Etat. Ces quatre conventions peuvent s'exprimer à travers le croisement de deux théories de la connaissance et deux conceptions du rôle de l'action publique et des institutions. Les théories de la connaissance se distinguent selon que l'on considère que le savoir nécessaire à la construction d'une fonction de choix social est objectif et donc "connaissable" de l'extérieur ou, au contraire, propre à chaque personne engagée dans la coordination. Dans ce

second cas, seule l'action économique permet de révéler ces savoirs fragmentaires et situés. Ils échapperaient à l'ingénieur social. Cette opposition se fonde sur la présence ou non d'une fonction définissable de bien-être social sous-jacente. Accepter son existence conduit dans une logique de type déductif. Il s'agit de fonder sa décision et l'action publique à partir des prescriptions d'un modèle théorique. La réglementation servirait alors à corriger la poussée de la dynamique économique dans le sens de cette trajectoire optimale. L'autre logique, de type pragmatiste, rejette l'hypothèse d'une fonction objective définissable *ex ante*, extérieurement à la coordination. La réglementation est alors fondée sur un apprentissage assuré par la jurisprudence. Elle n'intervient alors qu'en situation et ne peut se définir en dehors de celle-ci.

## 2. Le rôle des institutions

Deux postures bien distinctes sont ici à opposer. Dans un premier cas, il existe un intérêt général non réductible à la simple somme des intérêts individuels. La nécessité d'incarner celui-ci dans la coordination appelle un rôle actif pour les institutions (Etat, collectivités territoriales). Dans le second cas, il n'existe d'intérêts qu'individuels. De ce fait, les institutions sont appelées à s'effacer devant les préférences individuelles. Pour ce qui est de la place de l'action publique, la distinction ne se réduit pas à une simple dichotomie Etat / marché, mais doit se resituer plus généralement dans le rôle dévolu aux institutions dans la coordination. Celles-ci doivent-elles fournir un cadre "passif" à la coordination marchande ou peuvent-elles participer à la construction du Bien Commun ?

La conjonction d'une hypothèse de connaissance sociale extérieure aux acteurs et d'un principe d'autorité conduira, en matière réglementaire, à une logique proche de celle de l'Etat extérieur. La réglementation extérieure vise à diriger, malgré eux, les choix individuels dans un sens conforme à l'intérêt général. Ce dernier est défini d'une manière centralisée et à prétention "scientifique" par l'entité en charge de la régulation du système électrique. Nous retrouvons ici le modèle mis en place à Electricité de France. La réglementation vise à maximiser une fonction objective de rendement social. Pour reprendre le vocabulaire de F. Hayek<sup>535</sup>, cette forme de réglementation s'appuie sur un ordre construit.

---

<sup>535</sup> Hayek F., (1973), *Droit, législation et liberté*, traduction française, Quadrige, PUF, Paris.

Le second monde de réglementation conserve l'hypothèse d'une connaissance objectivable et d'une action individuelle ne prenant, dans son exercice, aucune responsabilité collective<sup>536</sup>. Dans le même temps, il refuse toute participation active de l'institution au bien commun. Il confine celle-ci à un rôle de gardien des conditions d'effectivité de la concurrence. Le rôle de la réglementation est alors de veiller à la perfection du marché. Elle doit améliorer celle-ci si besoin en est, compléter le système de marchés, voire corriger d'éventuelles distorsions. Ce schéma de réglementation, conforme à l'idéal néoclassique d'un marché *spot*, fait écho à une convention d'une réglementation absente. L'agence de réglementation doit œuvrer à créer les conditions d'existence d'un marché de concurrence pure et parfaite<sup>537</sup>. Elle doit donc travailler à se rendre inutile. Elle se réserve cependant le rôle d'orienter les comportements individuels dans le cadre d'un modèle réputé optimal socialement, mais défini extérieurement aux acteurs. Dans le cadre des prescriptions d'un modèle théorique, l'autorité de réglementation doit œuvrer à préserver la "pureté" du marché face aux atteintes constituées par la coordination des acteurs. La conception de l'ordre économique qui anime le régulateur n'est plus celle d'un ordre construit mais d'un ordre instantané. Le mécanisme pur de marché est alors censé réaliser automatiquement l'optimum et ce, sans délai ni déséquilibre.

Un autre monde de réglementation peut être défini en croisant les hypothèses de coordination purement marchande et une théorie de la connaissance refusant la prise en compte d'une fonction de bien-être social. Cette théorie retient l'hypothèse de savoirs fragmentaires et situés propres aux agents qui sont engagés dans la coordination et non accessibles de l'extérieur. Il s'agit d'une réglementation de tradition autrichienne reposant sur l'idée d'un ordre spontané. Ce rejet du constructivisme conduit à une approche jurisprudentielle de la réglementation. L'autorité de régulation n'a pas de raison d'être dans ce cadre. Son rôle de préservation des mécanismes de marché (notamment la condition cruciale de libre accès au marché) sera avantageusement assumé par le juge œuvrant dans le cadre de la *common law*. Celui-ci n'a pas à prendre en compte des éléments telles les règles sociales, morales ou la balance des intérêts. Il doit se borner à traduire les règles de juste conduite émergeant de l'ordre de marché. La réglementation jurisprudentielle n'a que faire des modèles théoriques néoclassiques (l'attitude pragmatique face aux concentrations en atteste) ou de principes d'équité sociale.

---

<sup>536</sup> Salais R., (1998), *op. cit.*.

<sup>537</sup> Nous songerons ici au fonctionnement en pool du marché de l'électricité anglais. Nous retrouvons un idéal-type walrasien. Offres et demandes sont centralisées par le commissaire priseur, les contrats ne sont plus bilatéraux. Les échanges se font au prix d'équilibre, le coût de production de la dernière centrale appelée.

Ce modèle de réglementation pêche cependant par ses lacunes quant à la saisie du rôle des institutions dans la coordination. Celles-ci ne sauraient être réduites au statut de précipités catalactiques passifs. En d'autres termes, le spontanéisme ne peut rendre compte des liens croisés entre l'institution et la coordination des personnes. Celles-ci ont des stratégies conscientes vis-à-vis des institutions. Cependant, il ne saurait s'agir de constructions délibérées. La dynamique de construction institutionnelle, comme la stratégie d'une firme, est émergente. Elle est le fruit des attentes des acteurs, tout en étant irréductible à une ambition unique et énonçable. Elle est à la fois spontanée et construite. De plus, l'institution intervient dans la coordination privée. Elle joue un rôle actif dans la coordination en tant que point d'appui, de cohérence et de traduction des attentes mutuelles. Il ne s'agit plus cependant d'une convention d'une réglementation extérieure. L'institution intervient d'une façon située au même titre que tout autre participant. Elle ne se place plus en surplomb de la coordination, mais d'une façon subsidiaire pour appuyer celle-ci. Le refus de la position de surplomb signifie que ce dernier modèle reprend l'hypothèse autrichienne d'une connaissance fragmentaire et située. L'individu, dans le cadre de cette théorie de la connaissance, porte en lui-même le principe de Bien Commun qui n'est pas attribué à une instance extérieure (l'Etat ou le marché). La coordination n'est assurée ni par l'intervention d'un dictateur bienveillant, ni par la main invisible, mais par l'existence de systèmes d'attentes mutuelles, de *patterns of prediction* ou de convention de l'Etat. La différence entre la réglementation subsidiaire et la réglementation autrichienne réside dans le fait que la première est réflexive et située. Elle évolue selon un principe de "cadre-débordement" essayant de traduire les pratiques de marché sans se refuser d'intervenir sur celles-ci. La coordination et la réglementation sont dans une constante interaction, la qualité de la réglementation s'appréciant par sa capacité à multiplier les boucles de rétroactions pour se servir des connaissances des personnes pour intervenir d'une façon située. Le rôle de la réglementation serait d'une part, de fournir une information statistique publique pour servir de point d'appui à la coordination et d'autre part, d'intervenir pour pallier les défaillances inévitables de la coordination privée.

Il s'agit maintenant d'appliquer cette grille d'analyse théorique au secteur de l'électricité. Le premier modèle, celui de la réglementation extérieure, se relie à la double dynamique de l'économie publique et de la "nationalisation" des économies durant l'entre-deux-guerres. L'action publique vis-à-vis du secteur est un instrument de réalisation d'un optimum social. Nous songerons aux prescriptions de Maurice Allais quant à la régulation du secteur non

différencié, c'est-à-dire du monopole naturel. L'action publique doit alors contraindre le comportement spontané de l'entreprise afin que celle-ci agisse comme si elle se trouvait dans les conditions de la concurrence pure et parfaite. Nous retrouvons par-là les principes de la tarification au coût marginal et partant le modèle économique mis en place par Electricité de France. Les théories de l'optimum de second rang et les mesures de productivité globale des facteurs vont se situer, elles aussi, dans les fondements théoriques sous-jacents de cette analyse. Cette analyse économique va s'appuyer sur le processus de "nationalisation"<sup>538</sup> des économies de l'entre-deux-guerres. Celui-ci implique à la fois l'intervention de l'Etat (propriété étatique et dirigisme économique) et une logique planiste. Le plan, élaboré sur la base de la théorie économique (qui permet de définir une fonction de bien-être social à maximiser), va être mis en œuvre par l'Etat sur une base nationale via des formes plus ou moins accentuées de dirigisme pour le secteur différencié et via la propriété publique des monopoles naturels. Ce modèle est celui que Jean-Michel Glachant nomme la "nationalisation industrialisée". Ce modèle naquit après l'expérience dirigiste de la Première Guerre mondiale. Il repose sur « *le principe originel (...) d'un aménagement volontariste de la soumission du pouvoir des grandes entreprises aboutissant à leur transformation en instruments obéissants d'objectifs délibérés* »<sup>539</sup>. Nous avons donc le fruit de la confluence des travaux des ingénieurs-économistes français, de la théorie du monopole naturel et du dirigisme étatique de l'entre-deux-guerres. Par certains égards, on se rapproche de la tradition de la Puissance Publique (Hauriou). L'utilisateur (le sujet) ne peut donc directement contester les choix de l'entreprise nationale.

Le second modèle de réglementation se situe à la confluence du marché et de l'existence d'un modèle extérieur définissant le Bien Commun. Celui-ci repose sur les hypothèses de la concurrence pure et parfaite, garantissant la réalisation de l'équilibre général et donc de l'optimum social. En matière électrique, l'exemple le plus pur de cette régulation fut le pool anglo-gallois tel qu'il était organisé lors de la libéralisation du marché britannique de l'électricité en 1990. L'existence d'un pool de l'électricité centralisant les offres et les demandes et régulant le marché en surplomb (les négociations marchandes bilatérales restent marginales à l'inverse des pratiques sur le marché de l'électricité norvégien et suédois) reprend le modèle du commissaire priseur walrasien. Le modèle de régulation était en quelque

---

<sup>538</sup> Zimmermann B., Didry C., Wagner P., (sd.) (1999) *Le travail et la nation. Histoire croisée de la France et de l'Allemagne*, édition de la maison des sciences de l'homme, Paris.

<sup>539</sup> Glachant J.M., (1994), *Le marché et le hors-marché. Une analyse économique des entreprises publiques françaises*, Publications de la Sorbonne, Paris, 250p.

sorte un modèle hybride fondé sur une concurrence totale sur certains niveaux de la filière électrique (production et distribution) et une régulation absolument centralisée à l'échelon intermédiaire (transport). Le rôle de la réglementation est de s'assurer de la perfection de la structure de marché. Il s'agit de corriger les distorsions de concurrence et de s'assurer du respect de toutes les hypothèses sous-jacentes au modèle. La réglementation doit alors œuvrer dans le sens de la création de marchés complets. Les missions dites de service public sont alors regroupées sous le concept de service universel. Le rôle de la réglementation est de faire respecter au maximum l'équilibre du marché. Les objectifs sociaux sont alors réputés être du ressort de la solidarité, c'est-à-dire du gouvernement et donc, logiquement, de l'impôt. Dans ce cadre, l'accès aux services de base pour les usagers démunis ne saurait être que minimum (en atteste le pré-paiement de la consommation électrique) ou ne saurait se justifier en dehors d'un impératif moral de charité.

Cependant, les exemples britanniques et surtout néo-zélandais nous montrent que cette convention de réglementation n'épuise pas la logique de la libéralisation. Elle devrait, en toute logique, déboucher sur une forme ultérieure de réglementation. Dans la logique de la convention de la réglementation absente, la régulation est considérée comme un échafaudage réglementaire transitoire. Elle doit prévaloir le temps que la construction du marché soit définitivement achevée et consolidée. Cette étape achevée, une nouvelle forme de réglementation pourra lui succéder. Il s'agit d'une réglementation basée sur la seule application du droit de la concurrence (voire de la seule *Common Law* dans les pays de droit anglo-américain). Nous pouvons citer l'exemple de la Nouvelle-Zélande dont le régulateur des télécommunications est devenu une chambre spécialisée du Conseil de la concurrence. Cette convention de réglementation, que nous avons qualifiée de "tradition autrichienne", ne saurait s'assimiler à une convention de la réglementation absente.

Le troisième modèle de réglementation, de tradition autrichienne, repose exclusivement sur le contrat bilatéral noué sur le marché. Aucune instance n'a à se placer en surplomb ou à s'interposer (à la manière du pool anglais) entre les co-contractants. Tout litige se règle alors devant les tribunaux civils. Le système électrique est alors régulé au seul niveau local (de la *community*). La réglementation ne sert qu'à instaurer des liens minimaux entre ces différents pôles. Cette réglementation fait écho aux pratiques de l'*antitrust* américain. Celui-ci reprend certains traits de la réglementation autrichienne dans la mesure où il met en œuvre, depuis les années quatre-vingt, un jugement pragmatique quant à l'efficacité économique des

firmes disposant d'un pouvoir de marché. En effet, certaines situations de monopoles peuvent être admises au nom de l'efficacité dynamique du système économique<sup>540</sup>. Il n'existe donc pas, comme dans le cas anglais, le souci de préserver en permanence le caractère atomistique de la concurrence. En d'autres termes, l'intervention du régulateur est réellement minimale et non permanente.

Le dernier type de réglementation est fondé à la fois sur l'hypothèse d'autorité et sur l'hypothèse d'une connaissance fragmentaire et située. Nous avons une réglementation de type inductive, se fondant sur la jurisprudence des juridictions administratives. Il s'agit, peu ou prou, d'une logique proche du modèle originel du service public élaboré à la fin du siècle dernier par Léon Duguit. L'intervention publique directe, dans sa version étatique, n'a pas lieu d'être ici. L'intérêt public se construit en situation, de façon délibérative et subsidiaire via la réflexivité portée par la jurisprudence. La réglementation de service public passe alors non plus par la propriété étatique d'un monopole verticalement intégré, mais dans les définitions et les négociations des cahiers des charges de marchés publics, de régie ou de concession. Le principe du Bien Commun n'est donc en aucun cas extérieur à la coordination mais se fonde sur les pratiques, c'est-à-dire des activités sociales spécifiées par des systèmes de règles. Il existe de nombreuses différences entre la réglementation de service public et la réglementation extérieure. Dans le premier modèle, le particulier peut intenter un recours contre l'Etat devant le Tribunal administratif. Dans le second prévaut le schéma de la puissance publique. Le particulier ne peut contester qu'une "injonction de faire" et non les décisions étatiques en elles-mêmes. Ce modèle subsidiaire et décentralisé se rapproche de celui de l'électricité en France avant la Grande Guerre, voire de celui de la distribution de l'eau.

---

<sup>540</sup> Bellon B., (1993), « Cent ans de politique antitrust aux Etats-Unis », *Revue d'économie industrielle*, n°63, 1<sup>er</sup> trimestre, pp.10-24.

Niveau de réglementation du système électrique	<b>Choix collectifs</b>	<p>Monopole national intégré</p> <p>convention de la réglementation extérieure</p> <p>[Ordre construit]</p> <p><i>Théorie du rendement social</i></p> <p>La réglementation publique vise à maximiser une fonction de rendement social</p>	<p>Autorité de réglementation et tribunaux administratifs</p> <p>convention d'une réglementation de service public</p> <p>[Ordre réflexif ou endogène]</p> <p><i>Théorie juridique du service public</i></p> <p>La réglementation est réflexive et contextualisée via la jurisprudence des tribunaux administratifs</p>
	<b>Choix individuels</b>	<p>Marché de l'électricité</p> <p>Convention de la réglementation absente</p> <p>[Ordre instantané]</p> <p><i>Economie néo-classique de la réglementation</i></p> <p>La finalité de la réglementation est de créer un marché parfait</p>	<p>Marché autrichien</p> <p>Convention de la réglementation "autrichienne"</p> <p>[Ordre spontané]</p> <p><i>Economie autrichienne</i></p> <p>La réglementation repose sur la seule <i>common law</i> traduite par le juge civil</p>
Lieu optimal d'allocation des ressources		<p>Connaissance objective accessible de l'extérieur</p> <p>Principe du Bien commun extérieur à l'action individuelle</p> <p>Modèle déductif.</p> <p>La réglementation s'appuie sur un modèle extérieur de Bien-Etre social.</p> <p>Domaine de la Régulation</p> <p>La référence est un modèle de marché.</p>	<p>Connaissance située et subjective</p> <p>Principe de Bien commun porté dans l'action économique</p> <p>Modèle inductif</p> <p>La réglementation est fondée sur un apprentissage réflexif par rapport à la coordination via la jurisprudence.</p> <p>Domaine de la Coordination</p> <p>La référence est un processus de marché.</p>

tel-00011560, version 1 - 8 Feb 2006

## Chapitre 4 : Etude de la dynamique de la réglementation du secteur électrique français au travers de l'activité du Conseil de la Concurrence

L'étude de la jurisprudence du Conseil de la concurrence répond à une double logique. D'une part, il nous apparaît que le processus de changement institutionnel passe de façon privilégiée par des canaux qui ne sont plus ceux du droit étatique. La libéralisation est impulsée par les directives communautaires. Le Conseil de la concurrence est l'une des courroies de transmission privilégiée de la mise en œuvre du droit européen. En effet, au titre de sa saisine consultative, il émet des avis sur les transpositions des directives européennes. De plus, il mobilise fréquemment dans ses décisions la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes<sup>541</sup>. D'autre part, la réglementation est de plus en plus souvent élaborée par les autorités administratives indépendantes, au premier desquelles le Conseil de la Concurrence. Par le jeu de sa jurisprudence issue des saisines contentieuses, il joue un rôle déterminant en matière de précision des modalités pratiques de la réglementation et de mise en œuvre de celle-ci. Qui plus est, le quasi-pouvoir réglementaire dont jouit le Conseil de la concurrence en fait l'une des sources de la réglementation. Nous retrouvons ici la problématique de la production réglementaire des autorités administratives indépendantes. Nous verrons dans notre travail que celles-ci tendent à devenir les acteurs centraux de la production du nouveau cadre institutionnel. Cette place procède des délégations accordées par le législateur, mais aussi et surtout des processus juridiques automatiques de régulation résultant de la production juridique de ces entités. Cette production découle de leur activation par les acteurs économiques désireux de faire valoir leurs intérêts, voire de leur fonctionnement propre.

Ainsi, l'objet même de notre démarche nous conduira à nous attacher moins à la nature doctrinale des textes législatifs et réglementaires qu'à l'activité du Conseil de la concurrence, afin de saisir le fonctionnement empirique des dispositifs juridiques. La confrontation de notre typologie des mondes de réglementation à l'activité du Conseil de la Concurrence nous permettra d'affiner notre perception de la dynamique du changement institutionnel. Notre parti-pris sera de mettre l'accent sur le rôle de la jurisprudence dans l'édification d'un nouveau cadre réglementaire et dans le basculement conventionnel. Le choix de l'étude de l'activité du Conseil de la concurrence se fonde sur la place centrale que nous accordons à la mise en œuvre des textes à caractère généraux dans la construction de la convention de réglementation.

---

<sup>541</sup> Que nous n'aborderons ici que par ce seul biais.

Deux critiques peuvent émerger face à l'utilisation de données de nature juridique. Tout d'abord, il faut rejeter l'idée selon laquelle ces actes juridiques ne seraient que la résultante d'un processus de juridiciarisation des relations sociales, vue par exemple comme une démission de l'acteur étatique. Il faut ensuite rejeter une vision morale du contentieux judiciaire perçu comme phénomène numériquement marginal et pathologique par rapport au fonctionnement harmonieux des interactions sociales et de la vie des institutions. Comme le montre Weber<sup>542</sup>, la saisine des institutions judiciaires par les acteurs économiques indique la présence du conflit des intérêts et ne marque en rien un échec de la régulation sectorielle ou de l'action publique prise dans son ensemble. Notre parti pris est donc d'inscrire clairement le droit et la procédure judiciaire au cœur de l'action des acteurs et de la régulation générale du secteur. La législation relative à un secteur ne saurait s'apprécier par le seul examen des directives ou des débats liés à leur construction ou à leur transposition. L'inscription juridique des phénomènes économiques ne vaut que par l'activation des règles par les acteurs économiques dans le cadre de la procédure permise par les droits ouverts par le législateur.

Une seconde raison explique notre choix de lire la réglementation du secteur électrique au travers des actes du Conseil de la Concurrence. Il s'agit de la primauté de la jurisprudence en matière de droit de la concurrence tant au point de vue communautaire (avec la CJCE) que national. L'activation des textes généraux au niveau européen conduit à une sorte de régulation jurisprudentielle automatique à partir des actions contentieuses soumises à la Cour de Luxembourg. Le Conseil de la Concurrence est à ce titre un lieu privilégié d'observation de la mise en application et de la conception de la nouvelle réglementation des services publics de réseau. Il assume un rôle de courroie de transmission de la jurisprudence européenne comme en atteste l'utilisation fréquente de la jurisprudence de la CJCE. Il est interrogé à titre d'avis quant à la réglementation générale à appliquer à un secteur tant par le gouvernement que par des intérêts privés. Il est au cœur du fonctionnement des autorités de régulation via les procédures d'avis croisés quant à la mise en application de la réglementation. Enfin, il est le lieu de l'activation des droits des firmes s'estimant lésées en matière concurrentielle. Il est donc un des lieux les plus pertinents en matière de conception de la loi, de définition de ses modalités concrètes d'application et d'activation des droits des firmes dans le cadre de cette nouvelle réglementation.

---

<sup>542</sup> Weber M., (1922), *Economie et société*, tome I, traduction française Agora, Pocket, 1995.

Une autre critique pourrait nous être adressée quant à notre choix d'étudier principalement l'activité du Conseil de la Concurrence. Le rôle de celui-ci est en effet d'appuyer le législateur dans la conception du droit de la concurrence et de sanctionner les manquements à celui-ci commis par les entreprises. De cette mission naît bien sûr une polarisation sur les questions de concurrence qui pourrait constituer un biais dans notre étude. Le conseil ne traite que des questions de concurrence et non de service public, d'intérêt général ou de politique énergétique nationale. Cette critique est bien sûr fondée. Cependant, il convient de considérer que ce biais n'est pas aussi important qu'il peut paraître en première analyse. En effet, le changement dans les conventions de réglementation que nous observons actuellement dans de nombreux services publics de réseaux, impulsé par l'action de la Commission Européenne, s'avère en grande partie inspiré théoriquement par le cadre général tracé par la nouvelle économie des réseaux. Or, tant l'action des institutions européennes que les réflexions de ce nouveau paradigme théorique s'inscrivent résolument dans une vision "libérale" considérant que l'optimalité d'une politique publique passe par sa capacité à restaurer (ou construire) les mécanismes de l'allocation concurrentielle. En d'autres termes, le droit de la concurrence est au cœur du basculement conventionnel auquel nous assistons tant au niveau des équipements juridiques que théoriques. Le corpus des actes du Conseil de la Concurrence nous apparaît alors comme un cadre d'analyse privilégié quant à cette rupture dans l'action publique. De plus, s'il est vrai que nous ne pouvons appréhender les considérations de justice sociale ou de politique énergétique à partir de notre corpus, il n'en demeure pas moins que ces dimensions sont rejetées dans la nouvelle convention en dehors du champ de l'action volontariste sur les structures du secteur et les stratégies des firmes qui le composent. Les exemples des mesures visant à préserver le service public de l'électricité et de la planification énergétique nationale illustrent bien la mise à l'écart de ces problématiques du champ de la régulation sectorielle. Dernière dimension à considérer, celle de l'intérêt général. Celui-ci était au cœur de l'analyse allaisienne. Malgré les apparences celui-ci est l'élément central de la nouvelle convention de réglementation. La construction des conditions de la concurrence pure et parfaite est le moyen de réaliser l'optimum parétien. Ainsi, la construction et l'implémentation du droit de la concurrence le plus parfait possible sont les leviers pertinents de l'action publique pour réaliser l'objectif final de la politique économique. Entre les deux conventions de réglementation, la fin et le principe philosophique guidant l'action publique n'ont pas changé. Il existe un optimum théorique d'une économie. Les pouvoirs publics sont à même de le déterminer. L'action publique est à même d'y conduire l'économie. Si le terme d'intérêt

général n'apparaît pas explicitement dans notre corpus, il est toujours présent en creux. La notion de dommage à l'économie en est, à notre sens, une traduction.

Notre travail porte donc sur une étude économique de la jurisprudence de l'autorité en charge de l'application du droit de la concurrence. La jurisprudence désigne l'«*ensemble des décisions judiciaires remarquées par les revues juridiques et professionnelles*». De ce fait, notre corpus d'actes judiciaires ne relève pas à proprement parler de celle-ci. En effet, nous avons sélectionné l'ensemble des actes relatifs à l'électricité et aux divers services publics de réseaux. Cependant, du fait de la nature et du fonctionnement même du Conseil de la Concurrence, nous pouvons considérer que les actes rassemblés assument cette fonction et peuvent donc nous apporter des enseignements aussi précieux. En effet, ce corpus permet aux acteurs économiques de s'appuyer, malgré la diversité des situations économiques et juridiques caractéristiques de chaque acte, sur des principes généraux, dégagés par le Conseil et applicables à leur situation. De ce fait, les actes utilisés à titre de jurisprudence permettent à la fois de «capitaliser» des règles générales issues des précédents actes, tout en préservant l'irréductibilité des situations. La jurisprudence peut donc nous être utile pour «*retracer les situations d'action dans lesquelles la loi est mobilisée*<sup>543</sup> ». De façon plus générale, la jurisprudence, ou dans notre cas, les décisions ou avis les plus importants, visent à éclairer un point non encore développé de la réglementation du secteur ou à dégager les règles applicables dans la mise en application de celle-ci. Ainsi, «*la jurisprudence autour d'une loi se construit donc par agrégation successive de cas remarquables, par rapport à la masse connue des autres décisions, et par rapport aux cas précédents déjà intégrés dans la jurisprudence*<sup>544</sup> ».

Notons au passage que la jurisprudence dans le droit continental se distingue de la jurisprudence des pays de droit anglo-américain. La *Common Law* dans le droit anglo-saxon passe par la sédimentation des précédents. Le droit français utilise la jurisprudence comme une source d'innovation et de complément au cadre juridique. Il s'agit de statuer sur un point jusqu'alors non abordé. La construction d'une jurisprudence, quant à la réglementation sectorielle et au droit de la concurrence, constitue donc un apprentissage juridique permettant de compléter le travail du législateur.

---

<sup>543</sup> Didry C., (1998), « Les comités d'entreprise face aux licenciements collectifs : trois registres d'argumentation », *Revue française de Sociologie*, XXXIX-3, pp.495-534.

<sup>544</sup> Didry *op. cit.* page 503.

Notre première section présentera les modalités d'activation du Conseil. Le contentieux propre au secteur électrique, tant dans le cadre de la convention de l'Etat extérieur (obligation d'achat, principe de spécialité) que dans le contexte du changement réglementaire sera analysé dans notre section seconde. La troisième section repose sur une étude statistique du contentieux et des demandes d'avis traités par le Conseil de la Concurrence dans le domaine de l'électricité, d'une part, et pour l'ensemble des services publics de réseaux, d'autre part. Il s'agit d'étudier les manifestations du changement de conventions de réglementation au travers de la production du Conseil. Celui-ci apparaît à la fois comme un révélateur et un producteur de cette mutation. La comparaison avec les autres services publics permet de replacer la dynamique du secteur électrique en perspective. La poursuite de cette comparaison dans nos analyses en composantes principales (section 4) et lexicales (section 5) nous permet tout à la fois de mieux saisir les spécificités du secteur électrique et de formuler des hypothèses quant à sa trajectoire.

## **IV.1 Présentation du cadre d'action du Conseil de la Concurrence**

### **IV.1.1 Procédures d'activation de la juridiction concurrentielle**

#### **IV.1.1.1 L'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.**

Avant de présenter plus en détail la nature et le fonctionnement du Conseil de la Concurrence, nous allons nous attacher à l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Celle-ci détermine le cadre législatif dans lequel se placent les réglementations sectorielles. Ce cadre détermine non seulement les voies de recours devant le Conseil de la Concurrence, mais constitue aussi l'un des principaux moyens de cadrage (*framing*) législatif servant de point d'appui au processus de destruction / reconstruction des dispositifs réglementaires relatifs au secteur électrique.

L'ordonnance pose dès son article premier la liberté des prix, dont la détermination ne doit appartenir qu'au jeu des mécanismes concurrentiels. Cependant, une possibilité de réglementation des prix par l'Etat (après consultation du Conseil de la Concurrence) est

prévue dans divers cas de figures tels l'existence d'un monopole ou la présence de diverses dispositions législatives ou réglementaires. Le Conseil de la Concurrence peut être de la même façon consulté par les Commissions Parlementaires sur les propositions de lois ou toute autre question relative à la concurrence. L'article 5 précise toujours que le Gouvernement, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs agréées, les chambres d'agriculture, les chambres de commerce et d'industrie ou les chambres de métiers peuvent solliciter des avis du Conseil, en ce qui concerne les intérêts qu'elles ont en charge. L'article 6 étend l'obligation de consultation du Conseil par le gouvernement à toute disposition aboutissant à poser des restrictions quantitatives à l'exercice d'une profession, à établir des droits exclusifs ou à imposer des pratiques uniformes en terme de prix.

Le cœur de l'ordonnance et donc de l'activité du Conseil de la Concurrence réside en son titre III relatif aux pratiques anticoncurrentielles. Celles-ci sont définies en ses articles 7 et 8. L'article 7 définit la notion d'entente anticoncurrentielle. L'article 8 est relatif à l'exploitation de positions dominantes à des fins de limitation de la concurrence. L'article 7 prohibe toute action concertée, convention, entente expresse ou tacite ou coalition ayant pour objet ou ayant pour effet « *d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* ». Les pratiques visées sont celles qui consistent à l'installation de barrières à l'entrée, de dispositifs visant à limiter la concurrence potentielle, à empêcher la fixation concurrentielle des prix, à limiter ou contrôler la production des débouchés, les investissements ou le progrès technique. Les pratiques délictueuses recouvrent aussi la répartition des marchés ou des sources d'approvisionnement. L'article huitième concerne l'exploitation abusive d'une position dominante sur un marché (ou une part substantielle de celui-ci) ou d'un état de dépendance économique. Ces abus peuvent consister par exemple en des refus de vente, des ventes liées ou des conditions discriminatoires pesant sur les transactions. Elles peuvent même aller jusqu'à des ruptures « *de relations commerciales établies au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ».

Les articles suivants sont relatifs aux sanctions judiciaires s'appliquant à ces pratiques. L'article 9 prononce la nullité de toute convention ou clause contractuelle se rapportant à celles-ci. L'article 10 fournit des cas d'exemptions. Au premier rang de celles-ci figurent les pratiques qui résultent d'un texte législatif ou réglementaire. De la même façon, les pratiques visant à favoriser le progrès économique ou réservant aux consommateurs une partie équitable

du surplus dégagé peuvent échapper aux qualifications définies aux articles 7 et 8. L'article 10-1, issu de la Loi n° 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996, se rapporte aux pratiques prédatrices. Les prix abusivement bas sont interdits *« dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits »*.

Le Conseil de la Concurrence peut être saisi par le ministre chargé de l'économie, par les entreprises concernées, par les organismes professionnels, ou s'autosaisir. Notons qu'il peut déclarer une saisine irrecevable dès lors qu'il considère que les faits invoqués n'entrent pas dans son champ de compétence ou qu'ils ne sont pas appuyés sur des éléments suffisamment probants<sup>545</sup>. Nous reviendrons sur les voies de saisines du Conseil dans notre prochaine sous-section.

Le Conseil peut prononcer des sanctions et des injonctions (article 11) et même adresser le dossier au Procureur de la République (article 17). Il peut ordonner aux parties de mettre fin à leurs pratiques si celles-ci sont jugées anticoncurrentielles. Les sanctions pécuniaires peuvent être immédiates ou liées à la non-exécution des injonctions. Les sanctions sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme concerné<sup>546</sup>. Les sanctions pécuniaires prévues à l'article 13 étaient à l'origine plafonnées à *« 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de dix millions de francs »*. La Loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques a modifié ces dispositions à l'instar de l'ensemble des dispositions relatives au Droit de la Concurrence<sup>547</sup>. Les sanctions pécuniaires ont été notablement relevées. Elles sont désormais plafonnées à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Cette évolution de la loi est motivée par l'observation des comportements des entreprises. *« Cela permettra de faire échec à une pratique, consistant pendant la procédure à réduire de manière conséquente le chiffre d'affaires de l'entité juridique poursuivie »*<sup>548</sup>.

---

<sup>545</sup> Article 19.

<sup>546</sup> Loi n°92-1442 du 31 décembre 1992.

<sup>547</sup> Celles-ci sont intégrées dans le livre IV du Code de Commerce.

<sup>548</sup> Hubert P., (2001), « Année 2000- Evolution Législative. Le Conseil de la Concurrence », *Les Notes Bleues de Bercy*.

Le Conseil peut prononcer des mesures conservatoires, lesquelles « ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante ». Les mesures conservatoires peuvent impliquer la suspension de la pratique concernée, une injonction faite aux parties de revenir à la situation antérieure. Elles doivent être cependant limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence. Les mesures conservatoires peuvent faire l'objet de recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'Appel de Paris sur l'initiative des parties ou du Commissaire du Gouvernement<sup>549</sup>. Cependant le recours n'est pas suspensif, sauf si le Premier Président prononce un sursis à exécution de celles-ci le temps de la procédure. L'article 15 prévoit la possibilité de former un pourvoi en cassation. Le Conseil est en mesure de décider de la suspension d'une offre commerciale en l'attente d'un jugement sur le fond dès lors que l'urgence des mesures conservatoire est retenue afin d'éviter une atteinte grave et immédiate aux concurrents de l'opérateur historique<sup>550</sup>. Le Titre V de l'ordonnance (articles 38 à 44) se rapporte à la concentration économique. Il doit apprécier « si le projet de concentration ou la concentration apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ». Cependant, à l'instar de l'antitrust américain, il doit tenir « compte de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ».

#### IV.1.1.2 Rôle du Conseil de la Concurrence et voies de saisines.

##### IV.1.1.2.1 Mission du Conseil

A l'instar de la Commission de Régulation de l'Electricité et de l'Autorité de Régulation des Télécommunications, le Conseil de la Concurrence est une autorité administrative indépendante dont l'attribution consiste en la régulation du fonctionnement de la concurrence. Elle assume une mission de maintien de l'ordre public économique dont les deux volets sont la sanction des pratiques anticoncurrentielles et le rôle consultatif en matière de réglementation. L'annexe 11 présente la filiation du Comité Technique des ententes, que nous avons abordé à la section I.3 au Conseil de la Concurrence. Les évolutions de l'autorité en

<sup>549</sup> Loi n° 87-499 du 6 juillet 1987. Article 1<sup>er</sup> du Titre II.

<sup>550</sup> Décision 00-MC-19.

charge de l'application du Droit de la Concurrence attestent du basculement progressif d'une convention de réglementation à l'autre.

Ce fut l'ordonnance de 1986 qui incarna réellement le basculement de convention de l'Etat vers une conception d'un Etat absent. D'une part, le pouvoir de sanction du ministre fut transféré au Conseil de la Concurrence, autorité indépendante nouvellement créée. D'autre part, les possibilités de saisines furent étendues aux entreprises. L'organisme en charge du contrôle de la concurrence n'était plus un outil de sanction des comportements contraires à l'ordre public économique, mais devenait l'un des points d'appuis potentiels à la construction d'une nouvelle réglementation assise sur les seuls principes de la concurrence pure et parfaite. Cette mission fut renforcée par le transfert au Conseil du rôle d'application des articles 85, 86 et 87 du Traité de Rome, par la loi du 11 décembre 1992. De la même façon, l'éventail des pratiques contrôlées au titre du respect des conditions de pure concurrence fut étendu le 1<sup>er</sup> juillet 1996 aux prix abusivement bas<sup>551</sup>. Le rôle du Conseil de la Concurrence ne peut pleinement s'apprécier que si l'on replace celui-ci dans le cadre de la convention de l'Etat absent. Il participe donc pleinement à la construction de ce que nous avons appelé la convention de la réglementation absente. Le Conseil insiste lui-même, dans sa présentation institutionnelle sur le fait que : « *le marché ne peut concourir à l'efficacité économique que si des règles de droit garantissent aux opérateurs la liberté de fixer leurs prix, le libre accès au marché mais aussi l'absence d'abus de puissance économique par ceux qui la détiennent* ». Cette approche n'est en rien contestable. Elle affirme même l'inscription juridique des comportements économiques. Elle montre que la convention de la réglementation absente ne peut en rien se rattacher à l'utopie de la nouvelle économie des réseaux d'une régulation provisoire. La marque de cette convention de l'Etat réside plutôt dans le fait que la mise en place de mécanismes visant à améliorer l'efficacité des mécanismes concurrentiels tend à évincer, voire à effacer le fait que le marché ne puisse que *concourir* à la maximisation du rendement social. L'action publique demeure nécessaire à la fois pour maintenir la concurrence elle-même (elle s'autodétruit spontanément) et à pallier les défaillances de marché (celles-ci émergent du seul fait de l'incertitude pesant sur l'ensemble des "états du monde" futurs).

---

<sup>551</sup> Se reporter à notre section IV.1.2, laquelle reviendra sur l'analyse économique des griefs susceptibles d'être notifiés par le Conseil de la Concurrence, notamment les prix prédateurs.

Le Conseil ne se substitue pas aux juridictions judiciaires. Il ne traite pas des pratiques commerciales déloyales ou des litiges contractuels. Il n'intervient que lorsque le fonctionnement concurrentiel des marchés est remis en cause. Il demeure un acteur crucial dans l'architecture réglementaire des industries de réseaux dans la mesure où son mandat le conduit à intervenir dès lors que le jeu de la concurrence est faussé dans toute activité et pour tout type d'acteur économique (de statut public ou privé). Le Conseil est en effet compétent sur l'ensemble des marchés (article 53). *« C'est la nature économique de l'activité et non la qualité de l'opérateur ou la forme sous laquelle il intervient qui détermine l'applicabilité des règles de concurrence ».*

Si le Conseil n'est pas le seul lieu de l'élaboration de la politique publique de réglementation des industries de réseau, son mandat de mise en application des règles de la concurrence pure et parfaite pour les secteurs différenciés et non différenciés le conduit à constituer un élément privilégié de remise en cause des opérateurs monopolistiques de service public. Nous verrons que cette puissante capacité de remise en cause n'est en rien la résultante d'un plan d'ensemble ou d'un projet délibéré de changement du cadre réglementaire. Il s'agit, à l'instar de ce que Cohen a relevé pour la jurisprudence européenne, d'une dynamique de régulation juridique autonome liée au jeu de la jurisprudence et animée par l'activation des droits créés par des textes généraux sur la concurrence (là le Traité de Rome, ici l'ordonnance de 1986) par les intérêts économiques en présence. Ce rôle va passer par deux voies, la saisine contentieuse autour de la notion de dommage à des tiers ou à un secteur et la saisine à titre consultatif souvent fondée sur la notion de dommage à l'économie<sup>552</sup>.

#### IV.1.1.2.2 Organisation du Conseil.

Le Conseil est composé de 17 membres issus de trois collèges. Le premier collège rassemble des membres du Conseil d'Etat, de la Cour des Comptes, de la Cour de Cassation ou des autres juridictions administratives ou judiciaires. Le second rassemble les experts (économistes et autres). Le troisième représente les industriels. Les membres du Conseil sont nommés par décret pour six ans sur proposition du ministre de l'Economie. Ils ne sont que

---

<sup>552</sup> A ce titre, le rôle consultatif du Conseil ne peut être sollicité que par des intérêts collectifs constitués, c'est-à-dire le Gouvernement, les assemblées, les collectivités territoriales, les syndicats professionnels et les associations de consommateurs.

très difficilement révocables<sup>553</sup>. Le gouvernement est représenté par un Commissaire en la personne du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Il indique la position du gouvernement sur chaque dossier mais le Conseil délibère en dehors de sa présence. Il est toujours étonnant que l'administration n'ait pas voix au chapitre dans une juridiction de maintien de l'ordre public économique et contribuant à la définition de la réglementation de secteurs relevant de l'intérêt général.

La saisine du Conseil peut se faire selon deux voies que nous présenterons plus en détail. La première est la saisine contentieuse. Il s'agit d'une procédure ouverte portant sur le contrôle des ententes, des abus de position de dominante ou de dépendance économique et des stratégies de prédation. La seconde voie est constituée par la saisine consultative. Elle est ouverte aux intérêts collectifs constitués (donc à l'exclusion des entreprises). Notons que les juridictions (administratives et judiciaires) de droit commun ou spécialisées (donc les autorités de régulation) peuvent saisir le Conseil selon les voies contentieuses ou consultatives (article 26 de l'ordonnance). Ainsi, le Conseil peut être saisi par le médiateur du cinéma, par le Conseil Supérieur de l'audiovisuel, par l'Autorité de Régulation des Télécommunications<sup>554</sup> et par la Commission de Régulation de l'électricité<sup>555</sup>. En règle générale, le Conseil peut être saisi par le ministre en charge de l'économie, par les entreprises (voie contentieuse) et par les collectivités territoriales, les associations professionnelles et de consommateurs, pour tout affaire concernant les intérêts dont elles ont la charge.

Il convient de souligner que le champ de la saisine contribue à distinguer le Conseil de la concurrence, à l'instar de la CJCE<sup>556</sup>, des juridictions judiciaires. Le Conseil « *est saisi in rem de l'ensemble des faits et des pratiques affectant le fonctionnement d'un marché, sans être lié par les demandes et les qualifications des parties saisissantes. Cela lui permet d'examiner, sans avoir à se saisir d'office, des pratiques anticoncurrentielles, et ce, même lorsque les demandes présentées par la société saisissante à l'issue de sa saisine ne relèvent pas de sa compétence*<sup>557</sup> ».

---

<sup>553</sup> Les cas sont définis par l'article 3 de l'ordonnance.

<sup>554</sup> Article 36-10 du Code des Postes et Télécommunications.

<sup>555</sup> Article 39 de la loi du 10 février 2000.

<sup>556</sup> Cour de Justice des Communautés Européennes

<sup>557</sup> Rapport d'activité 2000, p.69.

Au titre de sa fonction consultative le Conseil a une compétence étendue à tous les secteurs en matière de contrôle des aspects juridiques et économiques de la concurrence. Son contrôle s'étend donc au secteur différencié. Le fait que celui-ci soit examiné sur la base de la seule ordonnance de 1986 est un efficace relais du basculement réglementaire. Faute d'un contrepoids politique volontariste, le choix collectif en matière d'organisation économique est abandonné à la seule institution en charge de l'application du droit de la concurrence. Ce phénomène est amplifié par l'action de la Commission européenne et de la CJCE, lesquelles reposent, elles aussi, sur les principes du droit de la concurrence et par celle des autorités de régulations, lesquelles sont explicitement chargées de construire des marchés de concurrence pure et parfaite.

La fonction consultative du Conseil rend possible sa saisine pour toute question de concurrence (article 5), pour tout projet de loi, pour toute opération de concentration ou pour tout texte réglementant les prix ou restreignant la concurrence (articles 1 et 6). Notons au passage que seuls les avis donnés au Gouvernement et aux commissions parlementaires peuvent ne pas être publiés. Ainsi, la base que nous avons constituée, est susceptible de ne pas rassembler l'ensemble des avis sollicités par l'administration. Il est possible que des avis quant à des transpositions de directives de libéralisation ou relatifs à l'organisation des services publics après libéralisation soient restés confidentiels. De façon dérivée, nous ne devons en accorder que plus d'importance et de significativité aux avis publiés compris dans notre échantillon. Ils deviennent des signaux donnés aux acteurs économiques et contribuent donc plus que d'autres au basculement de convention. Parmi les saisines consultatives, insistons sur l'importance de l'expertise du Conseil en terme de concentration. Nous verrons que ces demandes d'avis au titre de l'article 38 de l'ordonnance sont très peu présentes dans notre base. Cependant, l'importance de cette fonction est à souligner. Le ministre peut s'opposer à une fusion ou acquisition ou l'assortir de conditions. Le Conseil peut être amené à se prononcer sur les conséquences de ce regroupement sur le marché pertinent du moment où la situation de la concurrence sur le marché peut en être affecté. Le Conseil est compétent dès lors que la part de marché cumulée des deux entreprises est supérieure à 25 % ou que le chiffre d'affaires cumulé s'élève à 7 milliards de francs (1,067 milliard d'euros). A la suite de l'avis du Conseil, le ministre peut par arrêté enjoindre les deux firmes à renoncer ou à modifier l'opération de rapprochement.

La fonction contentieuse place le Conseil dans un rôle de contrôle de l'ordre public économique. Il a le pouvoir de contraindre les acteurs économiques et de réprimer leurs pratiques délictueuses. Le Conseil n'est pas tenu par le contenu et le périmètre de la saisine déposée par les dénonciateurs. Il examine la situation de concurrence dans le secteur concerné et définit lui-même les griefs qu'il y a lieu de notifier. Les décisions du Conseil sont susceptibles d'appel devant la Cour d'Appel de Paris et peuvent faire l'objet de pourvoi en Cassation. Notons qu'il est possible qu'après la notification des griefs par le Conseil, le Président de celui-ci décide (si les parties ne s'y opposent pas) de porter le dossier devant la commission permanente. Il s'agit d'une procédure simplifiée. Le jugement se fait sans qu'il y ait besoin de constituer un rapport. Cette commission, composée du Président et de deux vice-présidents, au moins, ne peut infliger que des sanctions pécuniaires inférieures à 500 000 francs, soit 76 225 €. L'action du Conseil repose sur trois types de griefs que nous présenterons plus en détail dans la prochaine section.

#### **IV.1.2 Analyse économique des griefs susceptibles d'être notifiés aux opérateurs de service public.**

##### **IV.1.2.1 Les ententes anticoncurrentielles.**

Nous avons présenté la problématique économique et juridique des ententes anticoncurrentielles dans notre section relative aux liens entre EDF et les constructeurs de matériels électromécaniques dans la convention de la réglementation absente (section I.3.1.1). Nous nous bornerons donc ici à mettre en exergue le traitement des ententes anticoncurrentielles dans le cadre de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Celle-ci rassemble sous ce chef les pratiques d'entraves concertées à l'accès au marché, de répartition de ceux-ci, d'échanges d'informations sur les prix et les marges, ainsi que les soumissions coordonnées dans les appels d'offres. Il existe tant pour les ententes que pour les abus de position dominante des cas d'exemptions prévus à l'article 10. Il s'agit des pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire et des pratiques favorables au progrès économique.

Il convient cependant de garder présente à l'esprit la distinction pouvant exister entre la collusion des offreurs autour d'un appel d'offres et ce que le Conseil de la concurrence nomme, à l'instar de l'OCDE, les "cartels injustifiables"<sup>558</sup>. Cette distinction n'est pas purement formelle. Elle nous donne une grille de lecture nous permettant d'opposer la situation qui était celle qui prévalait en 1952 autour des marchés d'EDF et les collusions entre constructeurs d'équipements électromécaniques que le Conseil a actuellement à sanctionner. La différence dirimante entre les deux types d'ententes anticoncurrentielles tient à leur récurrence, à leur systématicité. Les collusions autour de certains appels d'offres d'EDF ou dans le cadre de certains marchés d'électrification rurale, que nous retrouvons dans notre base, se traduisent par un regroupement ponctuel d'une partie des offreurs potentiels autour d'un marché donné. Le délit n'est pas systématique et généralisé. L'entente ne porte que sur un marché et n'épuise pas à elle seule la concurrence. Certains offreurs en sont exclus. A l'inverse, le "cartel injustifiable" désigne la situation qui était celle de la construction électromécanique française durant le premier plan d'équipement. Ces ententes ont un caractère global, systématique et durable. Le partage porte non plus sur des marchés, mais sur le marché lui-même. Le dommage à l'économie n'en est que plus important. Le cartel se comporte alors comme un monopole à établissements multiples. Comme l'enseigne la théorie du monopole, le prix s'élève au-dessus du prix d'équilibre concurrentiel et les quantités échangées se réduisent. Ces cartels se traduisent donc à la fois par une confiscation de rente (captation d'une partie du surplus du consommateur) et par une réduction nette du surplus social (réduction du surplus collectif).

La situation de l'entente institutionnalisée, qui fut celle du début des années cinquante, ne se retrouve pas à l'heure actuelle. Les cartels que gère le Conseil ne sont que des collusions d'offres autour d'un appel d'offres public ou privé. Dans le cadre de notre corpus, il s'agit d'appels d'offres émanant de collectivités territoriales (cas des ententes dans le secteur de l'électrification rurale) ou de groupes publics<sup>559</sup> (EDF). Selon la jurisprudence du Conseil, « *sont considérés comme anticoncurrentiels les groupements d'entreprises constitués en vue de répondre à un appel d'offres*<sup>560</sup> ». Nous avons retrouvé le cas dans notre corpus d'une

<sup>558</sup> Rapport d'activité 2000 du Conseil de la Concurrence, p.29.

<sup>559</sup> Nous pouvons relever le fait que notre base ne contient pas de trace d'ententes anticoncurrentielles dans le domaine de l'équipement télécom. Cela tient peut-être au fait que le Conseil ne soit compétent (en l'occurrence) que pour les pratiques affectant les entités publiques et les opérateurs de services publics. Une entente opposant deux entreprises du secteur différencié (si nous faisons l'hypothèse hardie que France Télécom en fasse désormais partie) serait de la compétence du juge judiciaire. Le Conseil ne s'attache pas au droit des obligations.

<sup>560</sup> Rapport 2000 du Conseil de la concurrence, p.82.

entente autour d'un marché d'électrification rurale, réunissant la quasi-totalité des offreurs potentiels, sans qu'une nécessité technique ne justifie le regroupement. L'entente avait pour objectif de permettre à chacun, une fois l'appel d'offres remporté par le groupement, de conserver le contrôle de la zone géographique sur laquelle chacun opérait initialement<sup>561</sup>. De nombreux autres cas présents dans notre base posent la question des éléments de preuve nécessaires pour retenir le grief d'entente anticoncurrentielle. Deux autres décisions relatives à des ententes anticoncurrentielles dans des marchés d'électrification rurale, la décision 2000-D-26<sup>562</sup> et 2000-D-34<sup>563</sup>, nous permettent d'éclairer la question des éléments probatoires nécessaires au Conseil. Le Conseil considère que les griefs sont fondés dès lors qu'il est fait la preuve que les entreprises ont échangé des informations avant l'ouverture des plis. Ces informations peuvent porter sur *« l'existence des compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré »*<sup>564</sup>.

L'entente anticoncurrentielle peut aussi porter sur des échanges d'informations sur les prix et les marges. L'exemple que nous pourrions citer, bien qu'il n'appartienne pas à notre corpus, est la décision 2000-D-28, relative à une entente conclue entre les principaux établissements bancaires français pour éviter une concurrence sur le refinancement des crédits accordés à leurs clientèles respectives sur la base de la baisse des taux d'intérêts. L'argument mis en avant par les banques résidait en l'intérêt économique de la branche, qui serait sortie exsangue d'une « spirale de renégociation généralisée », c'est-à-dire d'une concurrence par les prix. Le Conseil a assimilé cette pratique à une entente sur les prix<sup>565</sup>.

#### IV.1.2.2 Les abus de position dominante et les abus de position de dépendance économique.

<sup>561</sup> Il s'agit de la décision 2000-D-20, relative à une entente anticoncurrentielle dans un marché d'électrification rurale dans le département de la Somme. La collusion impliquait deux filiales du groupe Vivendi et L'Entreprise industrielle. Vivendi se vit infliger une sanction pécuniaire de 575 000 francs (87 658 €) et L'Entreprise Industrielle de 450 000 francs (68 602 €).

<sup>562</sup> La décision 2000-D-26 porte sur une entente anticoncurrentielle dans un marché d'électrification rurale dans les Pyrénées-Atlantiques. Les sociétés défenderesses (Forclum, Spie...) mirent en avant des éléments de procédures, tels la prescription des pratiques, des problèmes d'imputabilité des griefs, et surtout contestèrent les éléments de preuves fournis par le Conseil.

<sup>563</sup> La décision 2000-D-34 concerne une entente anticoncurrentielle dans un marché d'électrification rurale en Eure-et-Loir. Cette décision a été réformée par la Cour d'Appel de Paris (arrêt du 9 janvier 2001).

<sup>564</sup> Conseil de la concurrence, Rapport d'activité 2000, p.82.

<sup>565</sup> Le taux d'intérêt est considéré comme le prix du service rendu par les banques.

L'article 8 de l'ordonnance de 1986 prohibe l'exploitation abusive de sa position dominante par une entreprise ou l'exploitation par celle-ci de l'état de dépendance économique dans lequel peut se trouver une entreprise cliente ou fournisseur, quand cette pratique a pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. La procédure suivie par le Conseil passe d'abord par la définition du marché pertinent. Dans un second temps, il vérifie si l'entreprise dénoncée est en situation de s'abstraire de la concurrence des autres entreprises présentes sur le marché. Le Conseil suit en ce sens la démarche de la CJCE. Celle-ci indique que « *la position dominante visée par l'article 82 concerne la position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement des consommateurs*<sup>566</sup> ».

#### IV.1.2.3 Les prix abusivement bas et les stratégies de prédation.

Les dispositions relatives aux prix abusivement bas ont été introduites dans la législation le 1<sup>er</sup> juillet 1996. Il s'agit d'une notion liée à la catégorie économique de la prédation. L'annexe 12, relative à la notion économique de prédation atteste de la difficulté de caractériser de telles stratégies.

La première utilisation de la notion de prédation par le Conseil de la concurrence remonte à la décision 94-D-30, relative aux agissements de la SARL Sobéa dans le secteur des bétons prêts à l'emploi. Cette décision, qui a été confirmée par la Cour d'Appel de Paris (3 novembre 1994) et par la Cour de Cassation (le 4 février 1997), a déterminé la position française en matière d'appréciation du seuil de prédation<sup>567</sup>. Une entreprise applique des prix de prédation quand, étant en situation de position dominante, elle applique un prix inférieur au coût moyen variable ou quand face à une nouvelle entrée, elle établit son prix entre le coût total moyen et le coût moyen variable dans l'intention d'exclure son concurrent. Cette position est en tout point conforme à la jurisprudence européenne en la matière incarnée par les arrêts de la CJCE, Akzo (3 juillet 1991) et Tetra Pak International SA (14 novembre 1996).

---

<sup>566</sup> Rapport 2000 du Conseil de la Concurrence, p.99

<sup>567</sup> Elle a été confirmée par l'avis 97-A-18 pour le secteur du disque.

Dans le domaine électrique, le grief de prédation sera surtout utilisé pour deux types d'actes juridiques. Les premiers correspondront aux diversifications d'EDF. Par exemple, l'avis 94-A-15 s'interrogera sur la possibilité offerte à EDF d'évincer tout concurrent d'un marché qu'il voudrait s'approprier en acceptant de financer sur le long terme des pertes structurelles sans que pour autant sa situation financière n'en soit durablement affectée (du fait de ses rentes de monopole). La seconde utilisation du grief de prédation pourra se faire dans le cadre de l'*unbundling*, c'est-à-dire de la séparation des activités concurrentielles et des activités sous monopole d'EDF. L'avis 98-A-05, relatif à la transposition de la directive de 1996, insiste sur la nécessité de « *contrôler l'action de l'opérateur historique sur le marché libre du kWh et sur le marché des services* ». Selon le Conseil, l'autorité de régulation du secteur (la Commission de Régulation de l'Electricité) doit vérifier l'absence de prédation en prenant pour base les coûts marginaux de court terme de chaque activité et en instaurant le coût marginal de développement comme prix plafond pour la clientèle captive.

Au final, étudier l'activité du Conseil de la Concurrence revient à sélectionner l'acteur central de la construction de la nouvelle convention. C'est le rabattement des objectifs de l'action publique aux seuls principes concurrentiels qui est la première cause de l'effacement des objectifs collectifs de long terme (dans les domaines de la politique énergétique nationale ou de la répartition). Cet effacement est la traduction du basculement de la convention de l'Etat. De l'Etat incarnation de l'intérêt général, nous sommes passé à un Etat bouc-émissaire dont la seule contribution possible au Bien Commun serait d'organiser sa propre disparition, d'être l'ordonnateur de sa propre éviction. Celle-ci passe notamment par la substitution au choix collectif exprimé par le vote, d'une régulation automatique assise sur des idéaux techniques. Le droit de la concurrence, conçu comme un moyen d'atteindre l'optimum économique en réalisant sur terre les promesses de la théorie de la concurrence pure et parfaite, évince l'action publique volontariste (comme la politique industrielle par exemple). Si « *la prédominance des idéaux techniques souligne le renoncement à la politique entendue comme capacité à "rendre possible ce qui est nécessaire"* », il ne s'agit pas de ramener la convention de l'Etat absent à la passivité des pouvoirs publics. Bien au contraire, l'étude de la réglementation induite par le paradigme de la nouvelle économie des réseaux montre bien que cette convention s'accompagne d'une inflation réglementaire galopante et d'un interventionnisme étatique débridé. La convention de la réglementation absente ne revient jamais à autre chose que de substituer à la volonté de "rendre rationnel ce qui est réel", l'objectif encore plus constructiviste de "rendre réel ce qui est rationnel". En fait, il s'agit

moins de démission du politique que d'un choix délibéré – donc purement politique, bien que jamais débattu – de plier l'économie réelle à un idéal type dérivé de la théorie.

Le choix de l'étude de la jurisprudence du Conseil de la concurrence peut aussi conduire à la mise en relief de l'ensemble des médiations concourant au changement de convention de réglementation. Quand bien même la convention de l'Etat absent s'appuie sur une théorie normative définie extérieurement à la situation et déterminant le cadre réglementaire optimal, il n'en demeure pas moins que la construction d'un cadre réglementaire est l'œuvre d'un ensemble de médiations (dont celle du Conseil de la concurrence) et procède d'une sédimentation historique (les implications des questions liées à l'obligation d'achat et au principe de spécialité en attesteront).

Parmi l'ensemble des médiations qui contribuent au basculement conventionnel, le Conseil tient une place privilégiée du fait de sa spécificité dans l'architecture institutionnelle française. Il n'agit pas comme une juridiction de droit commun tenue par les termes des saisines. Parler d'une instance traitant des contentieux est réducteur. Le Conseil, notamment quand il siège en formation plénière, est partiellement investi du pouvoir de construire des règles de droit applicables en toute situation. A l'instar de la CJCE, ses actes normatifs ont une portée générale et quasi-réglementaire. Il s'ensuit une confusion en un même Conseil des trois pouvoirs dont nous devons pourtant toujours veiller à la séparation.

## **IV.2 Analyses du contentieux relatif à la réglementation du secteur électrique**

## **IV.2.1 Les contentieux relatifs à la convention de la réglementation extérieure : obligation d'achat et principe de spécialité**

### **IV.2.1.1 Analyse du contentieux juridique lié aux relations entre EDF et les producteurs non nationalisés.**

L'étude des litiges liés à l'obligation d'achat par EDF de l'énergie produite par les producteurs indépendants nous permettra de mettre en évidence les difficultés de mise en œuvre de la convention de la réglementation absente d'une part et de deviner à travers l'évolution des litiges présentés devant le Conseil de la Concurrence, les conséquences sur cette problématique du basculement de convention de réglementation. Pas moins de onze affaires traitées par le Conseil de la Concurrence dans le domaine de l'activité de production, transport et distribution d'électricité sont liées à cette obligation. Notre annexe 14 fournit la liste des actes formant cette catégorie. Le nombre des cas (10) et leur distribution dans le temps (de 1994 à 2001), de part et d'autre de la séparation des deux conventions de réglementation, attestent de la nécessité de s'attacher particulièrement au contentieux lié à l'obligation d'achat.

Afin de mieux saisir la portée de ce contentieux et son évolution ultérieure à la lumière du basculement du cadre réglementaire, nous présenterons dans une première section le cadre réglementaire et la doctrine économique construite par EDF pour la gestion de l'obligation d'achat. Notre seconde section s'attachera à analyser le contentieux opposant les producteurs indépendants à l'entreprise nationale dans le cadre de la convention de la réglementation extérieure. La troisième partie visera à mettre en évidence les facteurs de continuité et de rupture de ce même contentieux dans le contexte du processus de changement conventionnel. Il s'agira de voir comment l'anticipation de la déréglementation modifie en substance les arguments et les stratégies des firmes à travers ce révélateur qu'est l'action judiciaire. Notre propos sera donc d'essayer de montrer comment ces litiges pouvaient se rattacher jusqu'à une certaine période aux blocages de la convention initiale (problème des surcapacités d'EDF, effets d'aubaine et gaspillage du surplus collectif...) et comment ces mêmes litiges peuvent être lus sous l'angle de l'entrave au développement de futurs concurrents et d'érection de barrières à l'entrée dans la nouvelle convention de la réglementation absente. Notre quatrième partie visera à s'interroger sur la permanence de cette problématique de l'injonction publique

d'achat préférentiel d'énergie à travers l'obligation d'achat d'énergies d'origine renouvelable pesant sur EDF. Le propos sera de montrer comment cette volonté publique sera encore porteuse d'impureté, nous serions tentés de dire d'effets de débordement, pour reprendre notre grille d'analyse callonienne, dans notre nouvelle convention de réglementation. Au final, cette étude d'un exemple de contentieux visera à mettre en exergue les potentialités de mutations conventionnelles issues du mécanisme de cadrage et débordement.

#### - Le cadre législatif et réglementaire de l'obligation d'achat

La Loi de nationalisation de l'électricité n'a pas signifié le transfert de l'ensemble des capacités de production, transport et distribution à l'entreprise nationale. En effet, bien que l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 indique que « *à partir de la promulgation de la présente loi, sont nationalisés ; la production, le transport, la distribution, l'importation et l'exportation d'électricité (...)* ». Cependant, l'article 23 de cette même loi introduit de premières exceptions à ce principe. En effet, « *les sociétés de distribution à économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques possèdent la majorité, les régies ou services analogues constitués par les collectivités locales, les coopératives d'usagers et les sociétés d'intérêt collectif agricole sont maintenues dans leur situation actuelle jusqu'à l'organisation des services de distribution correspondants* ». De la même façon, l'article 7 de cette même loi organise des exceptions à la nationalisation dans le domaine de la production. Cet article prévoit que les unités génératrices équipant des sociétés consommatrices d'énergie électrique et dont les excédents sont accessoires échappent à la nationalisation, à l'instar des « *entreprises de production d'électricité dont la production annuelle moyenne est inférieure à 12 millions de kilowattheures* ». De la même façon, la loi ouvre des droits à l'installation de nouvelles capacités hors monopole : « *l'aménagement et l'exploitation de nouvelles installations de production d'électricité susceptible de produire annuellement moins de 12 millions de kWh feront l'objet de conventions entre l'Electricité de France et les entreprises qui veulent les utiliser pour leur fabrication* ». L'article 8 de cette même loi précise les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent demeurer dans le domaine de la génération. Ces cas recouvrent l'utilisation calorifique des déchets ménagers et l'aménagement des cours d'eau de leur ressort dans la limite de 8000 kVA<sup>568</sup>.

---

<sup>568</sup> Les kVA désignent des kilo-volt-ampères. Il s'agit de l'unité de puissance de l'énergie électrique à sa source. A l'inverse, pour la consommation, la puissance s'exprime en kilo-watts.

Au final, la loi de nationalisation, laquelle consacre la nouvelle convention de réglementation, pose deux des racines qui seront à l'origine du contentieux lié à l'obligation d'achat d'EDF. D'une part, la nationalisation n'est pas universelle et la co-existence entre producteurs indépendants et monopole national se fera à travers des conventions entre les parties. D'autre part, les régies, les sociétés d'économies mixtes et les autres institutions comparables ne voient pas leur sort réglé par la présente loi. La clarification législative promise par la loi de nationalisation ne verra jamais le jour. L'ampleur du contentieux opposant juridiquement<sup>569</sup> et politiquement EDF et la Compagnie Nationale du Rhône atteste des conséquences de cette traduction juridique partielle. La CNR fut créée par la loi du 27 mai 1921. Elle est chargée de l'aménagement de l'ensemble du Rhône. Comme l'indique une décision du Tribunal des Conflits du 16 janvier 1995 : « *la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation du gaz, et de l'électricité prévoit qu'une loi particulière déterminera les conditions de liquidation de la Compagnie Nationale du Rhône ; que, cette loi n'étant pas intervenue, Electricité de France, établissement public, et la Compagnie Nationale du Rhône ont été appelées à se rapprocher pour concilier leurs missions respectives (...)* ». En d'autres termes, pour la CNR comme pour les cas que nous aborderons<sup>570</sup>, les entreprises « indépendantes » doivent conclure des achats de vente d'énergie avec le monopole public. Ces conventions seront bien sûr à l'origine d'un important contentieux.

Cette garantie d'écoulement offerte aux producteurs indépendants ne proviendra pas seulement de l'absence de cette loi additionnelle. En effet, la nouvelle convention de réglementation va subir une nouvelle entorse dès 1949 avec la loi "Armengaud". Cette loi, en date du 2 août, visait à organiser les liens entre l'entreprise nationale et les sociétés indépendantes. Elle jette les bases du régime qui va prévaloir jusqu'à la loi de février 2000, c'est-à-dire jusqu'au changement de convention. La loi Armengaud assouplit la loi de nationalisation en autorisant la construction de nouvelles capacités par les entreprises et les collectivités territoriales. Les conditions sont cependant calquées sur les termes de la loi de 1946. Deux conditions sont à réunir pour que l'autorisation soit délivrée. D'une part, il faut

---

<sup>569</sup> Par exemple : Tribunal des Conflits, décision n° 2946 du 16 janvier 1995, relative à la transmission par le Garde des Sceaux d'un litige opposant EDF et la CNR. Il s'agissait d'une décision du Tribunal de Commerce de Paris en date du 31 mai 1994, élevée par le Préfet et donc présentée au Tribunal des conflits. La décision en question consacrait la prééminence des juridictions administratives pour régler les conditions de mise à disposition d'EDF de l'énergie produite par la CNR.

<sup>570</sup> Nous pourrions citer, de la même façon, le cas de la filiale de production d'électricité de la SNCF, la SHEM, Société Hydroélectrique du Midi.

que la production n'excède pas 8000 kVA, s'il s'agit d'une collectivité locale ou que l'énergie produite soit principalement destinée à l'autoconsommation, s'il s'agit de capacités installées par un industriel. D'autre part, la nouvelle unité devra recevoir un agrément préalable du ministère et avoir conclu une convention avec EDF pour organiser le rachat de ses excédents<sup>571</sup>. La logique de loi Armengaud répond en fait à la reconnaissance de deux réalités "dénouant" l'universalité de la convention de réglementation en vigueur. Elle admet la validité économique et l'efficacité productive d'une production décentralisée, contrôlée et mise en œuvre par les industriels consommateurs d'énergie. De la même façon, elle reconnaît une réalité politique, celle du poids des collectivités locales. Ainsi, l'obligation d'achat qui illustrera les contradictions d'une convention de réglementation, celle de l'Etat extérieur, appartient à la fois au registre de la future convention qui se mettra en place cinquante ans plus tard (la production décentralisée et dédiée) et à la convention qui était en vigueur originellement, celle du service public animé par les collectivités territoriales.

Les relations entre EDF et les producteurs autonomes vont être organisées par le décret du 20 mai 1955 relatif à l'achat de tout ou partie de l'énergie produite, son transport et sa distribution par EDF. Le décret va fixer les tarifs minima d'achat et jeter les bases des cahiers des charges relatifs aux conditions de transports et aux péages associés. L'article 1 du décret n° 55-662 oblige EDF à recevoir, sur les réseaux qu'elle exploite, l'énergie produite par les producteurs autonomes et de passer avec ceux-ci un contrat d'achat. L'article 8 étend cette obligation aux distributeurs d'énergie électrique visés par l'article 23 de la loi du 8 avril 1946. En d'autres termes, ceux-ci sont obligés d'acheter l'énergie produite sur leur zone de distribution. Nous verrons à travers la décision n° 99-D-59 du Conseil de la concurrence relative à un litige entre EDF et la Société anonyme d'économie mixte locale Energies Services de Lannemezan, que cette clause va poser des difficultés. Des conventions doivent de la même façon régler les relations entre ces distributeurs et EDF quant aux échanges réciproques d'énergie.

Le décret de 1955 a été modifié à deux reprises durant la convention de la réglementation extérieure. La première modification eut lieu le 20 septembre 1965 (décret n° 65-813) et la seconde le 20 décembre 1994 (décret n° 94-1110). Ce second décret durcit le cadre juridique de l'obligation d'achat. Son article 2 indique que l'installation ne pourra jouir d'un certificat

---

<sup>571</sup> Colli J.C., (1986), *Cent ans d'électricité dans les lois*, *Bulletin d'histoire de l'électricité*, numéro spécial, juillet, 178 p.

ministériel que si celle-ci présentait « *un intérêt pour la collectivité dûment reconnu par le ministre en charge de l'électricité* ». Le décret de 1994, vise donc à régir les relations entre EDF et les producteurs autonomes quand l'obligation d'achat est suspendue, conformément à l'article 1<sup>er</sup> du décret de 1955. Celui-ci prévoyait en effet que le ministre peut suspendre les contrats d'obligation d'achat pour une durée déterminée, sur tout ou partie du territoire, si les capacités de production, transport, distribution permettent de répondre dans des conditions satisfaisantes à la demande<sup>572</sup>. Cependant l'obligation est permanente dans trois cas, qu'il s'agit de régir durant ces suspensions. Ces trois cas recouvrent les unités non nationalisées en vertu de l'article 8-3 de la loi de 1946, les unités de cogénération et les unités utilisant des déchets ou des énergies renouvelables. Cette suspension sera renouvelée par les arrêtés du 23 janvier 1995 et du 20 janvier 1998.

En guise de résumé de la législation, nous pouvons dire qu'en vertu du décret de 1955, EDF doit passer un contrat d'achat pour une durée au moins égale à celle de l'amortissement des matériels. Cette obligation est permanente pour les producteurs installés avant 1946, pour les producteurs utilisant les déchets, les énergies renouvelables et la cogénération. Cette obligation d'achat est susceptible d'être suspendue pour les autres producteurs autonomes dès lors que le ministre constate que les moyens d'EDF sont suffisants pour faire face à la demande. Un tel arrêt de suspension<sup>573</sup> a été promulgué en 1995.

#### - La gestion de l'obligation d'achat dans la convention de la réglementation extérieure

Cette section vise à présenter la doctrine d'EDF quant à la question de ses liens avec les producteurs indépendants. Nous essaierons de mettre en exergue les points qui seront à l'origine des blocages et des impasses économiques, et du contentieux juridique.

La production indépendante recouvre donc deux cas de figure. Le premier est l'auto production. Il s'agit d'un industriel qui produit de l'électricité pour ses propres besoins et dont la production écoulee sur le réseau est par nature accessoire. La seconde situation est celle des producteurs publics non intégrés à EDF. Il s'agit de tout établissement, quel que soit son statut juridique, qui produit de l'énergie électrique en vue de la vendre à des tiers. Les

---

<sup>572</sup> Après avis du Conseil Supérieur de l'Electricité et du Gaz.

<sup>573</sup> Le décret de 1994 en modifie les modalités.

producteurs indépendants doivent être connectés au réseau national à des fins d'équilibrage de leur consommation et de leur production à tout instant et donc corollairement sont susceptibles d'injecter ou de soutirer de l'énergie sur le réseau d'EDF. Cette connexion ne va pas sans poser de problèmes tant d'ordres techniques qu'économiques. En effet, le décret de 1955 stipule que le producteur et l'entreprise nationale doivent conclure des conventions organisant les conditions de vente et d'achat de l'énergie. Cependant, la coexistence de plusieurs conventions concurrentes en un même lieu ne va pas aller sans susciter de lourdes difficultés.

En effet, l'entreprise indépendante et le monopole national sont obligés légalement de traiter entre eux, alors que la divergence des intérêts est en la matière incontournable. De ce conflit d'intérêts irréductibles naîtra la nécessité des arbitrages publics. *«Les pouvoirs publics sont alors amenés fréquemment à intervenir, au moyen de textes législatifs ou réglementaires jouant ainsi un rôle d'arbitre entre les intérêts divergents des industriels, des auto producteurs et des producteurs publics<sup>574</sup>»*. L'injonction publique ne saurait cependant être considérée comme purement anti-économique. La place de la production indépendante doit résulter d'un arbitrage économique. Il s'agit d'une part de ne pas décourager l'auto production ou la production décentralisée quand celle-ci s'avère plus économique en terme de consommation d'énergie primaire. Il convient cependant de brider le développement de ces capacités afin de qu'elles ne viennent pas contrarier les économies d'échelle réalisées. L'auto production n'est admissible que dans la mesure où elle ne provoque pas une hausse du kWh pour l'usager final. Il s'agit cependant de considérer que ces producteurs, pour une grande partie d'entre eux, préexistaient à la nationalisation. Cette situation rendait politiquement impossible leur disparition. Les futurs litiges seront même renforcés par la possibilité ouverte par la loi de 1949 d'installer de nouvelles capacités. Le contentieux portera sur les conditions techniques et tarifaires du contrat liant obligatoirement EDF au producteur indépendant.

Conformément à sa doctrine économique, EDF vise dans ses relations contractuelles avec les producteurs autonomes à guider ceux-ci vers des solutions techniques conformes à l'intérêt général. L'instrument de cette politique va être de nature tarifaire. La question de l'optimisation conjointe du système électrique (monopole et hors monopole) est ramenée dans

---

<sup>574</sup> Note du Service des Etudes Economiques Générales d'EDF du 26 janvier 1968 sur la politique tarifaire d'EDF concernant les fournitures et les achats d'énergie électrique aux industriels autoproducteurs. Archives EDF 801 045- C593.

le cadre de la politique tarifaire générale. Il s'agit d'obliger l'industriel, via les tarifs d'achat d'énergie, à prendre les décisions d'investissement et de production socialement optimales. Les tarifs d'achat seront donc fixés en fonction des tarifs de vente d'EDF de telle sorte qu'il soit indifférent pour EDF d'acheter l'énergie à un tiers ou de la produire dans ses propres centrales. La proposition d'EDF est donc d'acheter une fourniture permanente garantie au tarif où elle écoule celle-ci (moins les frais). En cas de défaillance du producteur, EDF lui propose de lui vendre de l'énergie électrique afin qu'il puisse lui rétrocéder et donc tenir ses engagements contractuels<sup>575</sup>. La cohérence économique de la firme, et la solution, selon elle, à la question de la production indépendante, tient à la fixation du tarif d'achat en fonction du tarif de vente.

Pour la firme publique, « *la politique tarifaire appliquée par l'EDF, tant à l'achat qu'à la vente, a pour objet de satisfaire au mieux à l'intérêt général, en guidant les choix de ses partenaires vers les solutions les plus profitables pour eux et les meilleurs pour la collectivité* ». L'espoir de la firme, incarnant à notre sens le propre d'une convention de réglementation, était d'avoir, par l'application de sa doctrine économique, surmonté la divergence des intérêts. Comme l'indique la note du SEEG, « *la vente au coût marginal, l'achat à des conditions directement issues des tarifs de vente, forment ainsi les deux éléments complémentaires d'une politique tarifaire cohérente* ».

L'optimisme affiché par EDF convient cependant d'être tempéré. Si besoin en était l'ampleur des litiges en attesterait. Le décret de 1955 doit plutôt se lire comme un arbitrage ministériel sur le conflit opposant les parties. Le principe de fixer le prix d'achat de l'énergie sur le tarif de vente minoré des frais de commercialisation ne pose pas problème. Cependant, il convient de ne comparer que des biens économiques identiques. Le prix de vente concerne pour EDF une fourniture garantie (par le foisonnement des puissances). Le prix d'achat concerne souvent une fourniture aléatoire (celle d'une centrale hydraulique isolée par exemple). Le travail de Marcel Boiteux sur les demandes (et donc les offres) aléatoires, mené en 1952, visait à calculer des coefficients de correction pour tenir compte de l'irrégularité de la production autonome. De cette étude dérivera l'obligation faite aux producteurs d'acheter l'énergie qu'ils ne pourraient offrir à EDF malgré leurs engagements contractuels, à un tarif

---

<sup>575</sup> Une fourniture est dite garantie quand l'auto producteur s'engage à tenir une puissance donnée à la disposition d'EDF à tout instant et ce pendant l'ensemble de la durée du contrat, soit cinq ans.

dit de secours, afin de lui rétrocéder celle-ci au prix convenu et donc de tenir leurs engagements contractuels.

Nous avons vu que les tarifs d'achat de l'énergie produite par les producteurs indépendants sont liés aux tarifs de vente de l'énergie électrique par EDF. L'énergie livrée est rémunérée en fonction du coût de production évité à EDF pour produire la même quantité d'énergie. Une difficulté surgit à cet endroit. Si le tarif d'achat d'EDF traduit les coûts d'investissements économisés, cette économie n'est en aucun cas la même selon que la livraison sera certaine dans tous les états de la nature ou que celle-ci sera marquée par des aléas. Si l'offre du producteur autonome n'est pas certaine, EDF devra quand même réaliser des investissements productifs afin de pouvoir faire face à la demande même en cas d'interruption des apports du producteur autonome. En d'autres termes, une offre parfaitement aléatoire n'épargne aucun investissement à EDF et ne peut donc en toute logique qu'espérer être valorisée au prix du combustible qu'elle évite à EDF d'utiliser. Ainsi la valorisation de l'énergie enlevée se fera sur le tarif de vente de l'énergie, mais se verra pénalisée en fonction des coûts de transactions induits et surtout d'un critère traduisant l'incertitude qui pèse sur la constance de la fourniture.

Le lien logique entre les travaux présentés par Marcel Boiteux au séminaire d'économétrie de René Roy<sup>576</sup> et la fixation des tarifs d'achat de l'énergie aux producteurs indépendants tient à la liaison opérée par EDF entre les tarifs d'achat de l'énergie à des tiers et sa structure tarifaire. Ainsi le tarif d'achat appliqué à une fourniture marquée par un certain aléa sera corrélé au tarif de vente appliqué à une demande aléatoire. Le problème posé à l'entreprise nationale par les appels d'énergie non prévisibles tient aux sujétions que celles-ci lui imposent afin de ne pas encourir un risque de défaillance. L'anticipation de demandes aléatoires induit la mise en place de capacités excédentaires mises en réserve chez EDF et ne fonctionnant que durant quelques courts laps de temps. Ces capacités dégradent donc le caractère optimal du parc. De ce fait elles contribuent à augmenter le tarif de l'énergie électrique et constituent une perte de bien-être au niveau collectif. Le consommateur devra donc supporter un coût additionnel représentant le coût social de ses surcapacités. On considère qu'il est responsable de celles-ci dans la mesure où ce sont les aléas de sa demande qui obligent EDF, soit à augmenter son risque de défaillance, soit à installer des capacités de pointe additionnelles, sous-optimales socialement et coûteuses en terme d'investissements. Symétriquement, acheter

---

<sup>576</sup> Boiteux M., (1951), « La tarification au coût marginal et les demandes aléatoires », *Cahiers du séminaire d'économétrie*, n°1, Editions du CNRS.

de l'énergie électrique à un producteur autonome qui ne peut garantir la constance de ses apports suppose de lui appliquer une pénalité compensant les investissements qui ne sont pas économisés par la collectivité. Son offre étant de nature incertaine, il doit supporter un coût croissant en fonction de l'irrégularité de ses apports. La valorisation d'une offre aléatoire sera donc calée sur le tarif appliqué aux demandes aléatoires, après les corrections opérées pour tenir compte des coûts de transaction.

De façon générale, la tarification au coût marginal implique que le tarif traduise le coût de production de l'unité supplémentaire consommée. Symétriquement, l'achat au coût marginal se fait suivant le coût de production évité à EDF, du fait de la non-production en interne de cette unité de bien. Le prix d'achat de l'énergie est donc différent selon qu'EDF doive absorber ponctuellement de l'énergie électrique ou que cet apport soit systématique et prévisible. La faiblesse des aléas pesant sur les apports doit se rémunérer en fonction des économies qu'elle induit pour EDF. Marcel Boiteux note cependant que la TCM (tarification au coût marginal) est parfaitement adaptée à un cas idéal selon lequel les flux d'offres et les demandes s'équilibrent parfaitement sur le long terme. Cependant, comme le montre le "paradoxe du voyageur de Calais", la TCM s'applique souvent à des flux discontinus. Dans ce cas, la tarification optimale peut devenir une tarification au coût variable pour le voyageur additionnel, alors que tous les autres voyageurs supportent un coût total (ce qui est permis par la tarification du monopole discriminant). Cette imperfection peut se transposer à nos producteurs indépendants. L'offreur "certain" sera rémunéré en fonction du coût évité. L'offreur "aléatoire" ne sera rémunéré qu'en fonction du coût variable évité. Nous retrouvons donc la règle que nous avons exposée. Seul un apport non aléatoire permet d'éviter d'installer des capacités de production. L'énergie produite par une centrale thermique non nationalisée devra être mieux valorisée que celle proposée par une unité hydroélectrique au fil de l'eau ou par une entreprise auto-consommant l'énergie qu'elle produit et n'exportant qu'exceptionnellement ses excédents. Dans ces deux cas, l'apport n'économise aucune capacité pour EDF, il peut seulement éviter de mettre en route certains équipements. Nous ne sortons pas de notre logique. Le tarif d'achat doit être représentatif de l'économie permise à la collectivité. Si l'offre est purement aléatoire, elle n'autorisera que des économies de coûts variables et non de coûts fixes. Notre annexe 13 détaille le traitement théorique de la question du tarif d'achat.

L'arbitrage de 1955 se fit en partie en défaveur d'EDF. L'entreprise nationale est dans l'obligation d'acheter toute l'électricité excédentaire des producteurs autonomes comme s'il s'agissait d'une fourniture garantie<sup>577</sup>. Cependant, cette fourniture ne saurait être considérée comme assurée dans tous les états du monde. De ce fait, aucun équipement n'est évité pour l'entreprise. Les redondances d'équipements sont nécessaires pour minimiser le risque de défaillance. Le Bien Etre collectif s'en trouve réduit. A court terme, EDF pouvait se targuer d'avoir obtenu que le tarif d'achat de l'énergie soit fixé en fonction du tarif vert et non du tarif de secours (bien supérieur). L'obligation d'achat se faisait donc à un coût "raisonnable". Cependant, le coût de cette obligation augmentera avec le temps sous l'effet du double phénomène d'apparition de surcapacités au sein de la firme et de croissance régulière des capacités installées par les producteurs indépendants. Selon l'article 27 du cahier des charges de la concession du réseau d'alimentation générale, EDF est tenue d'acheter l'électricité sur des prix fondés sur les coûts évités de long terme. Il s'agit des coûts qu'il aurait eus lui-même à supporter s'il avait fourni cette énergie et donc dû réaliser les investissements ad hoc.

EDF propose deux tarifs aux auto-producteurs, le tarif simplifié et le tarif d'achat pour les fournitures partiellement garanties. Deux tarifs s'appliquent aux producteurs indépendants. Le premier est un tarif simplifié. Il ne concerne en fait que les petits producteurs hydroélectriques livrant à EDF 100 % de leur production. Le second tarif est lui calqué sur les postes horosaisonniers et les options des contrats de vente d'électricité<sup>578</sup>. Le tarif d'achat de l'énergie électrique est donc fixé selon les tarifs de vente d'EDF. Ils en reprennent la structure et les options. Ainsi un producteur a le choix entre l'option "base", l'option "effacement des jours de pointe" (EJP) et l'option modulable<sup>579</sup>. L'option choisie, le producteur s'engage pour chaque période sur une puissance livrée au réseau. Sa rémunération est fixée selon une structure binôme. La prime fixe correspond aux économies d'investissement que peut

<sup>577</sup> Bungener M., (1996), «EDF, un modèle de gestion et de programmation de l'économie électrique », in Morsel H., *Histoire de l'Electricité en France – Tome III- 1946-1987*, Fayard.

<sup>578</sup> EDF pratique trois types de tarifs. Le "Bleu" correspond à des consommations comprises entre 3 et 36 kVA. Il concerne donc les particuliers et les travailleurs indépendants. Le "Jaune" va jusqu'à 250 kVA. Il concerne les PME. Enfin le "Vert" concerne des consommations supérieures à 250 kVA. Il est appliqué à la clientèle industrielle.

<sup>579</sup> Les options "Effacement des jours de pointe" et "option modulable", sont des options en temps réel. Elles sont baptisées ainsi dans la mesure où le client (ou l'offreur) est informé ex ante du nombre d'heures de pointe, mais n'en connaît pas les occurrences. Ces tarifs sont rentables si le client est en mesure de vite modifier sa consommation (ou sa production). Dans l'option EJP, le consommateur a le choix entre payer très cher son énergie ou s'effacer dans tout ou partie des 18 heures les plus chargées des 22 jours les plus tendus de l'année. La firme, prévenue après un très court préavis, réduit son appel en mettant en service ses groupes électrogènes. Pour les producteurs autonomes, l'option EJP revient à s'engager sur des exportations d'énergie dans le réseau.

escompter EDF. La partie variable dépend de l'énergie effectivement livrée. En cas de défaillance, le producteur supporte des pénalités proportionnelles aux kWh non livrés.

Les producteurs autonomes se divisent en fait en trois groupes distincts. Les producteurs purs d'énergie électrique ne proposent que des capacités inférieures à 8000 kVA. Ils fournissent de l'énergie au moment de la pointe. Ils souscrivent des forfaits EJP. Ils sont équipés de groupes électrogènes, diesels ou au fioul. Il s'agit souvent d'hôpitaux ou d'industriels mettant en route leur équipement d'appoint au moment de la pointe de demande. Les auto-producteurs sont dans une logique différente, ils vendent leurs surcapacités à EDF. Leurs équipements leur servent à éviter les coupures d'approvisionnement et à valoriser un sous-produit. La dernière catégorie de producteurs indépendants recouvre les entités visées à l'article 23 de la loi de 1946 (SEM, régies des collectivités locales) et aux articles 7 et 8 (unités de moins de 8 000 kVA des collectivités territoriales).

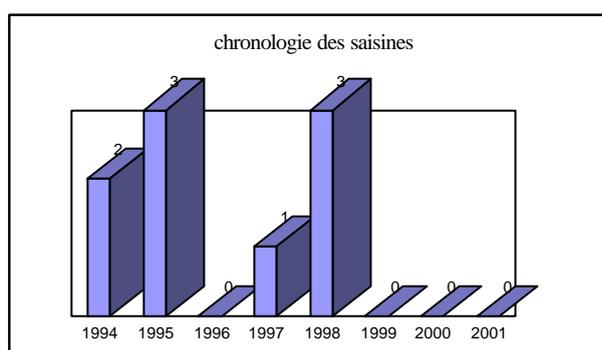
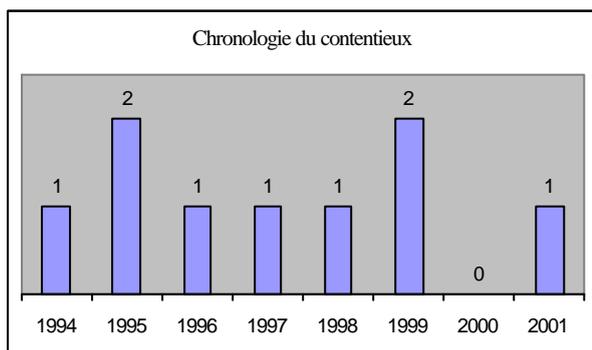
Les litiges que nous présenterons dans notre prochaine section naissent dans une convention de réglementation comme des vestiges d'une convention précédente. Du fait de l'effet d'aubaine qu'offrent les tarifs d'achat, les installations de nouvelles capacités vont se multiplier constituant ainsi la majeure partie de notre contentieux. Nous verrons cependant que cette problématique va bientôt s'éclipser devant celle de l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché à travers ce segment de production indépendante. Cependant, l'effet d'aubaine créé par l'assurance de débouchés à un tarif avantageux à une production donnée va se retrouver trait pour trait au cours de notre dernière période avec la question de l'obligation d'achat en faveur des énergies renouvelables.

- Le contentieux lié à l'obligation d'achat devant le Conseil de la concurrence : les mutations de la nature d'un conflit à travers les conventions de réglementation

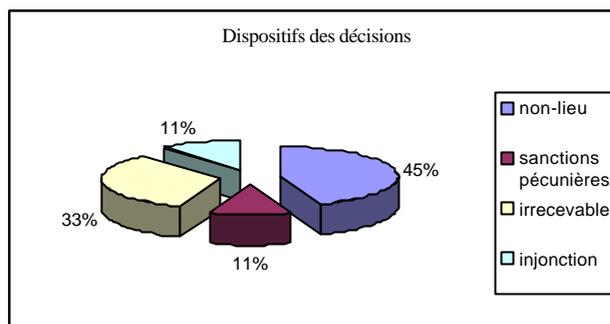
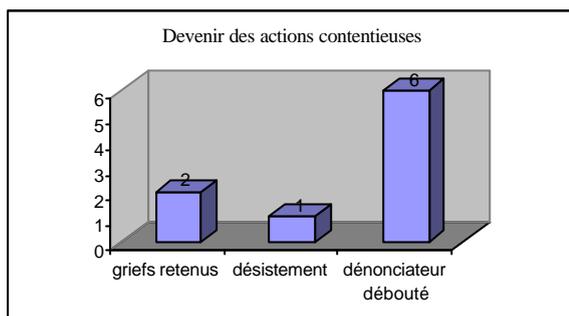
Nous structurerons la présentation des litiges liés à l'obligation d'achat en trois parties. La première s'efforcera de décrire la structure et la répartition globales de ce contentieux sur la période 1994-2001. Notre seconde partie se concentrera sur les contentieux nés du revirement de la politique d'EDF vis-à-vis des producteurs indépendants en 1994. Enfin, notre troisième point sera consacré aux mutations de ce contentieux dans le cadre de la phase de transition vers la libéralisation du marché de l'électricité.

### Structure et dynamique d'un contentieux de 1994 à 2001

Le contentieux lié à l'obligation d'achat portant souvent sur les conditions de signature des contrats d'achats, il est normal de relever une part très importante des demandes de mesures conservatoires (40 %). Il s'agit de demandes de producteurs indépendants de bénéficier de contrats provisoires d'écoulement de l'énergie produite sur le réseau d'EDF, aux conditions habituelles, en attendant un jugement sur le fond. Ces mêmes jugements représentent 50 % des actes du Conseil relatifs à la question. La part minoritaire des avis (10 %) révèle que la jurisprudence dans le secteur n'est plus à construire et que le cadre réglementaire est pleinement construit. Nous sommes dans le domaine de l'application d'une législation. Il est révélateur que le seul avis porte sur la conformité de la politique d'EDF à la convention de la réglementation extérieure et s'interroge sur les conséquences du changement de réglementation.



Les deux modes apparaissant dans la chronique des saisines permettent de scinder le contentieux relatif à l'obligation d'achat en deux périodes distinctes. La première phase se déroule au milieu des années quatre-vingt-dix. Les producteurs indépendants dénoncent le revirement de la politique d'EDF à leur égard. La décision 96-D-80, aboutissant à la condamnation d'EDF à des sanctions pécuniaires s'élevant à trente millions de francs, va marquer la prise de position du Conseil sur cette phase du contentieux. La seconde phase fut ouverte par la demande d'avis du Syndicat National des Producteurs Indépendants d'Énergie Thermique quant aux mouvements tarifaires et aux dispositifs à mettre en œuvre dans la préparation de l'ouverture du marché électrique à la concurrence. Le contentieux dès lors devra être remis en perspective avec l'inexorabilité de la transformation des producteurs indépendants en concurrents d'EDF.

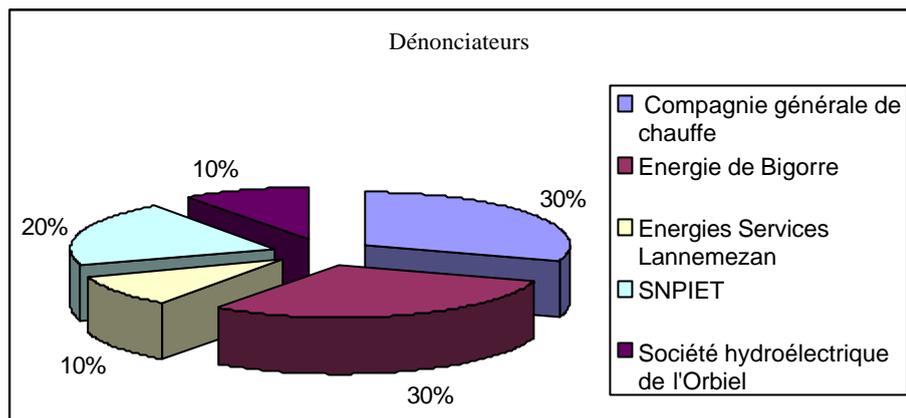


L'examen de la chronologie du dépôt des saisines confirme notre analyse. Le contentieux relatif à la production indépendante connaît deux phases bien distinctes. Le revirement stratégique d'EDF courant 1994 constitue ce premier moment. La préparation de la transposition en 1997/1998 marque un nouvel épisode du conflit entre l'entreprise nationale et les producteurs autonomes.

L'examen de l'issue des saisines relatives au contentieux de l'obligation d'achat tend à montrer que la décision 96-D-80 ne représente qu'une exception. Les demandes des dénonciateurs sont rejetées dans près de 80 % des cas.

L'examen du détail des dispositifs des décisions illustre ce faible taux de succès. Seulement une demande de mesures conservatoires a été acceptée et une seule demande de condamnation des pratiques a abouti.

L'étude des dénonciateurs nous permet de mettre en évidence la distribution des saisines entre trois types d'acteurs, à savoir un syndicat professionnel (10 %), des producteurs indépendants *stricto sensu* (60 %) et une filiale d'un concurrent potentiel d'EDF (30 %).



L'origine de la jurisprudence mobilisée permet de montrer la spécificité des problématiques liées à l'obligation d'achat. La jurisprudence relative au secteur électrique concerne la régulation générale du secteur (notamment quant aux tarifs).

#### *Le contentieux lié au revirement stratégique d'EDF en 1994*

Les trois premiers actes relatifs aux producteurs indépendants correspondent à des demandes de mesures conservatoires sollicitées par des producteurs ayant engagé des investissements avant le revirement d'EDF et n'étant plus en mesure de signer avec celui-ci des contrats d'achats dans les conditions escomptées (94-MC-14, 95-MC-06 et 95-MC-15). Il s'agit donc de trois demandes de mesures d'urgence en l'attente d'une décision sur le fond (laquelle viendra fin 1996). La demande de mesures conservatoires 94-MC-14 émane de la Compagnie Générale de Chauffage et de ses filiales. Celles-ci reprochent à EDF son refus de signer des contrats d'achat de l'énergie dans des conditions habituelles, de durcir excessivement les conditions de raccordement au réseau et de modifier restrictivement sa définition de la cogénération. Les dénonciateurs considèrent que ces pratiques sont constitutives d'un abus de position dominante et exigent que le Conseil enjoigne EDF d'enlever l'énergie produite. EDF qui faisait alors valoir l'existence de surcapacités productives et de l'imminence d'un changement de réglementation quant à l'obligation d'achat (elle interviendra fin 1994), s'engage durant la procédure à enlever l'énergie. De ce fait, la demande de mesures conservatoires n'a plus lieu d'être. Cependant, le Conseil poursuit ses investigations. Celles-ci conduiront à la décision 96-D-80. La même structure se retrouve pour la demande de mesures conservatoires 95-MC-06. Dans cette affaire, les dénonciateurs sont des producteurs indépendants soutenus par le SNPIET. L'objet du litige tient à l'interprétation du décret 94-

1110 par EDF. Les producteurs autonomes se heurtent à des difficultés de raccordement, à des refus de prendre livraison de l'énergie produite et à un refus de signer des contrats pour des durées correspondant à la durée normale d'amortissement des équipements. Encore une fois, une transaction interviendra durant l'instruction de l'affaire par le Conseil, ce qui témoigne d'un certain flottement d'EDF.

Il convient de s'interroger sur les fondements du revirement de la politique d'EDF en 1994. Durant les années quatre-vingt, la faiblesse de la croissance économique induisit une surcapacité du parc. EDF essayait alors de faire différer l'installation de nouvelles capacités autonomes en versant des subventions pour que les projets soient différés. Le retour de la croissance économique contribua à pousser EDF à modifier sa position. De plus, le gouvernement s'engagea en 1991 à développer la cogénération et les moyens de production mixtes entre la pointe et la base. Pour la tutelle, la production autonome apparaissait comme un moyen d'introduire une "concurrence théorique" susceptible de fournir à EDF l'aiguillon de la concurrence. L'existence d'un segment hors monopole était un moyen d'inciter EDF à la performance. La position d'EDF se retourna le 15 juillet 1993. Le président de l'entreprise demanda au ministre de lever l'obligation d'achat et de modifier le tarif des heures de pointe, jugé par trop favorable aux auto-producteurs. Le ralentissement de la croissance économique et l'amélioration de la disponibilité des tranches nucléaires furent à l'origine de nouvelles surcapacités. L'acceptation du ministre ne vint qu'en janvier 1994. Celui-ci pris acte de la baisse de prix de l'énergie produite en pointe et reconnut la nécessité de baisser le poste tarifaire afférent. Cependant, EDF devait prendre « *les dispositions nécessaires pour que cette évolution tarifaire ne pénalise pas la rentabilité des investissements effectivement réalisés ou engagés récemment, sur la base d'un signal tarifaire différent par les clients d'EDF ou par les producteurs autonomes* ». De juillet 1993 à juillet 1994, les Centres EDF-GDF Services reçurent des instructions pour informer les candidats à l'installation de nouvelles capacités que l'obligation d'achat allait être levée, que l'entreprise allait durcir ses conditions de raccordement au réseau, que les contrats s'établiraient à 6 ou 9 ans et que seules les véritables installations de cogénération pourraient jouir d'un contrat de neuf ans. Alors que la Compagnie Générale de Chauffage avait réalisé 24 nouvelles centrales de pointe<sup>580</sup> en 1993, 13 bénéficièrent de contrats de 15 ans. EDF ne proposa aux autres que des contrats de 6 à 9 ans, arguant de la durée habituelle des contrats du ministère de l'industrie (3 ans). Elyo, filiale de

---

<sup>580</sup> 8 MVA.

Vivendi Environnement, a eu les mêmes difficultés pour ses 8 nouvelles centrales. 3 centrales ne bénéficièrent que de contrats de 9 ans (contre 15 nécessaires selon Elyo) et les 2 suivantes n'obtinrent qu'un contrat dispatchable<sup>581</sup>. Le décret du 10 décembre 1994 vit le ralliement du ministre aux propositions d'EDF. En cas de production pure, les contrats sont limités à 9 ans, en cas de cogénération à 12.

La Compagnie Générale de Chauffage et les autres dénonciateurs mirent à la connaissance du Conseil les pratiques d'EDF durant l'année 1994. EDF subordonnait le versement de la prime fixe à la conclusion d'un contrat de 9 ans. Tant que le producteur n'avait pas accepté ces conditions, EDF ne réglait que pour l'énergie enlevée. De la même façon, le durcissement des conditions de raccordement et de diverses exigences techniques induisaient des retards de mise en service des installations et généraient maints surcoûts. De la même façon, EDF refusa certains projets de cogénération<sup>582</sup> au nom de nouveaux critères pour définir celle-ci. Or ces critères n'étaient pas fournis aux industriels.

Le Conseil reproche à EDF d'avoir devancé le décret ministériel de décembre 1994 pour modifier ses conditions d'acceptation des projets. Elle aurait dû s'en tenir à une note du Directeur du Gaz, de l'Electricité et du Charbon, en date du 4 février 1994, fixant à 15 ans la durée normale d'amortissement des équipements. La stratégie de la firme se rattache donc à l'édification de barrières à l'entrée visant à dissuader les nouveaux entrants. Le refus de payer la prime fixe fait partie de ces pressions visant à contraindre les producteurs à se plier aux conditions d'EDF. De plus les modifications décidées quant aux conditions de raccordement ont introduit des différences de traitements entre les producteurs, ont renchéri les projets et ont parfois été un moyen pour limiter contractuellement la durée d'utilisation des équipements, ce qui revient à limiter la concurrence potentielle. EDF argua que ses pratiques étaient motivées par la volonté de maximiser le bien être social. Le suréquipement des producteurs autonomes l'obligeait à arrêter ses propres centrales, même quand leur coût de production était moindre. Alors que la demande d'obligation d'achat avait été formulée durant l'été 1993, la décision ministérielle n'est rentrée en application que début 1995, ce qui était susceptible de causer un vaste gaspillage social. L'effet était d'autant plus fort que les tarifs avaient divergé des coûts notamment pour ce qui était de la pointe. La performance des

---

<sup>581</sup> Dans ce type de contrat, EDF verse une somme annuelle minimale correspondant à l'amortissement des équipements. Elle n'est pas tenue d'acheter l'énergie produite.

<sup>582</sup> Un arrêté de 1995 durcit les conditions d'attribution d'un certificat de conformité aux installations de cogénération.

diesels vis-à-vis des turbines à combustion a créé un effet d'aubaine pour les producteurs indépendants. Ces arguments ne furent pas retenus par le Conseil et EDF fut condamnée à une sanction pécuniaire. Cette décision marque le basculement des litiges concernant la production autonome de la convention de la réglementation extérieure vers la convention de la réglementation absente. L'avis 98-A-05 incarnera ce basculement<sup>583</sup>. Les arguments quant aux coûts de productions des différentes technologies et leur incidence sur les coûts marginaux de développement vont peu à peu s'effacer devant la thématique des barrières à l'entrée.

#### *La nouvelle nature des litiges dans la phase de préparation de l'ouverture du marché*

L'avis 98-A-22 correspond à une demande du SNPIET quant aux principes devant guider la politique tarifaire d'EDF. Alors que le débat se fait sur la fixation des coûts marginaux de développement et semble donc appartenir irréfutablement à la convention de la réglementation extérieure, la problématique sous-jacente est déjà celle de la convention de la réglementation absente. La demande du syndicat professionnel réside dans une interrogation quant au bien fondé de la réduction des tarifs d'achats de l'électricité de pointe. EDF est accusée de s'écarter du cadre allaisien pour évincer de futurs concurrents dans un marché ouvert. Ce cas est donc un hybride entre deux conventions. Il s'agit de se battre dans le cadre d'une convention de réglementation en anticipant les problématiques de la nouvelle convention. La suite des questions du SNPIET sur l'ouverture du marché confirme que le changement de convention est d'ores et déjà au cœur de la coordination dans la branche électrique.

Sur le fond de l'affaire, le syndicat des producteurs reproche à EDF d'avoir suscité des coûts échoués du fait des investissements réalisés dans le cadre de contrats EJP sur la base de signaux tarifaires maintenant contredits. De la même façon, la hausse des prix d'été et la baisse des prix d'hiver serait un moyen de pénaliser les investissements en cogénération. Les mouvements tarifaires d'EDF ne correspondraient plus à un souci de maximisation du rendement social mais répondraient à une stratégie visant à évincer les producteurs autonomes. Les mouvements tarifaires d'EDF ne peuvent se justifier que dans la mesure où

---

<sup>583</sup> La décision 97-D-95 correspond à un rejet de demande de mesures conservatoires. Une réduction unilatérale des tarifs d'achat d'EDF n'est pas considérée comme étant de la compétence du Conseil, mais est assimilée à un litige commercial.

ils sont fondés sur des variations dans les coûts marginaux de développement qui les sous-tendent. Comme nous l'avons vu dans notre chapitre premier (section I.2.1, consacrée à la formation des tarifs optimaux de services publics dans la convention de la réglementation extérieure), les tarifs d'EDF se fondent sur les coûts marginaux de long terme. EDF fixe son tarif en fonction du coût qu'il supporterait dès aujourd'hui pour satisfaire une demande additionnelle d'un kWh (i.e. une demande marginale) en utilisant les moyens techniques les plus performants, c'est-à-dire avec le parc de production optimal que son programme d'investissement lui permettra d'atteindre dans le long terme. Comme nous l'avons vu, il s'agit de facturer chaque prestation au coût de revient qu'elle représente pour la collectivité. Nous sommes au cœur du projet allaisien de réaliser une convergence entre la décision individuelle et les paramètres des choix collectifs. En d'autres termes, le tarif est calculé à partir du coût marginal de production à la marge d'un parc de production théorique optimal, lequel pour un niveau de production donné, égalise coût marginal de court terme et coût marginal de long terme. L'orientation des coûts vers le futur induit qu'il est impossible de se fonder sur les coûts comptables. L'introduction d'un coût de défaillance permet de traduire les préférences collectives<sup>584</sup>. Le tarif traduit les surcoûts liés à la pointe et à l'approvisionnement en basse tension.

Tous les trois ans la DIGEC établit des coûts de référence. Ils forment des hypothèses de coût moyen, ils déterminent la composition du parc optimal et permettent d'indiquer la répartition optimale entre les diverses technologies de production. L'élément central du litige vient ici du fait que les prévisions de la DIGEC ont été contredites par les évolutions des technologies de production. La mésestimation des performances des groupes diesels a créé un effet d'aubaine pour les producteurs autonomes<sup>585</sup>. Face à l'afflux des investissements, EDF a dû retarder la mise en service de ses propres installations de demi-base. Le mix productif devient sous-optimal socialement. EDF demande donc la suspension de l'obligation d'achat (accordée en 1995) et le réaménagement des postes tarifaires (accordé à l'automne 1997). Cependant, la modification de ces paramètres fait que les signaux sur lesquels s'étaient fondés les producteurs autonomes ne sont plus valides.

---

<sup>584</sup> Voir notre sous-section I.3.2

<sup>585</sup> L'un des arguments d'EDF réside dans le fait que les cogénérateurs se spécialisent dans l'offre d'énergie en pointe quel que soit leur propre besoin thermique. EDF demande donc à supprimer cette niche tarifaire et vise à inciter les cogénérateurs à produire en base ou en demi-base.

La demande du SNPIET est donc double. Elle s'ancre sur deux conventions de réglementation. A court terme, elle utilise la convention de la réglementation extérieure. Les mouvements tarifaires sont-ils justifiés au vu du coût marginal de développement ? A long terme, la logique est celle de la réglementation absente. Quelle sera la réglementation des prix dans le cadre de l'ouverture des marchés de l'électricité ?

Fait intéressant, le marché anglais de l'électricité sert pour première fois de référence au Conseil de la concurrence, et ce pour appuyer la position d'EDF. En effet, la réduction des écarts horo-saisonniers appliquée par EDF conduit à un coefficient multiplicateur entre la base et la pointe de 3.7, alors qu'il n'est que de 2.4 sur le marché spot britannique. Le révélateur du marché (britannique encore) est à nouveau utilisé par le Conseil pour défendre la position du service public de l'électricité face à la cogénération. Alors que les cogénérateurs bénéficient de contrats de 12 ans leur garantissant un prix d'achat de 27 centimes de francs par kWh, les cogénérateurs anglais ne peuvent espérer que 21 centimes sur leur marché. De plus, les producteurs autonomes jouissent de contrats de long terme leur garantissant un écoulement de leur énergie à un tarif leur permettant de rentabiliser leurs investissements. En effet, le contrat Etat-Entreprise de 1997, oblige EDF à garantir l'amortissement des investissements des producteurs indépendants réalisés sur la base de mauvais signaux tarifaires. *«Les producteurs indépendants ayant réalisé, avant le début du présent Contrat, un investissement dont la rentabilité se trouverait compromise, du fait de l'évolution des tarifs d'achat qui diminueront comme les tarifs de vente, se verront proposer dès que possible un contrat d'achat du type défini précédemment, adapté pour permettre une rémunération satisfaisante des capitaux engagés<sup>586</sup>»*. Nous nous trouvons dans une situation paradoxale dans laquelle les tarifs d'achats sont déterminés pour garantir la rentabilité des investissements privés, dans laquelle les demandes des nouveaux concurrents d'EDF s'appuient sur la réglementation optimale de service public et dans laquelle enfin, le bien fondé de la tarification issue du calcul économique public est démontré par le Conseil à partir de la référence du marché spot de l'électricité.

Nous sommes donc à un moment où la convention de réglementation est en train de basculer. Cet avis est sans doute en aval de la ligne de partage des eaux. Sa seconde partie, relative à la tarification dans le cadre d'un marché partiellement ouvert correspond à la mise en place des

---

<sup>586</sup> Contrat Etat-EDF de 1997, page 12.

dispositifs techniques de régulation s'attachant à la traduction dans les situations d'action économiques des intentions du législateur et cherchant à s'assurer du contrôle de la stratégie de l'opérateur dominant dans les premières phases de la libéralisation. Ce n'est ni plus ni moins qu'une seconde phase d'un processus de libéralisation qui est ici en préparation. Le Conseil est alors amené à se prononcer sur les dispositifs à mettre en place afin d'éviter qu'EDF ne soit en mesure d'ériger des barrières à l'entrée en instaurant un mécanisme de subventions croisées entre les segments captifs et concurrentiels. Le Conseil propose deux solutions que nous aborderons plus en détail dans le point IV.2.2, l'*unbundling* et la fixation des tarifs pour les clients non éligibles sur la base des coûts marginaux de développement. Ces coûts, héritage de la précédente convention de réglementation, serviront de prix plafonds pour la clientèle captive et continueront à servir d'aiguillon incitatif à EDF. Le coût marginal de long terme restera aussi un outil de gestion prévisionnelle du parc aux mains des pouvoirs publics. Ainsi, la référence pour le segment éligible va devenir le prix de marché, le placement de l'énergie des producteurs indépendants va se faire désormais en fonction des signaux de prix.

Deux litiges liés à la production autonome vont encore survenir dans la période étudiée. Il s'agit des décisions 99-D-02 et 99-D-59. La première décision est en fait relative à une demande de mesures conservatoires d'un producteur autonome (Energie de Bigorre) demandant de bénéficier d'un contrat de type "dispatchable" pour écouler son énergie sur le réseau. L'intérêt de l'affaire est lié à l'argumentaire de la société dénonciatrice. Les révisions à la baisse des tarifs d'achat de l'énergie par EDF et la volonté de réduire la durée du contrat d'achat est interprétée par la société comme un comportement discriminatoire vis-à-vis des autres producteurs et comme participant à une stratégie d'éviction d'un concurrent du marché. Le rejet des demandes par le Conseil n'est pas le plus important. L'élément à retenir de cette décision est l'argumentaire construit autour de la thématique de l'éviction d'un concurrent. La décision 99-D-59 correspond, elle, à une stratégie d'exploitation des opportunités de profit créés par la réglementation. Un distributeur non nationalisé crée une filiale de production dont il n'a nul besoin et veut faire jouir celle-ci d'un contrat d'achat d'énergie par EDF, et non par elle-même, alors qu'elle détient un monopole local.

En guise de conclusion de l'étude des contentieux liés à l'obligation d'achat, nous pouvons mettre en relief deux traits saillants dans l'évolution de cette problématique. Tout d'abord le basculement conventionnel apparaît très nettement entre la décision 96-D-80 et l'avis 98-A-

05. Les anticipations des acteurs n'appartiennent plus à la même convention. Ensuite, la disparition programmée de la problématique ne va pas avoir lieu. Alors que l'avis 98-A-05 indiquait que les producteurs autonomes écouleraient leur production sur le marché de l'électricité, la loi de libéralisation a maintenu l'obligation d'achat pour certains producteurs. De cette obligation n'est pas encore né un contentieux, mais des tarifs d'achats, financés par le fonds du service public, est déjà né un vaste débat dans lequel la Commission de Régulation de l'Electricité joue un rôle central. Nous présenterons dans notre prochain point les premiers jalons des débats autour des tarifs d'achats. Ils ne concernent pas encore le Conseil de la concurrence mais seront à l'origine d'un phénomène inédit de persistance et de transformation d'un conflit entre plusieurs conventions de réglementation.

- Actualité de la problématique économique de l'obligation d'achat dans le cadre d'un marché déréglementé

Le basculement de l'électricité dans la convention de la réglementation absente n'a pas signifié l'extinction de la problématique de l'obligation d'achat. Par exemple, le décret n° 2001-1157 du 6 décembre 2001, relatif au fonds du service public de la production de l'électricité organise cette obligation dans le cadre de la nouvelle réglementation. Ce décret est pris en application de l'article 5 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation du service public de l'électricité. Il évalue les surcoûts liés aux charges imputables aux missions de service public. Parmi ces charges sont intégrées les contrats d'achats d'énergie aux producteurs autonomes (article 50 de la nouvelle loi) et les contrats conclus entre EDF et les distributeurs non nationalisés signés avant le 11 février 2000. Ces surcoûts sont évalués par la différence du prix total de l'électricité acquise par ces contrats avec les coûts d'exploitation et d'investissements évités à EDF.

La prégnance de la question peut être mise en évidence à travers l'examen des avis de la CRE du 7 novembre 2001, relatifs au projet d'arrêté des prix d'achat de l'électricité.

L'avis de la CRE<sup>587</sup> nous permet de mieux comprendre le nouveau cadre tarifaire de l'électricité française tant au point de vue des dispositifs institutionnels que des enjeux économiques liés à la politique énergétique déterminée

<sup>587</sup> Journal officiel de la République Française, (2001), « Avis du 7 novembre 2001 sur le projet d'arrêté relatif au prix de l'électricité », 9 novembre, pp. 17853-17854.

par les pouvoirs publics. La CRE réagit à un projet d'arrêté du secrétariat d'Etat à l'industrie prévoyant une hausse de 1 % pour les tarifs de vente aux non-éligibles. La CRE adresse deux types de critiques à ce projet. D'une part, la hausse se fait hors du cadre du décret n° 2001-678 du 26 juillet qui devait régir les tarifs de vente de l'électricité aux non-éligibles. Non seulement, ce décret n'était pas encore adopté lors de la révision tarifaire, mais de plus, le tarif choisi par les pouvoirs publics n'est pas conforme à celui-ci. De façon plus générale, la CRE regrette que l'arrêté ministériel soit publié avant la définition de l'ensemble des textes devant encadrer les tarifs de l'électricité comme le prévoyait la loi du 10 février 2000. De plus, la proposition de tarif d'utilisation des réseaux formulée par la CRE, le 5 juin 2001, n'était pas encore adoptée.

L'avis de la CRE ne porte donc pas sur la structure des tarifs, ni sur leur adéquation au coût. Il nous permet cependant de revenir sur les conséquences des choix publics en faveur des énergies renouvelables sur les charges de service public, via l'obligation d'achat faite à EDF. Le prix d'achat imposé à EDF va provoquer selon la CRE un alourdissement excessif de ses coûts. En effet, le niveau des tarifs est trop rémunérateur ce qui induit un surinvestissement de la part des nouveaux entrants, c'est-à-dire un gaspillage de ressources au point de vue de la collectivité. La CRE note que 1500 MW de cogénération ont été couplés au réseau entre 2000 et 2001. Le prix d'achat imposé à EDF doit en toute théorie compenser l'économie permise à la firme en terme d'installation de capacités de production. Cependant, si le prix moyen d'achat par EDF s'est élevé à 85 €/ MWh, la dépense évitée n'est estimée qu'à 26 €/ MWh. Il s'ensuit une charge annuelle additionnelle pour EDF de quelque 360 millions d'euros par an. Ces surcoûts sont encore renforcés par l'augmentation des charges supportées par EDF dans les zones non-interconnectées. L'avis de la CRE confirme son précédent avis concernant les obligations d'achat en faveur des énergies renouvelables, *“la fixation d'un prix d'achat excessivement élevé, au regard des coûts mis en œuvre et des bénéfices environnementaux attendus, avec comme conséquence un développement massif de ces filières [entraînent] une augmentation significative des charges qui seront, in fine, supportées par les consommateurs”*. La mise en garde valant aussi pour l'éolien, la CRE considère que l'augmentation tarifaire de 1 % ne suffira pas à couvrir ce surcoût.

#### Encadré n° 4 : La Commission de Régulation de l'Electricité face à la question de l'obligation d'achat

De la même façon, le contrôle de la Commission de Régulation de l'Electricité est sollicité non seulement pour les énergies renouvelables<sup>588</sup>, comme nous venons de le voir, mais aussi pour l'obligation d'achat dont bénéficient encore certains producteurs indépendants. En effet, même dans le cadre de la nouvelle convention de réglementation, les installations d'une puissance de moins de 36 kVA peuvent bénéficier de tels contrats d'achat. La problématique de la production autonome, héritage de la convention de réglementation de service public, a

<sup>588</sup> Nous pourrions aussi mettre en avant l'avis de la CRE du 19 juillet 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par les installations qui éliminent des déchets animaux bruts ou transformés (Journal Officiel du 14 mars 2002), ou par des installations utilisant l'énergie radiative du soleil (avis du 20 décembre 2001).

donc traversé la convention de la réglementation extérieure pour être un des éléments de la problématique des charges de service public dans la convention de la réglementation absente. L'avis de la Commission de régulation de l'Electricité sur les conditions d'achat applicables à ces installations permet de décrire la situation des producteurs autonomes dans la nouvelle convention<sup>589</sup>.

L'arrêté ministériel reprend dans sa structure le cadre de la précédente convention de réglementation. Le tarif d'achat de l'électricité produite sera fonction du tarif de vente de l'électricité consommée, et ce pour une durée de 15 années. Le tarif d'achat sera donc variable en fonction de l'option tarifaire choisie par le producteur concerné<sup>590</sup>. Nous retrouvons trait pour trait les principales caractéristiques de la législation encadrant l'obligation d'achat dans la précédente convention; nous observons donc un phénomène de persistance "conventionnelle". L'arrêté prévoit le cas où le producteur n'est pas lié à EDF par un contrat de fourniture. Le tarif d'achat est alors calé sur le tarif Bleu d'EDF. Le décret n° 2001-410 du 10 mai 2001 prévoit que le tarif d'achat sera égal aux coûts de production évités sur le long terme au système électrique, auxquels peut s'ajouter une rémunération supplémentaire correspondant à la contribution de ces équipements à certains objectifs de la politique énergétique nationale<sup>591</sup>. La CRE est donc amenée à se prononcer sur la conformité des tarifs proposés par le ministère de l'Industrie avec les coûts évités.

La faible puissance de ces installations induit que leurs apports ne sont pas garantis, de ce fait ils n'évitent que les coûts variables à la collectivité. De plus, le niveau des tarifs proposé excède, pour la CRE, la somme des coûts évités et des externalités positives induites par la production autonome. Outre le niveau des prix, la CRE conteste le mode de calcul des prix d'achat. Ce dernier reprend les tarifs de vente de l'électricité. Or, selon le décret du 10 mai 2001, le tarif d'achat ne doit dépendre que des coûts évités et des externalités. L'arrêté ne se situe pas dans la convention induite par la nouvelle loi mais se rattache donc encore à la convention de la réglementation extérieure. La prise en compte des économies de réseau (au travers de la référence aux prix de vente) contribue à surévaluer la valeur économique de la

---

<sup>589</sup> « Avis de la Commission de Régulation de l'Electricité en date du 18 octobre 2001 sur l'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations d'une puissance inférieure ou égale à 36 kVA pouvant bénéficier de l'obligation d'achat », *Journal Officiel de la République Française*, 14 mars 2002, pp. 4681-4683.

<sup>590</sup> Notons que la quantité d'électricité achetée à ce tarif est limitée à la consommation annuelle constatée du producteur. Au-delà de cette limite, l'énergie sera rémunérée à un tarif moins avantageux.

<sup>591</sup> Article 1, alinéa 2 de la loi du 10 février 2000.

production décentralisée. La liaison entre prix d'achat et prix de vente est en contradiction flagrante avec la libéralisation du marché de l'électricité. Que se passera-t-il quand le producteur deviendra éligible ou quand la notion même de tarif de vente de l'électricité va disparaître avec l'éligibilité totale ? Si un producteur devient éligible et qu'il quitte EDF, on ne sait pas si les conditions de rachat lui restent garanties sur 15 ans ou s'il tombe dans le cadre commun défini par le tarif Bleu. L'arrêté contribuerait donc à limiter la disputabilité du marché. L'arrêté a donc fait l'objet d'un avis défavorable de la CRE, et ce d'autant plus qu'une faille dans le texte risque de créer un nouvel effet d'aubaine pour les producteurs indépendants. La production indépendante risque d'exploser grâce à l'obligation d'achat dans la mesure où il est possible de contourner le plafond d'achat en signant plusieurs contrats d'achats, distincts pour chaque installation, reliés à un seul unique contrat de vente. Ainsi, le contentieux relatif à l'obligation n'a pas disparu avec le basculement conventionnel. Il paraît même appelé à une certaine prospérité par le même phénomène de persistance conventionnelle dont il avait bénéficié en 1946 (puis en 1955) pour muer dans le cadre de la précédente convention de réglementation.

#### IV.2.1.2 Les contentieux liés aux diversifications des opérateurs historiques

##### - Le principe de spécialité

Le principe de spécialité est un principe fondamental du droit des services publics. Les établissements publics nationaux (EDF, GDF, SNCF...) ne connaissent pas, en règle générale, de limite géographique à leur activité, mais sont « *limités dans leur fonctionnement à l'exercice de la seule mission qui leur a été confiée*<sup>592</sup> ». Les entreprises nationales sont des instruments de mise en œuvre d'une compétence spéciale, à la différence de l'Etat et des collectivités locales qui disposent d'une compétence générale dans leur ressort territorial. L'entreprise publique est donc tenue de se limiter à leur mission définie par la loi et n'a pas liberté de s'en écarter sans autorisation de la tutelle.

---

<sup>592</sup> Instruction M91 du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, *Les grands principes de l'établissement public national*.

Ce principe s'applique à EDF ainsi qu'à tous les autres opérateurs nationaux de service public<sup>593</sup>. Il limite les possibilités de diversification de l'entreprise publique. Il est à l'origine d'un grand nombre de contentieux auprès du Conseil de la Concurrence. Les questions liées au principe de spécialité font sens dans les deux conventions de réglementation. Dans le cadre de la convention de la réglementation extérieure, le principe de spécialité est invoqué pour contrôler les diversifications du monopole public. Il s'agit d'éviter que le monopole public ne finance des diversifications par des rentes prélevées dans le segment monopolistique. L'acuité du problème ne sera que plus forte au fur et à mesure que l'on se rapproche du basculement de convention, dans la mesure où la concurrence dans un marché de l'électricité libéralisé n'est plus seulement une concurrence par les coûts mais une concurrence par les services associés à la fourniture d'énergie électrique. Alors que les concurrents d'EDF s'engagent dans des stratégies multiservices et multi-utilités, une application par trop sévère du principe de spécialité pourrait cantonner EDF à un simple rôle de fournisseur d'une commodité faiblement créatrice de valeur<sup>594</sup>.

Nous présenterons dans cette première sous-section la position du Conseil d'Etat sur le principe de spécialité. La prochaine sous-section présentera succinctement le cas des avis formulés par le Conseil de la concurrence sur les activités hors monopole de la SNCF. La troisième sous-section s'attachera spécialement à la jurisprudence du Conseil sur la diversification d'EDF.

L'avis n° 356.089 du Conseil d'Etat (section des travaux publics) du 7 juillet 1994, s'inscrit dans le même questionnement que l'avis 94-A-15 du Conseil de la concurrence concernant la diversification d'EDF. Nous présenterons l'avis du Conseil d'Etat dès ce premier point dans la mesure où il nous permet de fixer le cadre réglementaire applicable aux activités hors monopole des entreprises nationales. La saisine du Conseil d'Etat tout comme celle du

---

<sup>593</sup> Nous pourrions citer l'avis 95-A-18 relatif au Sernam, filiale de messageries de la SNCF et l'avis 96-A-12 traitant des services financiers de La Poste.

<sup>594</sup> Le rapport Revol sur la Politique énergétique de la France, présenté au Sénat en 1996, insistait sur cette dimension : « *peut-on continuer à cantonner EDF dans ses métiers de base, alors que ses concurrents seront, pour certains, des intégrateurs de services à même de répondre à l'évolution des technologies et de la demande des clients ? Votre commission d'enquête ne le croit pas. Elle juge nécessaire d'élargir le principe de spécialité d'EDF, de façon à lui permettre d'adapter son offre vers une offre multi-services. Les textes à prendre devront cependant imposer à EDF de respecter le tissu industriel existant et d'associer les PMI au développement de ses nouvelles activités* ». Nous verrons dans notre section V.1.1, comment les dispositifs de soutien à la R&D des PME peuvent s'inscrire dans cette logique.

Conseil de la Concurrence a été le fait de Gérard Longuet, alors ministre de l'Industrie, lequel se souciait des effets de la diversification d'EDF sur les firmes du secteur concurrentiel.

La démarche du Conseil de la concurrence sera d'ordre purement économique. Il s'agira d'évaluer les répercussions de l'intervention d'EDF sur les marchés aval. A l'inverse, le Conseil d'Etat s'attache en priorité aux dimensions légales. Le Conseil rappelle qu'une entreprise nationale, est une personne morale dont la création n'a été justifiée que par la mission qui lui a été confiée. A partir de là, elle n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission. Un établissement public peut sortir de ce cadre que si deux conditions sont réunies. Il faut, d'une part, que cette activité soit un complément normal de son activité principale. Il est ensuite nécessaire que cette activité réponde à une mission d'intérêt général et soit directement utile à l'établissement public notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement ou de tout moyen mis au service de son objet principal.

L'article 46 de la loi de nationalisation<sup>595</sup> prévoyait qu'un décret ministériel devait déterminer « *les conditions dans lesquelles les services de distribution devront cesser toutes activités industrielles et commerciales relatives à la réparation et à l'entretien des installations antérieures à la vente et à la location des appareils ménagers et, d'une façon générale, toutes activités en dehors de celles définies à l'article 1<sup>er</sup> de la présente loi* ». Si les activités, de réparation et de location d'appareils ménagers, héritage des anciennes sociétés de l'électricité, ont bien cessé, le décret n'est jamais paru. Il existe donc un flou juridique quant aux diversifications d'EDF. Des marges de manœuvre sont à disposition d'EDF. Les liens avec les constructeurs d'équipements électromécaniques, que nous avons étudiés dans notre section I.3, comptent au nombre de ces exemptions. Comme l'écrit le Conseil d'Etat, « *doivent être tenus pour complément normal de l'activité confiée à ces entreprises de haute technologie, d'ailleurs chargées d'importer et d'exporter, les activités qui valorisent le savoir-faire de l'entreprise et favorisent les échanges technologiques* ». Il convient de s'assurer que certaines activités nouvelles n'induisent pas une transformation progressive d'EDF en un fournisseur multiservices aux collectivités territoriales et à l'industrie. Pour le Conseil d'Etat, seul le législateur peut entériner un tel changement dans l'objet social d'EDF au titre des règles constitutives de l'établissement. Le contrôle de l'Etat sur les diversifications d'EDF peut

---

<sup>595</sup> Dans sa version du 2 août 1949.

passer par un renforcement de la tutelle, notamment par l'approbation des budgets et des comptes de l'entreprise, de l'autorisation des prises de participation dans le cadre des dispositions du décret du 9 août 1953. Le Conseil insiste en conclusion sur le fait que la conformité à la loi de certaines diversifications ne saurait exclure le fait que celles-ci soient accompagnées d'abus de position dominante dans leur mise en œuvre.

#### - Le cas de la diversification d'EDF

Le problème de la diversification d'EDF peut faire l'objet d'une double analyse selon que l'on se place dans la convention de la réglementation extérieure ou dans celle de la réglementation absente. Dans le cadre qui fut celui d'EDF jusqu'à la directive de 1996, la diversification faisait écho au principe de spécialité, interdisant à une firme publique de sortir hors du champ de son monopole légal. La diversification posait donc le problème de la conquête déloyale par des firmes publiques de marchés connexes à leur monopole via les rentes dégagées de leur clientèle captive. La problématique de la première moitié des années quatre-vingt dix est celle-ci. Nous l'évoquerons à travers la polémique de 1994, à l'origine de l'avis 94-A-15 du Conseil de la concurrence et de l'arrêt du Conseil d'Etat de 1996. nous pourrons par la même occasion faire le point des activités d'EDF hors métier de bas à la veille de la libéralisation. Dans le cadre de la nouvelle convention de réglementation, la diversification d'EDF est interprétée comme participant à un plan d'ensemble de la firme publique visant à la fois à conquérir les marchés avals pour compenser d'éventuelles pertes dans le métier historique, pour renforcer la part d'activités à forte valeur ajoutée dans son portefeuille, mais aussi une stratégie d'éviction des concurrents multiservices. La logique de la diversification répondrait alors plus à une stratégie de prédation dans le nouveau marché (via des subventions croisées) et à une logique d'édification de barrières à l'entrée dans le marché traditionnel, via la mise en place d'offres globales aux deux segments (monopolistique et concurrentiel) et de clauses d'exclusivité.

#### *La diversification d'EDF dans le cadre de la convention de la réglementation extérieure.*

L'avis 94-A-15 du 10 mai 1994, relatif aux problèmes concurrentiels soulevés par la diversification d'EDF et de GDF fut prononcé par le Conseil en formation plénière après une

demande du ministre de l'économie. Les diversifications d'EDF et de GDF dans des activités autres que celles visées par la loi du 8 avril 1946, sont-elles légitimes au regard du droit de la concurrence ? Les activités menées à l'étranger sont ici considérées comme des diversifications. En effet, le problème s'est posé dès qu'EDF a créé, en 1983, une division « Innovation et transfert de technologie », ambitionnant d'assumer un rôle d'ensemblier pour des projets menés à l'étranger.

Cinq conditions avaient été posées par la tutelle en janvier 1988, pour encadrer la diversification d'EDF :

- il devait s'agir de prises de participations minoritaires avec des partenaires privés ;
- la rentabilité actualisée devait être supérieure au coût des capitaux empruntés ;
- les ressources devaient provenir de cessions ou de « capitaux-risques » et non de dotations venant d'EDF ;
- une structure de gestion autonome devait être garantie pour les filiales support des diversifications ;
- un bilan de ces opérations devait être établi au bout de cinq ans.

Au mois de mars 1994, le ministre en charge de l'Industrie proposa de suspendre le développement des activités de diversification d'EDF et de GDF. Trois instances contentieuses étaient en cours au moment où le Conseil donna son avis. La première était menée par la chambre syndicale des sociétés d'études techniques et d'ingénierie (SYNTEC) devant le tribunal administratif de Paris et auprès des autorités de Bruxelles. Il s'agissait d'obtenir l'annulation d'un arrêté permettant à EDF de se renforcer dans les activités d'ingénierie. La seconde plainte émanait de la Compagnie générale des eaux. La troisième portait sur les activités d'EDF dans le secteur de la télésurveillance. La plainte a été déposée par la chambre syndicale de l'équipement électrique.

Les deux questions posées par le Ministre d'alors au Conseil étaient les suivantes :

- Quelles sont les règles applicables aux activités de diversification au regard du principe de spécialité ?
- Quelles sont les conséquences induites par la diversification au regard du droit de la concurrence (ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et Traité de Rome) et de la jurisprudence des autorités françaises et communautaires ?

Le retournement de l'action publique vis-à-vis d'EDF était d'autant plus notable que sa diversification était favorisée par le point 2 du protocole d'accord signé avec l'Etat le 25 janvier 1990. Celui-ci prévoit que les cessions et les prises de participations peuvent être autorisées par un arrêté ministériel. Il suffit même d'une simple notification du commissaire du gouvernement au chef de la mission de contrôle pour les prises de participations inférieures à cinquante millions de francs dans des sociétés dont l'objet est directement relié à l'activité d'EDF.

Le Conseil de la Concurrence pose dans son avis du 10 mai 1994, dont nous analysons le contenu dans notre annexe 15, les conditions devant régir les opérations de diversification d'EDF et de GDF. Le cadre général du droit de la concurrence s'applique à des entreprises placées dans les mêmes conditions de marché. Dans une optique assez constructiviste, le Conseil ambitionne d'abord de rétablir puis de garantir à tous les intervenants du marché des conditions homogènes d'activité. Partant de ce principe, le Conseil vise à ce que les filiales d'EDF et de GDF soient placées sur un pied d'égalité. Pour ce, la première exigence du conseil de la concurrence est de faire en sorte que les activités de diversifications soient rigoureusement séparées des activités exercées sous le régime du monopole. L'objectif à terme serait de s'assurer d'une complète séparation comptable, matérielle, financière, commerciale et juridique des diverses activités. Nous retrouvons ici l'argumentaire de l'*unbundling* de l'opérateur historique pour garantir l'accès des tiers au réseau. Au plan matériel, les filiales doivent posséder leurs propres immobilisations corporelles et incorporelles, ainsi que leur propre structure commerciale. Au cas où ces filiales viendraient à utiliser le réseau d'EDF-GDF, elles devraient le faire en toute transparence et dans des conditions non discriminatoires. Comme va le relever la décision 2000-D-47 relative aux pratiques de la filiale Citélum, les centres EDF-GDF Services ne doivent pas servir de support aux activités commerciales des filiales des deux établissements publics. Les filiales doivent être dotées de personnel propre et les mises à disposition (i.e. gratuites) de personnels EDF sont prohibées. Sur le plan comptable, les prestations que les deux firmes pourraient exercer pour le compte de leurs filiales doivent être tarifées à un coût reflétant la réalité des coûts et d'éventuels concurrents doivent pouvoir accéder à ces mêmes prestations de façon non discriminatoire. En son volet financier, la séparation devait garantir que les filiales assureraient une rentabilité « normale » à leurs capitaux et se financeraient dans les conditions du marché sans pour autant bénéficier des facilités liées à la signature d'EDF ou de GDF. La

croissance externe des deux groupes devrait être plus étroitement contrôlée. Le ministre en charge de l'économie devrait se voir obligatoirement notifier toute acquisition d'actif.

Nous retrouvons ici la problématique des dispositifs de soutien aux PME-PMI que nous avons étudiés avec Robert Salais<sup>596</sup>. Ceux-ci aussi posent des difficultés au regard du droit de la concurrence dans la mesure où les entreprises publiques ne peuvent cumuler les activités de producteur, de certificateur et de prescripteur. Il est, cependant, fâcheux qu'EDF puisse voir remis en cause ses investissements de maillages, réalisés au travers de partenariats technologiques avec un dense tissu de PME sur l'ensemble du territoire national, au nom de l'application du principe de spécialité. Un effet paradoxal de l'ouverture *a minima* du marché français de l'électricité serait le démantèlement, au nom du principe de spécialité, de ces véritables actifs stratégiques patiemment constitués par la firme et potentiellement porteurs d'un service public rénové, via son ancrage aux territoires et ses liens aux collectivités locales. L'application du principe se ferait au détriment tant de ces réseaux de partenariats que des filiales de l'entreprise nationale.

#### *Diversification et barrière à l'entrée : la dimension stratégique dans la convention de la réglementation absente*

Les opérations de diversifications, à l'instar des litiges opposant EDF aux producteurs autonomes, prennent un autre sens dans la nouvelle convention de réglementation. Il s'agit tout à la fois de protéger son marché historique et de conquérir de nouvelles parts de marchés dans les secteurs des prestations associées à l'énergie, plus rémunératrices. Deux exemples très proches dans leur logique mais présentant l'intérêt de concerner l'un, deux monopoles nationaux, (EDF et GDF) et l'autre, un monopole local (la Société d'Economie Mixte Gaz et Electricité de Grenoble) seront présentés. Il s'agit des décisions 99-D-51 et 2000-D-57.

La première décision, en date du 20 juillet 1999, concerne des pratiques constatées dans le secteur des applications thermiques de l'énergie. Elle recouvre des abus de positions dominantes et une entente entre EDF et GDF visant à protéger leurs marchés respectifs sur le

---

<sup>596</sup> Marty F. et Salais R., (2001), *op. cit.*

moyen terme et écarter des concurrents de marchés avals prometteurs dans le cadre de la nouvelle convention de réglementation.

Deux aspects de cette décision n° 99-D-51 du 20 juillet 1999 sont centraux pour notre étude. Le premier concerne l'aptitude pour EDF et GDF à passer des contrats d'approvisionnement à long terme dans le cadre de l'ouverture progressive des marchés de l'électricité et du gaz<sup>597</sup>. L'affaire, que nous présenterons de façon développée dans notre annexe 16, nous permet en effet de nous attacher à une pratique précise qui consiste à assortir l'octroi d'une remise commerciale ou de l'installation d'un équipement en aval du compteur à une clause d'exclusivité. Le second aspect concerne les marges de manœuvre dont disposent les deux firmes pour encourager financièrement l'installation d'équipements innovants chez les clients. L'éventuel délit résiderait ici en une éviction dès la phase de l'équipement de l'utilisateur d'une possible substitution d'énergie du fait de l'absence de réversibilité des équipements. En d'autres termes, la concurrence entre les diverses énergies se fait principalement au moment du choix d'équipements. Les équipements installés, l'utilisateur se trouve « piégé » par une énergie (effet de *lock-in*).

La SEM Gaz et Electricité de Grenoble a été accusée de pratiques somme toute assez comparables à EDF (décision 2000-D-57). L'intérêt de la présentation de cette décision réside dans le fait qu'il met en évidence l'identité des pratiques et des situations malgré la diversité des entreprises. La libéralisation du marché de l'électricité affecte aussi bien l'entreprise nationale que le monopole communal. La SEM GEG est une filiale commune de la Ville de Grenoble (50 %), de Suez (42.53 %) et d'EDF (4.31 % via SDS, son holding en charge de la gestion des diversifications). GEG est accusée d'avoir fait bénéficier de subventions croisées deux de ses filiales intervenant dans le segment concurrentiel. Il s'agit de la société GESTE (société générale d'études de services de travaux et d'entretien) et d'une centrale d'achat (GEG Achats), regroupant la société avec une douzaine de distributeurs non nationalisés. Le conseil était donc appelé à se prononcer sur la mise en place d'éventuelles subventions croisées entre la société mère et ses deux filiales. Le Conseil, dans ses attendus, souligna qu'il demeure conforme à la loi pour une entreprise disposant d'une position dominante sur un marché donné du fait d'un monopole légal, d'exercer des activités dans des marchés

---

<sup>597</sup> L'ensemble des opérations étudiées dans cette décision posent le problème du principe de spécialité, lequel dans ce cas, selon les termes du Conseil de la Concurrence, « *interdit à ces opérateurs les activités qui, dans la prestation consistant à mettre en place un système de chauffage ou de climatisation, se situent en aval du compteur* ».

concurrentiels dès lors qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour restreindre la disputabilité de ces marchés en utilisant d'autres moyens que ceux de la concurrence par les mérites. La jurisprudence fournie par l'avis 94-A-15, relatif aux diversifications d'EDF, est mobilisée pour indiquer que ces pratiques sont proscrites dès lors qu'un déficit structurel des nouvelles activités serait indéfiniment financé par des rentes de monopoles. La mise en œuvre de telles subventions croisées reviendraient à exclure à terme du marché des concurrents, même si ceux-ci s'avèreraient plus efficaces. La décision 2000-D-47 relative à EDF et à sa filiale Citelum, complète la jurisprudence. Ainsi, le Conseil indique *« qu'est susceptible de constituer un abus, le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal (...) d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale, qui sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait eu lieu sans elle ; (...) qu'ainsi une subvention croisée peut à elle seule, par sa durée, sa pérennité et son importance, avoir un effet potentiel sur le marché »*.

Comme l'indique le Conseil de la concurrence pour qu'une diversification hors monopole soit constitutive d'un abus de position dominante, il faut que deux conditions cumulatives soient réunies. Il faut que les appuis puissent être qualifiés de subventions (non-existence de contreparties financières reflétant la réalité des coûts) et qu'elles soient jugées anormales. Fort de cette grille de lecture, le Conseil a rejeté les deux griefs reprochés à la SEM. La centralisation des disponibilités de court terme par la société mère n'a pas été considérée comme source d'un avantage injustifié dans la mesure où les apports de trésorerie en faveur des filiales ne sont pas apparus comme anormaux et que d'autre part, la rémunération du compte était acquise à la société mère. De plus, la mise à disposition des filiales de divers équipements, infrastructures et personnels n'a pas été qualifiée d'anticoncurrentielles, dans la mesure où il n'a pas été prouvé que les contreparties financières régissant ces accords soient insuffisantes.

- Les contraintes posées par le principe de spécialité

Les contraintes suscitées par le principe de spécialité dans le cadre d'un marché partiellement ouvert à la concurrence peuvent laisser craindre l'établissement d'une concurrence à armes

inégaux entre EDF et ses concurrents qui eux ne subiront aucune entrave légale à leur stratégie de développement des services liés à l'énergie. Nous verrons les conséquences possibles de cette situation dans notre cinquième chapitre et nous illustrerons la stratégie d'EDF au travers du rapprochement avec Dalkia (Vivendi). Cette question est cependant présente dans la jurisprudence du Conseil de la Concurrence avec l'avis relatif au rachat de Clemessy.

La question de l'autonomie stratégique d'EDF dans le cadre d'un marché de l'électricité partiellement ouvert, dans lequel la principale source de valeur tendra à devenir le service lié à la fourniture, est illustré par l'avis du Conseil relatif au rachat de Clemessy par un consortium mené par l'entreprise nationale. La société alsacienne Clemessy est spécialisée dans les travaux électriques. Un consortium unissant EDF, la COGEMA et SIEMENS s'est porté acquéreur de la société. Dans son avis 2000-A-03, le Conseil a à se prononcer sur la compatibilité de ce rachat avec les règles de la concurrence. L'avis du Conseil est déterminant dans la mesure où le rachat de l'entreprise par EDF est susceptible de permettre à l'entreprise nationale de compléter son offre d'électricité par une palette de services allant de l'installation d'équipements électriques chez le client à des contrats de maintenance de ceux-ci. L'intervention du Conseil se fonde sur la coexistence de deux segments de marché, l'un ouvert à la concurrence (éligible), l'autre encore captif d'EDF (non éligible). La crainte du Conseil est qu'EDF soit en mesure de proposer des prestations de conseil, d'ingénierie, de fourniture, d'installation et de maintenance d'équipements électriques dans un même contrat que celui relatif à la fourniture électrique. Deux risques seraient alors à prendre en considération. D'une part EDF, si elle est en mesure de proposer des "offres globales" à des sociétés non encore éligibles, peut tirer profit de la situation pour se les attacher sur le long terme et ainsi contrarier l'ouverture légale du marché. D'autre part les prestations fournies aux clients éligibles peuvent être en partie financées via la mise en place de subventions croisées à partir du segment captif. Ce sont ces questions relatives au marché de l'électricité qui motivent l'avis du Conseil de la concurrence. Les incidences sur le marché de la construction électrique paraissent bien moindres dans la mesure où Clemessy ne contrôle que de 2 à 3 % de ses marchés respectifs. Cependant deux risques concurrentiels sont susceptibles d'émerger dans ce marché. Le premier réside dans le subventionnement des approvisionnements de Clemessy du seul fait de la centralisation de ses achats avec ceux d'EDF. Le second risque résiderait en la mise à disposition de Clemessy des fichiers clients d'EDF. Cette information lui permettrait d'acquérir un avantage déterminant sur ses

concurrents, et ce d'autant plus que le marché de la maintenance électrique est des plus atomistique. Le Conseil a donc donné un avis favorable au rachat de Clemessy par le consortium dirigé par EDF du moment où ses prescriptions seraient prises en compte.

## **IV.2.2 L'activité consultative et les contentieux liés à la dynamique du changement conventionnel : construction et mise en œuvre de la nouvelle réglementation**

### **IV.2.2.1 Les prescriptions en terme d'ouverture du réseau aux tiers**

- L'avis 2000-A-29, du 30 novembre 2000, relatif à la séparation comptable entre les activités de production, transport et distribution d'électricité.

L'avis 2000-A-29 occupe une place privilégiée dans notre analyse, comme nous le verrons. L'analyse en composantes principales et l'analyse lexicale montreront qu'il incarne un réel basculement conventionnel pour le secteur électrique. Cet avis reprend la logique et le discours de la nouvelle économie des réseaux. Il semble marquer la convergence des logiques de réglementation des télécommunications et de l'électricité. Plus important, il semble marquer une étape de plus dans la logique de la séparation *a maxima* des différents pôles d'EDF, malgré la solution retenue. Il constitue l'une des étapes logiques vers la solution d'un démantèlement de la firme.

La commission de régulation de l'électricité a saisi le Conseil de la concurrence sur les propositions faites par les opérateurs pour la mise en œuvre des principes de séparation comptable. L'article 25 de la loi du 10 février 2000 (loi n° 2000-108) stipule que « *La commission de régulation de l'électricité approuve, après avis de Conseil de la Concurrence, les règles d'imputation (...), les périmètres comptables (...), les principes (déterminants les relations financières entre ces activités) (...) qui sont proposés par les opérateurs pour mettre en œuvre la séparation comptable* ». La commission doit s'assurer que ceux-ci n'induisent « *aucune discrimination, subvention croisée ou distorsion de concurrence* ».

### Le cadre juridique de la séparation comptable des activités

Il convient à ce stade de rappeler succinctement le cadre dans lequel s'intègre cet avis. Nous nous bornerons à rappeler ici le cheminement du bouleversement du cadre réglementaire du secteur électrique que nous avons présenté dans notre second chapitre<sup>598</sup>. La directive 96/92/CE (19 décembre 1996) ouvre la concurrence sur le secteur de la production mais maintient le transport et la distribution de l'électricité sous le régime du monopole. La directive ne demandant pas le démantèlement des opérateurs historiques, il faut *a minima* que les différentes activités soient séparées sur le plan comptable et que le gestionnaire du réseau de transport jouisse d'une totale indépendance de gestion. Les alinéas 3 et 4 de l'article 14 stipulent que des comptes consolidés doivent être établis pour chaque activité de façon à fournir une information comparable à celle qui serait disponible s'il s'agissait d'entreprises séparées.

La loi n° 2000-108, transposant la directive, crée par son article 14 le Réseau de Transport de l'Electricité, entre autres, opérateur du système électrique, chargé d'équilibrer à tout moment l'offre et la demande d'électricité sur les réseaux. La distribution est assurée à 95 % par EDF et pour le reste par les distributeurs non nationalisés. Ceux-ci vont donc exercer deux types d'activités, les activités sous monopole et les activités concurrentielles. Ils réaliseront pour les non éligibles les activités de production, transport, distribution et fourniture d'énergie électrique. Pour les éligibles, ces mêmes opérateurs n'assureront que les prestations de production et de fourniture.

L'article 25 de la loi oblige les opérateurs (EDF, DNN, CNR) à effectuer la dissociation comptable de leurs diverses activités. Il leur faut donc notamment définir les règles d'imputation des postes d'actif et de passif nécessaires pour établir des comptes séparés pour chaque activité. Il s'agit aussi de fournir les règles régissant les relations financières entre chacune de ces entités<sup>599</sup>. Il est à noter que la loi ne prévoit pas de séparation comptable entre les activités de production d'électricité sous monopole et celles qui vont s'exercer dans le régime concurrentiel.

---

<sup>598</sup> En sa section II.2.2.

<sup>599</sup> Les articles 15 et 23 de la loi imposent la définition de protocoles quant à la question des prestations internes entre les diverses entités. Celles-ci recouvrent notamment les questions de l'achat des pertes par le RTE à EDF production (a15) et les conditions et tarifs d'accès au réseau pour EDF (a23). Notons au passage que l'énergie nécessaire pour compenser les pertes n'est plus uniquement achetée auprès d'EDF.

Nous suivrons la présentation du Conseil de la concurrence quant à la justification théorique de la séparation des activités, quant à la mobilisation de sa jurisprudence et quant à son appui sur des exemples étrangers. Ce cheminement et le choix des arguments sont à notre sens un des éléments cruciaux pour saisir la logique qui est celle du changement conventionnel.

#### *a. La justification théorique de la séparation des activités*

Séparer les différentes activités selon qu'elles s'exercent dans un cadre concurrentiel ou non est l'un des deux moyens existant pour s'assurer du bon accès des tiers aux infrastructures régulées. Le second reste la tarification du transport. Le but de la séparation est de gérer au mieux la coexistence au sein d'une même entreprise de deux activités s'exerçant dans des conditions de marché différentes. Il s'agit de s'assurer que l'opérateur de réseau n'utilise pas son monopole de transport pour avantager les installations de production de son entreprise au détriment de ses concurrents. L'organisme de régulation doit veiller à ce que la tarification soit orientée vers les coûts, qu'elle ne soit pas discriminatoire et qu'elle évite les subventions croisées entre les activités sous monopole et les activités concurrentielles.

Il existe deux formes de séparation. La plus efficace est la séparation juridique totale ou une séparation limitée à l'exploitation du système. La seconde solution possible est celle de la séparation fonctionnelle. Chaque activité est alors gérée par une branche de l'entreprise totalement autonome.

#### *b. La présentation de la procédure suivie en France*

La CRE reçoit les propositions des opérateurs et les soumet avant approbation au Conseil de la Concurrence (article 25). Elle peut aussi imposer des choix comptables (périmètre, règles d'imputation des postes d'actif et surtout de passif et relations financières entre activités (article 37, alinéa 6)). Elle a adressé le 12 juillet 2000 des recommandations aux opérateurs pour présenter leurs comptes. Celles-ci exigent entre autres l'établissement de bilans d'ouverture pour chaque activité présentant une dissociation complète des éléments d'actif et

de passif. De la même façon, les opérateurs doivent fournir des protocoles financiers retraçant l'intégralité des flux entre les diverses activités dissociées.

*c. La mobilisation de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence en la matière*

L'avis 98-A-05 du 28 avril 1998 indique que la coexistence au sein d'EDF d'activités sous monopole et d'activités concurrentielles peut générer des pratiques de subventions croisées entre activités pouvant être à l'origine de prix prédateurs (compensés par des rentes prélevées sur les clients captifs) permettant à la firme d'interdire l'accès du marché à de nouveaux entrants. Ces politiques tarifaires contreviendraient à la fois à la mission de service public et au droit de la concurrence.

Les avis du Conseil de la concurrence 95-A-18 du 17 octobre 1995 concernant le SERNAM, 96-A-10 du 25 juin 1996 concernant La Poste et 97-A-07 relatif à France Télécom, confirment le principe d'exigence d'une séparation claire au sein des entreprises entre les activités d'intérêt général et celles ouvertes à la concurrence. La séparation des comptes représente l'exigence minimale du Conseil. Dans son avis 97-A-07, il préconisait la séparation juridique du RTE, avec la création d'un établissement public industriel et commercial et la séparation comptable de l'activité de production afin de distinguer les segments éligibles et non éligibles afin de pallier le risque de comportement de prédation. Le principe de séparation comptable, tel que le préconise le Conseil, n'est pas simplement vertical mais s'applique aussi aux entreprises ayant des activités diversifiées. Une séparation comptable horizontale est donc préconisée pour EDF-GDF services.

La décision 00-D-47 du 22 novembre 2000, relative aux pratiques d'EDF et de sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage public, indique qu'il peut apparaître comme « *un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, c'est-à-dire un monopole dont l'acquisition n'a supposé aucune dépense et est insusceptible d'être contesté, d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle* ». En d'autres termes, utiliser des moyens issus de l'activité de

monopole pour développer des activités concurrentielles équivaut pour le Conseil à une subvention croisée. Nous reviendrons dans notre dernier chapitre sur les enseignements de cette décision en matière d'autonomie stratégique d'EDF dans le nouveau cadre concurrentiel.

#### *d. L'appui sur les situations étrangères*

La plupart des pays ont choisi une séparation juridique des diverses activités. Aux Etats-Unis, la FERC (*Federal energy regulatory commission*) en son règlement 888 de 1996 a imposé la séparation des diverses activités aux opérateurs en laissant aux états le choix entre la simple séparation comptable et la séparation juridique avec création d'un gestionnaire du système indépendant (ISO ou *Independent System Operator*). La séparation comptable avec maintien de l'intégrité de l'opérateur historique ne se retrouve qu'en France, Allemagne, Ecosse et Québec.

Les cadres réglementaires et théoriques posés, le Conseil se prononce sur les propositions des opérateurs quant aux dispositifs concrets à mettre en œuvre pour assurer la séparation de leurs activités dans les conditions prévues par la loi. Les propositions d'EDF seront donc discutées par le Conseil. La vérification portera sur la définition des périmètres des activités, sur l'établissement d'un tarif représentatif du coût de transport, sur la définition des comptes de bilan et de résultats et sur les dispositifs régissant les liens entre les diverses entités séparées.

#### *e. Le périmètre des activités*

La définition du périmètre physique de l'entité transport pose un problème de limite de propriété entre le réseau de transport et les entreprises éligibles. En effet, comme le souligne l'UNIDEN (Union des industries utilisatrices d'énergie), l'actuel cahier des charges du réseau d'alimentation générale (RAG) indique qu'un nouveau client doit payer une large fraction des frais de raccordement au réseau. La propriété de ce raccordement est donc un élément crucial dans la mesure où elle peut faire varier le coût d'utilisation du réseau dont le client va devoir s'acquitter, et ce d'autant plus que sa tension de raccordement sera élevée.

En ce qui concerne les postes à prendre en compte quant à l'établissement du coût de transport de l'énergie électrique sur le réseau, EDF et le Conseil s'accordent sur les éléments suivants :

- les coûts d'infrastructure (maintenance, développement et renforcement du réseau),
- les coûts d'exploitation (coûts des pertes et coûts de congestion),
- les coûts des services système,
- les coûts de comptage, facturation et enregistrement,
- les coûts de raccordement direct,
- les coûts de recherche et développement,
- les charges pour la répartition des coûts liés au transit d'électricité entre les états membres.

Le Conseil insiste sur la question de l'importance des achats d'électricité par le RTE, notamment sur sa liberté d'achat auprès d'autres fournisseurs qu'EDF. L'indépendance de gestion du RTE ne peut être garantie selon le Conseil à une simple séparation comptable (avis 98-A-05 du 28 avril 1998). Selon les vœux de la CRE, la distribution ne concerne que l'acheminement de l'électricité et non pas la fourniture d'électricité, laquelle est rattachée à la production. De ce fait, une grande partie des fonctions commercialisation et clientèle est transférée à l'entité production.

#### *Jugement du Conseil quant aux propositions d'EDF sur les bilans d'ouverture et les comptes de gestion*

Il s'agit de l'une des voies possibles pour des subventions croisées. Les choix comptables peuvent être à l'origine du transfert de rentes de monopole accumulées d'une activité à l'autre ou par exemple du transfert des futurs profits de monopole du RTE vers EDF Production<sup>600</sup>. La non-séparation juridique entre les entités transport et production a conduit des solutions différentes selon les pays. L'Allemagne, par exemple, a opté pour des bilans par activités reposant sur une dissociation complète des postes de passif. EDF propose certes une certaine dissociation mais refuse de ventiler les dettes financières, arguant des gains apportés par une gestion globale de la dette. Autre argument mis en avant par l'entreprise : l'impossibilité de

---

<sup>600</sup> Le Conseil indique dans son rapport d'activité 2000 (p.138) que si la dissociation comptable se fait dans des conditions satisfaisantes, les transferts de rentes entre les différentes entités deviendront impossibles. A l'inverse un bilan d'ouverture distordu au détriment de l'entité transport contribuerait à réduire durablement la disputabilité du marché en augmentant aussi artificiellement que durablement les tarifs d'accès des tiers au réseau, tout en subventionnant la production d'EDF.

reconstituer *ex post* chaque ligne de dette et l'imputer à chaque activité<sup>601</sup>. La solution des comptes intégrés est commune dans le secteur privé, il s'agit des *comptes reflète*. Cependant, la comptabilité d'EDF se doit de garantir l'indépendance du RTE<sup>602</sup> et de prévenir les subventions croisées.

Les exigences formulées par le Conseil de la Concurrence sont les suivantes :

- chaque nouvelle dette devra être individualisée et imputée au compte de l'activité génératrice de celle-ci ;
- des audits réguliers devront être faits pour vérifier l'absence de subventions croisées ;
- les décisions de gestion de la dette du RTE devront se faire en toute indépendance afin que chacune des activités puisse avoir une politique financière propre (notamment veiller à ce que le *rating* de chaque activité s'émancipe de celui d'EDF).

Autre pierre d'achoppement relevée par le Conseil, la répartition des postes de passif entre les diverses activités. EDF propose une répartition « proportionnelle » des capitaux propres des activités dissociées. Le poste « provisions » d'un montant très élevé se rattache en fait à la production. Quant à la « contre valeur des biens en concession », elle n'a pas à apparaître au bilan de l'activité transport dans la mesure où EDF est depuis 1997 propriétaire et non plus concessionnaire du RAG (réseau d'alimentation générale). La méthode proportionnelle pose donc diverses questions :

- La solution d'une ventilation proportionnelle repose sur l'hypothèse sous jacente que les trois activités ont les mêmes caractéristiques et les mêmes besoins en fonds propres. Or les activités de transport et de distribution en monopole nécessitent a priori moins de fonds propres.
- La méthode part de l'idée selon laquelle les provisions pour le nucléaire et pour le renouvellement des concessions sont des dettes, alors que celles-ci sont intégrées en comptabilité dans la capacité d'autofinancement.
- La quote-part des dettes affectées par EDF au RTE est disproportionnée par rapport à son chiffre d'affaires attendu<sup>603</sup>. La hausse conséquente des tarifs d'utilisation du réseau de

---

<sup>601</sup> Les exemples fournis par la compagnie sont ceux des emprunts et des positions de couverture.

<sup>602</sup> Article 12 alinéas 2 et 7 de la loi.

<sup>603</sup> Le ratio  $\frac{\text{dettes\_financières}}{\text{fonds\_propres}}$  du RTE, selon les propositions d'EDF, s'élèverait à 300 %. A comparer au National Grid Group (39.4%) ou au Svenska Kraftnet Group (36.6%).

transport représenterait un financement indu des dettes de l'activité production d'EDF par les clients éligibles.

Les prescriptions du Conseil visent donc à ce que les règles d'imputation des postes de passif ne conduisent pas à imposer des tarifs d'acheminement de l'électricité dissuasifs pour les nouveaux entrants et / ou à permettre à EDF production de pratiquer des prix artificiellement bas du fait d'un coût minoré de ses ressources financières.

EDF rejette la recommandation de la CRE (juillet 2000) et l'avis du Conseil de la Concurrence de 1998, lui demandant de distinguer les produits afférents aux consommateurs éligibles et aux non éligibles<sup>604</sup>. EDF se réfugie derrière l'article 25 de la loi, lequel ne prévoit pas une telle obligation (elle fut même refusée durant les débats parlementaires). Le conseil insiste sur le fait qu'une telle dissociation est indispensable pour évaluer le coût des obligations de service public<sup>605</sup>.

Le traitement des propositions d'EDF permet au Conseil de définir les services d'intérêt économique général. Ceux-ci recouvrent :

- l'approvisionnement en électricité (coûts de production dans les zones non interconnectées),
- le développement et l'exploitation des réseaux publics d'acheminement de l'électricité (transport et distribution),
- fourniture d'électricité aux non-éligibles.

Le financement de ces missions se fait par la péréquation géographique des tarifs. La contrepartie de ces obligations est constituée par les droits exclusifs dont jouissent les opérateurs, notamment par rapport aux non-éligibles. Le surcoût est compensé par le fonds de péréquation de l'électricité et par le fond du service public de la production d'électricité. Cependant l'article 82 du Traité de Rome impose une évaluation de ces coûts et donc rend indispensable une totale transparence comptable.

---

<sup>604</sup> L'argumentaire du Conseil repose sur le fait que les deux types de clientèles suscitent des courbes de charges bien distinctes. Les clients captifs consomment plus en pointe et contribuent donc plus fortement au paiement des charges fixes.

<sup>605</sup> L'avis du Conseil 00-A-23 du 22 février 2000, relatif à l'acquisition de Clemessy par EDF, la COGEMA et SIEMENS, préconise qu'EDF évite quand il propose des solutions intégrées aux clients éligibles de pratiquer des abus de position dominante. Ceux-ci pourraient être présents si EDF pratiquait des prix prédateurs au travers de compensations implicites entre prix des services et prix de l'énergie.

Deux voies sont fournies par le droit de la concurrence pour gérer le débat sur les subventions croisées. La première est d'ordre structurel. Il s'agit de la séparation comptable des différentes activités. La seconde voie correspond à des considérations comportementales tels les régimes d'autorisation, les droits d'accès ou les tarifs réglementés. Seule la première paraît efficace pour le conseil. De plus, la directive 2000/52/CE du 26 juillet 2000 « *impose aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour imposer aux entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, la tenue de comptes séparés faisant apparaître la distinction entre les activités sous monopole et les activités sous concurrence* ». Le RTE doit par le tarif qu'il pratique couvrir l'intégralité de ses coûts (dont les coûts de développement) et assurer une rentabilité minimale du capital investi. L'avis 00-A-21 indique que « *l'intégralité des coûts d'acheminement et de fourniture de l'électricité est comprise dans les tarifs réglementés de vente d'électricité aux clients non éligibles, lesquels sont basés sur les coûts marginaux de long terme d'EDF* ».

#### *L'avis du Conseil sur les protocoles concernant les relations entre les entités comptables*

Il n'existe qu'un seul contrat pour la fourniture d'énergie électrique aux clients non éligibles. A l'inverse, les clients éligibles concluent deux contrats distincts. Le premier est un contrat de fourniture d'électricité conclu avec le producteur. Le second est un contrat d'acheminement.

En conclusion, les propositions d'EDF paraissent insuffisantes au Conseil tant au point de vue de la définition des paramètres comptables que de celui des relations financières entre les différentes entités. La CRE n'est pas incitée à accepter ces propositions. Le Conseil met en avant plusieurs recommandations:

- La dissociation comptable du RTE doit assurer sa pleine indépendance de gestion. Pour ce la question de l'endettement doit être l'objet d'une attention particulière.
- Cette indépendance passe aussi par des garanties organisationnelles.
- L'affectation des postes de passif ne doit pas se faire selon des méthodes purement proportionnelles. Le cas échéant, le RTE pourrait pratiquer des tarifs prohibitifs pour les nouveaux entrants.
- Le RTE doit mettre en concurrence l'ensemble des producteurs, notamment pour ce qui est de la compensation de ses pertes. Celle-ci doit se faire par mérite.

- Le compte de production d'EDF doit distinguer les clients éligibles des clients non éligibles.

Cet avis servira de base à la délibération de la commission de régulation de l'électricité du 15 février 2001 relative aux principes de dissociation comptable. La délibération de la CRE s'appuie donc sur l'article 37-6 de la loi du 10 février 2000, sur l'avis 00-A-29 du Conseil de la Concurrence que nous venons de présenter et sur sa propre délibération en date du 11 janvier 2001, relative aux principes de dissociation comptable. La présentation des différents articles de cette délibération va nous permettre de mettre en évidence la logique de l'implémentation des prescriptions de la nouvelle économie des réseaux et les effets de coordination entre le Conseil et l'autorité en charge de la régulation sectorielle.

L'article 1 reprend les règles de fixation des périmètres comptables. L'activité transport correspond au RTE. Elle recouvre le réseau correspondant à une tension supérieure ou égale à 63 kV, à l'exception des concessions de service public. Le RTE gère le système électrique, veille au développement et à la gestion des infrastructures, assure la conduite et la maintenance des ouvrages et le relevé des compteurs. Le GRD correspond symétriquement à l'activité de distribution. Il recouvre le réseau de distribution *stricto sensu* mais aussi le réseau des zones non interconnectées. L'activité de production correspond d'une part à la génération d'énergie électrique et d'autre part à sa commercialisation.

L'article 2 reprend les règles d'imputation des coûts entre les différents pôles séparés de façon à garantir la justesse et l'absence de biais du tarif d'utilisation du réseau. La CRE préconise une imputation directe aux diverses activités. Lorsqu'un poste correspond à plusieurs activités, il est imputé à celle qui en est utilisatrice à titre principal. L'utilisation de clés de répartition doit être dûment justifiée. Il s'agit de suivre les conclusions du Conseil quant au contrôle des règles d'imputation de coût. EDF pourrait être tentée de manipuler celles-ci à des fins stratégiques.

L'article 3 statue sur les bilans d'ouverture. Le passif financier est ventilé entre les diverses activités de façon à équilibrer les bilans d'ouverture. La pondération entre dettes et fonds propres doit se faire en fonction du niveau de risque associé à chaque activité et de leurs besoins en financement. La CRE reprend donc les prescriptions du Conseil afin qu'EDF ne puisse pas alourdir artificiellement le passif de sa filiale afin de lui imposer des tarifs

d'interconnexion si élevés qu'ils grèveraient irrémédiablement la rentabilité des nouveaux entrants.

L'article 4 de la délibération revient sur la régulation des relations financières entre les différentes activités. La CRE suit encore le Conseil dans son souci d'assurer que toute relation financière soit adossée à une convention de façon à exclure toute discrimination ou subvention croisée. Les conventions doivent instaurer des liens tels qu'ils existeraient entre entreprises distinctes. Les conditions de celles-ci sont celles qui sont valables pour les tiers. Ainsi elles doivent si possible s'appuyer sur les tarifs publics ou la réglementation en vigueur.

La question de l'*unbundling* nous permet donc de mettre en évidence par quel cheminement s'incarne une théorie économique dans les dispositifs réglementaires. Le Conseil de la concurrence joue un rôle majeur dans ce processus en tant que médiateur entre la théorie économique, le législateur et le régulateur sectoriel. Il est le lieu de traduction des intentions du législateur selon la grille d'analyse fournie par le droit de la concurrence. Il organise une sorte d'épreuve de réalité de la législation en la confrontant aux dispositifs techniques, aux acquis de la jurisprudence et aux enseignements des expériences étrangères. Enfin, par sa consultation par la CRE et par l'influence majeure qu'il exerce sur la teneur de ses délibérations, il atteste de l'interpénétration logique entre régulation sectorielle et implémentation de la nouvelle convention de réglementation.

- L'avis 2000-A-21 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité

Cet avis en date du 6 septembre 2000 se prononce sur les tarifs d'interconnexion pour l'accès des tiers au réseau d'EDF. Il s'agit donc de poursuivre la transposition de la directive européenne 96/92/CE en ses modalités techniques pratiques et de gérer les conséquences du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000 rendant éligibles les consommateurs de plus de 16 GWh. L'établissement de tarifs d'interconnexion montre qu'à l'inverse de l'Allemagne, la France a choisi la voie de l'accès réglementé des tiers au réseau et non l'accès négocié. Avant la libéralisation du marché, le coût du transport de l'énergie électrique était évalué à partir des coûts marginaux : *« la méthode de calcul utilisée pour évaluer les coûts d'acheminement de l'électricité était la méthode du coût marginal de développement : une fois connus les coûts unitaires des ouvrages utiles au transport de l'électricité aux différents niveaux de tension et*

les quantités d'ouvrages nécessaires pour assurer le transit d'un kWh à chaque niveau, des coûts d'infrastructure pouvaient être définis par niveau, auxquels s'ajoutaient des pertes en lignes. La part imputable aux coûts des réseaux dans le tarif était alors obtenue en sommant coûts d'infrastructure et pertes jusqu'au niveau de raccordement des clients concernés ». Cette tarification n'étant plus adaptée à la nouvelle régulation, il s'agit de construire un tarif d'accès au réseau pour accompagner la nouvelle réglementation. Le rapport Champsaur, remis au secrétaire d'Etat à l'Industrie en janvier 2000, a préconisé la solution transitoire du "timbre-poste", moyennant quelques aménagements pour traiter des cas de congestions. Cependant, le rapport Champsaur préconisait une adoption à terme d'une tarification nodale, inspirée des pratiques du secteur gazier. Or, suite à une consultation publique, la Commission de Régulation de l'Electricité s'est prononcée, le 25 mai 2000, en faveur de l'adoption définitive d'une tarification de type timbre-poste, indépendante de la distance et des contrats de fourniture. Il ne s'agit pas ici de discuter le bien fondé économique de la décision de la CRE (nous l'avons fait dans notre section III.1.1) mais de présenter l'action du Conseil de la concurrence en matière de fixation des modalités pratiques des dispositifs réglementaires.

Dès son avis 98-A-05, relatif à la transposition de la directive européenne, le Conseil s'était prononcé en faveur du timbre-poste. A ses yeux, ce tarif indépendant de la distance avait l'avantage d'être transparent et non discriminatoire. L'un des problèmes que relève le Conseil dans son évaluation du projet de décret ministériel fixant les conditions d'accès au réseau est le choix d'une structure binôme. Selon l'article 4 du projet, le tarif devait comprendre une « *composante fonction de la puissance souscrite par l'utilisateur et une composante fonction de l'énergie injectée ou prélevée par ce même utilisateur* ». Alors que la théorie économique de la tarification préconise une telle structure tarifaire, le Conseil considère qu'une telle structure peut constituer une barrière à l'entrée<sup>606</sup>. Le conseil pense qu'une structure binôme avec une composante en fonction de la puissance peut décourager les entrées dès lors que son niveau est élevé ou qu'elle représente une forte part du tarif. Il considère qu'une part puissance importante peut décourager les injections ou les soutirages occasionnels et donc limiter la prégnance du marché. Nous sommes ici en présence d'une logique qui n'est plus seulement celle de l'efficacité économique directe mais de la recherche d'une efficacité de long terme sensée être atteignable par l'encouragement des concurrents d'EDF afin de réaliser à terme les conditions de la concurrence pure et parfaite.

---

<sup>606</sup> Avis 97-A-09 du 26 mars 1997. il s'agit d'un avis relatif aux tarifs du Réseau Ferré de France (RFF).

Dans ce même esprit, le Conseil s'oppose au choix ministériel de retenir, contre l'avis de la CRE, la possibilité que les tarifs « *peuvent dépendre de la période horo-saisonnière, ainsi que de la zone géographique, pour tenir compte du déséquilibre de l'offre et de la demande dans cette zone et de la congestion des réseaux publics* ». Pis, l'alinéa 3 de l'article 4 semble même tenir compte du fait que les pertes en matière électrique sont fonction du carré de la distance entre le point d'injection et de soutirage, puisqu'il prévoit des tarifs de proximité « *lorsqu'un producteur et son consommateur éligible sont raccordés à un même poste des réseaux publics* ». Cette concession aux spécificités de l'électricité et cette prime à la production décentralisée déclenche la réprobation du Conseil au nom du choix du timbre-poste indépendant de la distance. Le Conseil exige que dans un premier temps le tarif soit simple et transparent. Pour lui un tarif trop élaboré (quand bien même serait-il optimal !) est susceptible d'être anticoncurrentiel dès lors qu'il ne serait pas transparent<sup>607</sup>. L'avis 2000-A-21 nous apparaît donc comme révélateur d'une certaine inversion de la fin (l'efficacité économique) avec les moyens (construire à cette fin les conditions de la concurrence pure et parfaite). La mécanique du changement conventionnel et la confusion des paramètres économiques et "politiques" (dans le plus noble sens du terme) apparaît ici.

#### IV.2.2.2 Le contrôle des offres de l'opérateur dominant (offres sur mesures et forfaitisation)

Il est opportun relever le contentieux affectant les télécommunications afin d'envisager quels pourraient être demain la nature et les ressorts des contentieux pesant sur EDF. Le sommet européen de Barcelone de mars 2002 induisant de nouveaux délais dans l'ouverture totale du marché de l'énergie, un segment captif (concernant au moins la clientèle des particuliers) va coexister quelques années avec un segment ouvert à la concurrence. La question cruciale sera de savoir de quelle marge de manœuvre disposera EDF pour proposer des offres globales ou des prestations associant fourniture d'énergie et services à ses clients. Le contrôle de la CRE ne va-t-il pas se traduire par l'imposition de contraintes additionnelles à EDF alors que ses concurrents pourront d'emblée proposer une offre multi-énergies et multiservices. Le risque d'une concurrence asymétrique peut s'apprécier à travers le précédent des télécommunications. Dans ce secteur, élément avancé de la nouvelle réglementation,

---

<sup>607</sup> Avis 98-A-21 du 1<sup>er</sup> décembre 1998 et 97-A-09 du 26 mars 1997.

coexisteraient longtemps deux segments de marché, l'un ouvert à la concurrence, l'autre non. La saisine de l'ART à l'encontre d'une offre globale (associant les deux segments) proposée à un grand compte peut préfigurer ce que pourrait être l'attitude de la CRE en la matière. Noter la décision n° 01-D-46 du Conseil de la Concurrence, en date du 23 juillet 2001, relative aux pratiques mises en œuvre par France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue avec Renault en 1999, revient donc à réaliser un travail de prospective quant au futur proche d'EDF.

Aux côtés des offres sur mesures proposées par l'opérateur dominant, une seconde pratique peut être susceptible d'émerger dans le domaine de l'électricité et de faire l'objet de contentieux devant le Conseil de la concurrence, celle du paiement des prestations au forfait. Cette question est doublement intéressante pour le secteur électrique. La forfaitisation pourrait concerner à la fois les prestations proposées aux consommateurs finaux<sup>608</sup>, mais aussi le transport de l'énergie électrique. Une jurisprudence existe sur la question. Elle est notamment fondée sur la décision 00-MC-13 du 25 juillet 2000 relative à des demandes de mesures conservatoires demandées par des exploitants des salles de cinéma.

Le Conseil souligne au travers de cette demande de mesures conservatoires que tout abonnement offrant un accès illimité à une prestation atteint virtuellement un seuil où les coûts marginaux ne sont plus couverts par l'abonnement. La notion de prédation ne doit plus ici s'apprécier par rapport à un quantum de consommation virtuellement illimité mais par rapport à la consommation effective moyenne. Le problème des abonnements et des forfaits constitue donc une variable clé dans l'affrontement stratégique entre opérateur dominant et nouveaux entrants. Ceux-ci autorisent à la fois de s'attacher une clientèle captive qui n'a plus d'intérêt à s'adresser aux concurrents, mais permettent aussi de pratiquer des tarifs prédateurs pour exclure ceux-ci. L'abonnement de la clientèle peut être un moyen d'assécher le marché via la fidélisation. Le mécanisme du forfait peut être un outil de tarification de la prestation à un coût inférieur au seuil de fermeture (via l'opacité que le forfait induit), ce qui revient pour un opérateur en situation dominante à pratiquer une stratégie de prédation pour exclure ses concurrents du marché.

---

<sup>608</sup> De telles pratiques ont déjà fait l'objet de contentieux devant le Conseil de la concurrence dans le secteur des télécommunications.

### **IV.2.3 Synthèse de la position du Conseil de la concurrence en matière de réglementation du secteur électrique**

Le rapport d'activité 2000 du Conseil de la concurrence livre une synthèse de la position de celui-ci quant aux dispositifs techniques encadrant la libéralisation du marché de l'électricité. Nous nous proposons ici de reprendre les principales conclusions du Conseil à la lumière des analyses que nous venons de mener.

#### **IV.2.3.1 Structure du marché et accès des tiers au réseau**

- La séparation des différents pôles de l'entreprise

En matière d'*unbundling*, la position du Conseil de la concurrence a fait depuis l'avis 98-A-05 un choix, sans cesse re-confirmé, en faveur de la séparation institutionnelle des différents pôles d'EDF. La séparation fonctionnelle et comptable, autorisée par le législateur européen et retenue par le Parlement, n'apparaît pas suffisante au Conseil. Celui-ci aurait préféré une séparation juridique complète entre l'entité "réseau de transport de l'électricité" et EDF-production et distribution. Le fait que le Réseau de Transport de l'Electricité ne soit pas un établissement public doté d'une totale autonomie vis-à-vis d'EDF fait craindre au Conseil des pratiques visant à rendre plus difficile l'accès des tiers au réseau. Le Conseil se fonde alors sur la jurisprudence créée par la décision 96-D-51, dans laquelle la société en charge des infrastructures de l'héliport de Narbonne avait été condamnée du fait des entraves qu'elle crée à l'encontre des autres sociétés utilisatrices de l'héliport. Selon le Conseil, l'absence de séparation institutionnelle entre EDF et le RTE serait l'antichambre de l'abus de position dominante. Si l'argument se tient (il n'est nulle muraille de Chine parfaitement hermétique), il n'en demeure pas moins qu'elle se rattache à une lecture maximaliste de la directive européenne. La logique de la séparation du réseau et de l'infrastructure, initiée par le démantèlement d'AT&T et fondatrice de la nouvelle économie des réseaux est donc faite sienne par le Conseil de la concurrence.

- Les conditions techniques et tarifaires d'accès au réseau

L'importance que nous avons accordée aux litiges liés aux producteurs autonomes et à la mutation profonde du sens de ce contentieux du fait de la libéralisation du secteur électrique transparait par le fait que la décision 96-D-80, laquelle avait abouti à une condamnation d'EDF pour abus de position dominante suite au caractère opaque et variable de ces conditions de raccordement au réseau, fait désormais jurisprudence en matière d'ATR. En matière de tarifs de transport, le trouble que nous avons mis en évidence autour de la tarification de type timbre-poste ne se dissipe que partiellement. Si le Conseil affirme une préférence en faveur de « *l'application de tarifs transparents, non discriminatoires et orientés par les coûts* », il n'en souligne pas moins que les tarifs ne doivent pas être trop élevés afin de ne pas désinciter les nouveaux entrants. Cette priorité accordée à l'entrée de nouvelle firme sur l'efficacité économique est renforcée par le rappel du *credo* en faveur du timbre-poste, réaffirmé depuis l'avis 98-A-05. Or, si la tarification de type timbre-poste est transparente et facile à mettre en œuvre, elle se rapproche d'une tarification au coût moyen. Autre élément rajouté par le Conseil, s'appuyant sur une jurisprudence fondée sur les oléoducs (93-A-15), la volonté de rendre le tarif indépendant de la quantité physique acheminée pour éviter que les opérateurs majeurs ne bénéficient de tarifs plus avantageux. La défense du timbre-poste, à l'encontre de toute velléité d'y introduire tout élément correctif, s'incarne bien sûr dans l'avis 2000-A-21. Si le Conseil reconnaît que ce tarif ne tient pas compte des contraintes de réseaux tels les congestions et autres éventuels renforcement, « *ce mode de tarification, dont les principaux avantages sont la simplicité et la garantie de la couverture complète des coûts pour le gestionnaire de réseau et qui tient compte de l'impossibilité physique d'identifier les flux de l'électricité, a été utilisée aux Etats-Unis*<sup>609</sup> ». Nous retrouvons l'éternel débat entre le coût marginal et le coût moyen.

#### IV.2.3.2 Le contrôle de la stratégie de l'opérateur dominant

##### - Le cas des aides commerciales

Le Conseil jette un éclairage utile sur la décision 99-D-51, permettant de mieux saisir la portée concurrentielle de la jurisprudence qu'elle crée. L'octroi d'aides techniques et commerciales n'est pas en lui-même anticoncurrentiel, dans la mesure où EDF ne jouit pas de

---

<sup>609</sup> Rapport 2000 du Conseil de la Concurrence p.53.

marge de manœuvre dans ses tarifs. Pour que la pratique soit condamnable, il est nécessaire que le Conseil puisse mettre en évidence des pratiques prédatrices ou des conditions d'octroi discriminatoires. EDF a été condamnée dans cette affaire du fait des clauses d'exclusivité de 20 ans qui conditionnaient l'octroi de ces offres. La démarche revenait donc à limiter la disputabilité du marché dans le futur.

- La tarification de l'électricité pour les non-éligibles

Pour les clients captifs, le Conseil préconise les tarifs basés sur les coûts marginaux de développement (avis 98-A-22 et 2000-A-20). Deux arguments sont mis en avant. Le premier tient au fait que ces tarifs fournissent un prix plafond pour la clientèle captive et permet de s'assurer de l'absence de subventions croisées. Argument admissible, s'il en est. Le second élément est beaucoup plus utilitaire et prosaïque : « [le coût marginal de long terme] *fournit des outils tout prêts pour calculer les seuils de prédation (la somme des coûts marginaux de court terme étant égale aux coûts moyens variables, et la somme des coûts marginaux de développement étant égale aux coûts moyens totaux*<sup>610</sup>) ». ».

- Diversification d'EDF

Concernant la diversification d'EDF, le Conseil revient sur l'avis 94-A-15 relatif aux entreprises d'EDF hors de son domaine défini par le principe de spécialité et sur l'avis 96-A-10 relatif aux services financiers de La Poste. La diversification des entreprises publiques fait écho aux problèmes de la prédation. Les monopoles publics ne sont pas soumis aux mêmes contraintes de rentabilité et subissent des coûts différents de ceux des entreprises concurrentielles. Des distorsions de concurrence peuvent survenir si ces entreprises exploitent les avantages liés à leur accès plus avantageux au marché financier, un réseau couvrant l'intégralité du territoire, l'exploitation de l'image du service public, l'appui sur les Centres EDF-GDF Services, l'accès aux fichiers clients, l'accès aux compétences techniques (R&D, brevets...) et au personnel d'EDF. Les prescriptions du Conseil sont les mêmes depuis 1994 et s'appliquent à tous les opérateurs de service public. L'ensemble des activités de diversification doit être regroupé dans un holding commun regroupant des filiales autonomes

---

<sup>610</sup> Ibid. p 55.

juridiquement. Il convient aussi que le groupe public se dote d'instruments comptables permettant de retracer fidèlement et objectivement tous les flux physiques et financiers entre ces diverses entités.

- La question des offres globales

Les offres, que seul l'opérateur historique est en mesure de proposer ou celles mêlant des prestations afférentes aux deux segments de clientèle, sont au centre de bon nombre de contentieux dans le domaine des télécommunications. En matière électrique, seul l'avis 2000-A-03 relatif au rachat de Clemessy a permis au Conseil de donner sa jurisprudence en la matière.

## **IV.3 Analyse statistique de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence**

### **IV.3.1 Analyse des saisines**

Nous nous proposons dans cette section d'étudier les principales caractéristiques de la base de données rassemblant l'intégralité des avis, décisions et mesures conservatoires publiés par le Conseil de la Concurrence dans le secteur électrique et dans l'ensemble des industries de réseau jusqu'au 31 décembre 2001<sup>611</sup>.

Notre base rassemble donc deux populations distinctes. La première correspond au secteur de la construction électrique, non monopolistique. Il s'agit donc d'un secteur différencié pour reprendre le vocabulaire allaisien. Les industries de réseau ou plus généralement les délégations de service public (eau, électricité, télécommunications, gaz, gestion d'infrastructures, postes....) correspondent à ce que nous appelons, après Maurice Allais, le secteur non différencié. Deux oppositions structurent donc notre population, l'électrique et le non électrique, le différencié et le non différencié. Notons cependant, à titre de préliminaire

---

<sup>611</sup> La base de données est reproduite dans l'annexe 44.

que la première justification de la dérégulation des utilités est constituée par le basculement d'une partie des entreprises de réseau du secteur non différencié vers le secteur différencié. Il s'agit en d'autres termes de la séparation entre le réseau (monopolistique) et les services (ouverts à la concurrence).

En d'autres termes, notre échantillon est structuré comme suit :

	Différencié	Non différencié
Electrique	Construction électrique	Production, transport et distribution d'électricité
Non électrique		Télécommunications, eau, gaz, chemins de fer,....

Selon le paradigme de l'économie des réseaux, que nous pourrions vérifier par exemple sur le secteur des télécommunications, le plus profondément ouvert à la concurrence, nous devrions avoir :

	Différencié	Non différencié
Electrique	Construction électrique	Production, transport et distribution d'électricité
Non électrique	Services purs dans le secteur des télécommunications.	Infrastructures de télécommunications, de distribution de l'eau, du gaz, des chemins de fer,....

Notre annexe 17 indique la méthode suivie et la constitution de notre base de données et le codage que nous avons réalisé. Dans ce cadre, nous avons retenu l'ensemble des actes du Conseil de la concurrence relatifs au secteur électrique et aux autres industries de réseau. Nous avons opéré un codage de nos variables et défini pour chacune d'entre elles un certain nombre de modalités caractéristiques.

#### - Ventilation des actes par domaine d'activité

Afin d'étudier plus en détail notre base, nous nous proposons d'examiner la distribution des types d'actes juridiques en fonction du secteur d'activité. L'annexe 18 présente la ventilation des actes selon le domaine économique. En retraitant ces résultats en fonction de notre opposition entre secteur différencié et secteur non différencié nous obtenons :

	Avis	Décisions	Mesures conservatoires	Total
Secteur différencié		12		<b>12</b>
Secteur non différencié	35	29	18	<b>82</b>
Total	<b>35</b>	<b>41</b>	<b>18</b>	<b>94</b>

Nous observons que nul avis ou demande de mesures conservatoires n'a été exprimé dans le secteur de la construction électrique. L'activité du Conseil de la Concurrence se limite pour la question à la condamnation des pratiques anticoncurrentielles constatées *ex post*. Le droit de la concurrence, tel qu'il a été codifié à partir de l'ordonnance de 1986, s'applique donc. Nulle trace de réflexions suscitées par des demandes d'avis quant au régime de concurrence ou aux pratiques d'un opérateur. A l'inverse, dans le secteur non différencié, le seul susceptible de faire l'objet d'une évolution réglementaire conduisant au démantèlement des opérateurs historiques pour séparer infrastructures et services, avis et décisions sont comparables en nombre.

- Illustration de la dynamique du changement conventionnel à travers l'exemple du secteur des télécommunications

Il est intéressant de se pencher plus précisément sur le secteur des télécommunications afin de dirimer entre les actes relatifs à la détention par France Télécom d'une infrastructure essentielle et les actes portant sur les interventions de la firme dans le segment purement concurrentiel. L'idée serait de voir si l'on assiste à une sorte de « banalisation » pour ne pas dire « différenciation » du secteur des télécommunications. Un bon indicateur serait de s'intéresser à la répartition annuelle entre avis, mesures conservatoires et décisions dans ce secteur. Il conviendrait aussi de séparer dans ces avis ceux qui portent sur l'économie générale du secteur (dans le sens de régulation optimale du secteur du point de vue de l'intérêt général) de ceux qui concernent des offres et pratiques de l'entreprise dont les concurrents s'enquêtent de la conformité au droit de la concurrence. Dans ce cadre, nous serions moins proche des dommages à l'économie que des dommages à des tiers.

L'étude de la structure des actes relatifs au secteur des télécommunications peut nous fournir quelques pistes quant à l'évolution des actions du Conseil de la Concurrence au cours du

processus de changement de réglementation. Les principaux résultats feront l'objet de notre annexe 19.

France Télécom se distingue des autres entreprises de réseau par le faible poids relatif des avis du Conseil. Lorsque l'on affine ce dénombrement des actes au niveau annuel, il est possible de mettre en évidence la chronologie des interventions du Conseil, marquée notamment par la réduction du nombre des avis et notamment ceux portant sur la réglementation générale du secteur.

Nous notons qu'après avoir connu un pic en 1998, les demandes d'avis relatives au secteur des télécommunications se sont considérablement réduites. Malgré le faible nombre d'avis formulés annuellement, il est possible de deviner un passage de relais entre les demandes émanant du ministre et celles formulées par l'Autorité de Régulation des Télécommunications. Après avoir mis en évidence les principales tendances en matière d'avis dans le secteur des télécommunications, il est possible de s'attacher aux mesures conservatoires et aux décisions pour examiner l'origine des saisines, leur distribution dans le temps et enfin voir si la mise en œuvre de la nouvelle réglementation ne passe pas par un passage final de relais aux entreprises via les saisines contentieuses.

Afin de mieux cerner cette hypothèse d'une succession de demandes d'avis des pouvoirs publics (administration puis autorité de régulation) quant aux dommages à l'économie et de saisines contentieuses des firmes sur le grief de dommage à des tiers, il est intéressant de s'attacher directement aux mesures conservatoires. Le troisième tableau reproduit en annexe 19 détaille la distribution des demandes de mesures conservatoires en fonction des années et indique si la demande émane d'une entreprise concurrente à France Télécom ou d'une association professionnelle. Dans le premier cas, il s'agirait d'un dommage à un tiers et dans le second d'un dommage à un secteur professionnel. En d'autres termes, l'augmentation des demandes du premier type peut donner un indice quant à l'activation de la loi par les firmes après la phase de construction législative et réglementaire du nouveau cadre applicable aux télécommunications. Le fort nombre de demandes en 1999 semble aller dans le sens de cette succession. L'année 1996 semblait marquée par des demandes d'avis du ministre, 1998 par des demandes d'avis de l'ART et donc 1999 par l'activation des droits des entreprises utilisatrices de l'infrastructure de France Télécom.

L'examen des décisions, en annexe 19, confirme l'hypothèse quant à la mise en œuvre de la législation par les actions contentieuses des concurrents. Celle-ci semble confortée par le dénombrement des décisions rendues par le Conseil. Les décisions relatives à des abus de position dominante dont se serait rendue coupable France Télécom connaissent une très forte hausse en 2001. L'application de la nouvelle réglementation est donc complétée par les actions des firmes. La présence de deux décisions faisant suite à des saisines du ministre et de l'ART en 2001 mérite quelques commentaires. Il s'agit de deux offres sur mesures proposées à la société Renault par France Télécom en 1998 et en 1999. La question que doit alors trancher le Conseil est celle de la possibilité pour un opérateur titulaire de l'infrastructure dans un marché non encore complètement libéralisé de proposer des offres sur mesures à ses clients, dont le tarif est indirectement liable aux coûts et mêlant des prestations provenant des secteurs concurrentiels et monopolistiques.

#### - Situation des secteurs encore aux premières étapes du basculement réglementaire

L'examen des autres secteurs dits de réseau (du moins caractérisés par des concessions de service public) permet de distinguer les secteurs selon la nature de leur « actualité » réglementaire. Les secteurs en voie de libéralisation (gaz, poste et chemins de fer) se caractérisent par une nette prédominance des avis, comme le montre l'annexe 20. La seule décision relative au gaz porte les pratiques de GDF dans le domaine du chauffage collectif. Il s'agit de la décision 99-D-38 prise suite à une saisine ministérielle portant sur un grief d'abus de position dominante. Si le Conseil aboutit alors à un non-lieu, ce ne fut pas le cas pour la décision 99-D-51, relative aux applications thermiques de l'énergie, dans laquelle GDF était accusée aux côtés d'EDF. Dans ce cas là, les griefs notifiés aux deux groupes publics ne se limitèrent pas à l'abus de position dominante mais concernèrent aussi l'entente anticoncurrentielle. Que l'on retienne donc une ou deux décisions portant sur le secteur gazier, force est de noter qu'il s'agit d'entreprises de diversifications de monopoles historiques, accusées de bénéficier de subventions croisées et de viser à la limitation du développement de la concurrence.

Pour les chemins de fer et la poste, la présence exclusive d'avis atteste de la faible avancée de ces secteurs dans le processus de déréglementation. Il faut cependant noter l'importance de certains avis malgré leur faible nombre. Trois de ceux-ci (95-A-18, 97-A-20 et 96-A-10)

traitent de la coexistence d'activités monopolistiques et d'activités concurrentielles au sein d'une même entreprise. Ces trois avis, qui concernent respectivement la SNCF, la RATP et La Poste sont en toutes mesures comparables à l'avis 94-A-15 relatif aux diversifications d'EDF et de GDF. Nous nous situons dans une convention de réglementation extérieure caractérisée par la prégnance du principe de spécialité. Il n'est pas admis qu'une firme puisse financer via les rentes extraites de son monopole légal des prix prédateurs dans des activités de diversification via la mise en place d'un mécanisme de subventions croisées.

- Les actes relatifs au secteur électrique

#### *Les avis*

Le tableau reproduit en annexe 21 récapitule l'ensemble des avis rendus par le Conseil de la Concurrence sur les questions de diversification et indique qu'elles sont ses précédents actes cités à titre d'avis. Nous constatons qu'EDF a été souvent impliquée dans des entreprises de diversification en aval du compteur et que l'avis rendu par le Conseil sur ses initiatives en dehors de son monopole en 1994, a réellement fait jurisprudence. Concernant EDF, il est sans doute trop tôt pour observer la même évolution que pour les télécommunications. Il peut être intéressant d'étudier la distribution dans le temps des avis, décisions et mesures conservatoires. Il faut garder à l'esprit la spécificité du secteur de l'électricité par rapport aux télécommunications dans le cadre de l'ancienne convention de réglementation. Alors que les litiges ne pouvaient provenir pour France Télécom que d'interstices du marché (annuaires etc...), EDF dut longtemps faire face au contentieux l'opposant aux producteurs autonomes. Ce contentieux n'est pas épuisé par le basculement de réglementation. Il va au contraire se muer en un contentieux typique de la nouvelle convention, celui des barrières à l'entrée.

Les avis relatifs au secteur électrique (annexe 21) ont connu une nette augmentation en 2000. En 1998, deux avis majeurs avaient été prononcés dans le domaine. Le premier était l'avis 98-A-05 relatif à la transposition de la directive de libéralisation. Le second était l'avis 98-A-22 émanant d'une association professionnelle de producteurs indépendants. Cet avis, bien qu'il prenne en compte la prochaine ouverture du marché, constitue un « chant du cygne » de la réglementation traditionnelle du secteur. Le Conseil devait en effet se prononcer sur la

conformité des évolutions tarifaires d'EDF avec le cadre général tracé par la tarification au coût marginal de développement.

Sur les quatre avis de l'année 2000, un traite du rachat de l'entreprise de services électriques Clemessy, deux des tarifs et le quatrième des règles de séparation comptables à appliquer aux différentes activités d'EDF. Le premier avis (2000-A-03) se rattache donc tout à la fois à la problématique de la diversification en aval du compteur et à l'autonomie stratégique de l'entreprise face à ses concurrents. Les deux seconds (2000-A-20 et 2000-A-21) traitent respectivement des tarifs à appliquer aux consommateurs non éligibles et à l'accès des tiers au réseau. Nous sommes donc au cœur du basculement de convention. Enfin, le dernier avis, l'un des plus important de notre base, traite des modalités pratiques de la séparation des activités d'EDF. La demande d'avis du régulateur porte donc sur l'organisation de l'entreprise elle-même. Il ne s'agit plus d'avis sur l'organisation générale d'un secteur. La logique de la nouvelle économie des réseaux joue alors à plein.

Les tableaux et graphiques suivants permettent de retracer l'évolution et la composition des contentieux relatifs à EDF.

	Avis	Décisions	Mesures conservatoires	Total
1987-1999	5	5	5	<b>15</b>
2000-2001	4	3	0	<b>7</b>
Total du secteur électrique (production, transport et distribution)	<b>9</b>	<b>8</b>	<b>5</b>	<b>22</b>

Hors de l'obligation d'achat, la structure des contentieux est la suivante :

Secteur électrique corrigé de l'obligation d'achat	Avis	Décisions	Mesures conservatoires	Total
1987-1999	4	1	1	<b>6</b>
2000-2001	4	2	0	<b>6</b>
Total du secteur électrique	<b>8</b>	<b>3</b>	<b>1</b>	<b>12</b>

Il peut être instructif pour apprécier le phénomène d'apprentissage jurisprudentiel à l'œuvre en matière de réglementation du secteur électrique, de s'attacher à la jurisprudence utilisée dans les avis du Conseil relatifs au secteur. L'annexe 22 récapitule l'ensemble des actes utilisés au titre de jurisprudence par le Conseil de la Concurrence dans le cadre de ses avis, mesures conservatoires et décisions afférentes au secteur électrique.

L'examen de ces actes permet d'ores et déjà mettre en relief l'importance des avis liés au principe de spécialité dans l'ensemble des services publics et les décisions liées à ces mêmes diversifications. Parmi ces avis nous pouvons citer ceux relatifs à EDF/GDF (94-A-15), cité quatre fois, à la SNCF (95-A-18) et à la Poste (96-A-10), citée deux fois. L'avis 2000-A-03 relatif à une demande d'avis quant aux conséquences du rachat de Clemessy par un consortium dirigé par EDF se rattache à la question de l'intervention d'un même firme dans les créneaux de clientèle éligible et non éligible. Cette question est la continuation des problèmes liés au principe de spécialité dans la nouvelle convention de réglementation.

Trois décisions concernent directement les diversifications d'EDF, il s'agit de la décision 99-D-51, relative aux applications thermiques de l'énergie, de la décision 00-D-47, relative à l'implication d'EDF sur le marché de l'éclairage public, et de la décision 93-D-15, liée à la télésurveillance. La question de la coexistence d'activités sous régime monopolistique et d'activités concurrentielles au sein d'une même entité apparaît comme une des préoccupations centrales du Conseil. Cette coexistence peut permettre la mise en œuvre de subventions croisées entre les diverses activités. Ceci peut permettre à l'opérateur de réseau de pratiquer des tarifs de prédation et donc évincer de nouveaux concurrents du marché ou des marchés connexes. Outre les trois décisions relatives à EDF, précédemment évoquées, deux actes ressortissants du secteur des télécommunications sont à citer. Dans les deux cas, la question porte sur l'implication du gestionnaire de l'infrastructure en charge du service public dans les segments concurrentiels et du risque lié de comportements anticoncurrentiels. L'avis 2000-A-29 atteste des difficultés d'ériger des "murailles de Chine" entre l'infrastructure et les services. La séparation des segments concurrentiels et monopolistiques semble être appelée à constituer l'une des sources majeures du contentieux de cette nouvelle convention de réglementation. La coexistence d'activités de plusieurs natures au sein d'un même groupe

pose donc de redoutables problèmes en terme de contrôle du respect des règles concurrentielles<sup>612</sup>.

Les avis relatifs à la tarification de l'énergie électrique (87-A-07, 98-A-22, 2000-A-20 et 2000-A-21) se rattachent à plusieurs problématiques. Certains concernent la tarification d'un bien pour lequel le marché n'existe pas. Il s'agit d'une part de la tarification dans le régime de monopole et d'autre part de la tarification applicable au segment non éligible. L'avis 87-A-08 conclut à la nécessité de réglementer les prix de l'électricité. L'avis 98-A-22 statue sur la conformité des tarifs de l'énergie au coût marginal de développement. L'avis 2000-A-20 s'attache à fixer les tarifs de l'énergie électrique pour les clients captifs d'EDF. Il est à noter que la jurisprudence utilisée dans cet avis concerne la tarification de l'électricité dans le cadre de la convention de la réglementation extérieure et non le précédent des télécommunications. A l'inverse, lorsqu'il s'agit de la tarification de l'accès des tiers au réseau (2000-A-21), la jurisprudence mobilise les conclusions issues du secteur des télécommunications (97-D-53 et 98-A-21) et des chemins de fer (97-A-09).

#### *Les décisions et mesures conservatoires*

L'examen des décisions et des mesures conservatoires dans le domaine de l'électricité est révélateur de la difficulté d'analyse induite par la question de la production autonome. En effet, le nombre d'actes du Conseil faisant suite à des saisines contentieuses ne semble connaître une augmentation qu'en 1999, soit un an avant la loi de libéralisation du marché.

Années	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Nombre de saisines contentieuses	1	2	1	1	0	4	2	1

Si l'on se penche sur les mesures conservatoires, il apparaît que celles-ci sont présentes en 1994 et en 1995 (respectivement 1 et 2) et en 1999 (au nombre de deux). Il apparaît ainsi que ses mesures sont corrélées avec le durcissement de la position d'EDF envers les producteurs autonomes au milieu des années quatre-vingt dix. Les mesures conservatoires étant acceptées ou rejetées dans l'urgence, il est normal que le Conseil donne sa décision en 1994/1995. Les

---

<sup>612</sup> La séparation comptable ou fonctionnelle semble donc insuffisante dans cette logique. Seule la séparation juridique, comme le souligne le Conseil de la Concurrence dans son avis 2000-A-29 semble être à même de garantir l'efficacité de la nouvelle réglementation.

deux décisions prises en 1996 et 1997 sur la question sont contemporaines à ces demandes de mesures conservatoires si l'on s'en tient aux dates de saisines. Rappelons au passage que malgré sa dénomination, l'acte 99-D-02 correspond à une demande de mesures conservatoires.

L'examen des décisions (annexe 23) montre un retour du contentieux lié à l'obligation d'achat à compter de 1999. Pas moins de trois décisions et des mesures conservatoires ont été prononcées en 1999. Cette résurgence du contentieux lié aux relations avec les producteurs autonomes atteste d'une mutation dans la nature de ce contentieux. Désormais les litiges liés aux relations entre EDF et les producteurs autonomes prennent leur sens dans le cadre des dénonciations pour entraves au développement de nouveaux concurrents sur un marché ouvert. Trois contentieux datant de 1999/2000 portent sur les agissements des firmes titulaires d'un monopole sur des marchés concurrentiels (EDF, GDF et Gaz et Electricité de Grenoble). Ces affaires, dont deux font suite à des saisines ministérielles, marquent à la fois la disparition des litiges liés aux diversifications hors monopole et l'apparition de contentieux liés à la conquête de marchés de services liés à l'énergie, plus fortement rémunérateurs dans un marché libéralisé ou à la recherche de réduction de l'intensité de la pression concurrentielle future via des entraves au développement de nouveaux concurrents ou la conclusion de contrats d'exclusivité à long terme.

#### - Ventilation de l'origine suivant le secteur

L'annexe 24 présente le croisement des secteurs d'activités avec l'origine de la saisine permet de dégager certains traits saillants de notre échantillon. Tout d'abord nous pouvons mettre en relief la distribution des actes par secteur. L'électricité au sens large est représentée par 34 actes (12+22). Les télécommunications comptent 39 actes (36+3). Les autres services publics de réseau sont donc représentés par 21 actes. L'étude des ratios avis / décisions par secteurs permet de voir que le secteur des télécommunications présente 15 avis pour 24 décisions et mesures conservatoires. Pour l'électricité, le rapport demandes d'avis /saisines contentieuses semble a priori déséquilibré. Nous avons 9 avis pour 25 décisions et mesures conservatoires. Or, les 12 actes relatifs à la construction électrique sont issus de saisines contentieuses. Pour l'électricité *stricto sensu*, la proportion est donc pratiquement équilibrée avec 9 avis pour 13 saisines. Nous pourrions même dire que l'électricité se caractérise par une faiblesse très nette

des saisines contentieuses en prenant en compte que la plupart des décisions et mesures conservatoires sont liées à l'obligation d'achat. L'électricité se trouve donc à ce compte facilement comparable aux secteurs non encore avancés dans la voie de la libéralisation tels les secteurs gaziers avec 1 avis et 2 décisions (en ajoutant la décision 99-D-51 qui concernait à la fois EDF et GDF), des chemins de fer (3 avis pour 1 décision) et de la poste (1 avis).

La prédominance des avis dans les secteurs encore sous l'empire de la précédente convention de réglementation atteste de la primauté de la notion de dommage à l'économie les concernant. Cette primauté peut s'apprécier par la prédominance des demandes d'avis émanant principalement du ministre (18 sur 34), des assemblées (2 sur 34) et accessoirement des autorités de régulation (8 sur 34). Si l'on adjoint à ces trois origines, les demandes d'avis des associations de consommateurs et des collectivités territoriales (3), nous arrivons au total de 31 avis sur 34. Les avis visent donc bien à mettre en évidence l'existence d'un éventuel dommage à l'économie résultant de la situation de la concurrence dans un secteur donné. Nous retrouvons l'hypothèse d'une "course de relais" dans le processus du changement conventionnel. Celle-ci se déroule de la manière suivante. Les premières étapes du changement de convention se font par des avis du Conseil faisant suite à des demandes du ministère en charge du secteur. Les premières questions portent sur la réglementation générale du secteur (en creux, nous retrouvons la notion de dommage à l'économie). Après les avis sur la transposition d'éventuelles directives européennes de libéralisation, le relais est pris par les autorités de régulation qui s'attachent à la mise en place du nouveau cadre réglementaire et au contrôle des pratiques de l'opérateur dominant. Le passage de la notion de dommage à l'économie à la notion de dommage à des tiers est consacré par la troisième phase du changement réglementaire qui est celle de la mise en œuvre de la loi par les saisines contentieuses des entreprises concurrentes de l'opérateur historique. Cette succession d'étapes est visible quand on compare l'électricité aux télécoms, avancées plus précocement dans le changement de convention de réglementation. Les avis prononcés suite à une saisine ministérielle sont comparables dans les deux cas (7 et 6). L'antériorité des télécommunications est visible par la comparaison des avis pris suite aux autorités de régulation. Nous pouvons en compter 7 pour l'ART (auxquels nous pourrions adjoindre une saisine contentieuse) et 1 pour la CRE.

Pour en terminer avec la recension des avis, nous pouvons pointer le fait que l'eau, le seul service public de réseau échappant encore au changement conventionnel, tout comme il avait

échappé à celui de 1945, ne semble pas faire l'objet de préoccupations ministérielles quant à l'organisation générale du secteur. Si le ministère se fait le relais de saisines contentieuses (au nombre de 3), les demandes d'avis sur les conditions de concurrences dans le secteur (le dommage à l'économie) n'émanent que de collectivités territoriales, d'associations de consommateurs et d'une commission parlementaire. La peau de léopard des monopoles locaux de Suez et de Vivendi semble donc moins dérangeante que les monopoles de France Télécom et d'EDF.

Les saisines contentieuses émanent principalement d'entreprises (33 sur 60), du ministre (17) et du Conseil lui-même (6). Trois domaines concentrent la majeure partie de ces saisines : la construction électrique (13), l'électricité (12) et les télécommunications (20). Une différence existe quand même entre ces secteurs. Dans la construction électrique, les saisines émanent principalement du ministère (10). Il s'agit du maintien de l'ordre public économique, motivé par la lutte contre les cartels. Dans les télécommunications et l'électricité, les saisines (16 et 11) émanent surtout des entreprises (nouvelles entrantes ou producteurs autonomes). Nous sommes ici plus nettement dans le domaine des "dommages à l'économie" dans la mesure où il s'agit de griefs d'abus de position dominante. La victime de discrimination quant à l'accès à une infrastructure essentielle est alors à même de faire condamner les pratiques qu'elle juge anticoncurrentielle par le Conseil.

- Importance juridique de la décision

Domaine industriel	Formation du conseil				Total
	Non déterminée	Permanente	Plénière	Section	
CF	1		1	2	4
CrELEC	2	2		8	12
Eau	2	4	1		7
ELEC	4	6	7	5	22
Gal			1		1
gaz	1	1			2
GestInfrapub	2	2	1	1	6
Post			1		1
Telecom	6	15	7	8	36
TV		3			3
<b>Total</b>	<b>18</b>	<b>33</b>	<b>19</b>	<b>24</b>	<b>94</b>

Selon l'importance de l'acte juridique et de sa nouveauté, le Conseil de la concurrence peut siéger en section, ce qui est la situation habituelle, en commission permanente, ce qui correspond à procédure simplifiée ou en séance plénière. Cette dernière formation est celle qui est utilisée pour les actes appelés à faire jurisprudence. Nous pouvons formuler l'hypothèse que des actes juridiques les plus importants en termes jurisprudentiels et les plus fondateurs en termes réglementaires se feront en formation plénière. Les actes conduisant à la nouvelle réglementation seront ceux-ci. A l'inverse, les actes plus routiniers n'impliquant pas d'innovation juridique ou n'appelant aucun élément nouveau, se feront en commission permanente. Les actes "normaux" se feront eux en section. L'exemple de la construction électrique pour laquelle la législation est bien assise et ne nécessite pas d'éclairage jurisprudentiel est ici significatif. Aucun acte juridique de ce secteur n'a nécessité la réunion du Conseil en session plénière. Le Conseil a principalement siégé en section. La réunion du Conseil en formation permanente s'est retrouvée dans un tiers des cas et pas moins de 18 fois dans le secteur des télécommunications au sens large. Dans ce secteur, le Conseil siégea en commission permanente pour 5 avis, 4 décisions et 9 demandes de mesures conservatoires. Deux éléments sont à mettre en avant. Chaque fois que le Conseil a statué sur une décision en commission permanente, le dénonciateur a vu ses griefs rejetés. De la même façon, les avis rendus sont souvent de nature routinière (deux avis relatifs à des clauses du cahier des charges type, le 96-A-15 et le 97-A-27) ou récurrente (deux avis reposant sur l'article L36-7 du Code des postes et télécommunications, ayant pour objet de déterminer pour chaque année quels sont les opérateurs ayant une influence notable sur le marché). Nous voyons donc que dans le secteur des télécommunications dont la réglementation a basculé dans une nouvelle convention, la majeure partie des actes sert à régler des litiges entre des parties et à gérer au jour le jour la régulation du secteur. Le Conseil peut donc siéger le plus souvent en commission permanente.

Dans le domaine électrique, le rapport entre les actes passant devant le Conseil en formation plénière et les actes gérés en commission permanente semble plus équilibré. Sept affaires ont été traitées en formation plénière, contre six en commission permanente. Les affaires traitées en formation plénière correspondent à quatre demandes de mesures conservatoires et à deux décisions relatives à des litiges dans le domaine de l'obligation d'achat. Il s'agit, comme nous l'avons vu, de contentieux pour lesquels la jurisprudence est déjà fondée et que le Conseil est habitué à traiter. Les sept affaires présentées devant le Conseil en session plénière

correspondent à deux décisions et à cinq avis. La liste de celles-ci est produite dans notre annexe 25.

Cette liste récapitule rien de moins que les actes de notre base les plus fondamentaux dans le domaine électrique. Deux actes juridiques sont relatifs à l'obligation d'achat. Le premier n'est pas surprenant, il s'agit de l'avis 98-A-22 sur la politique tarifaire d'EDF. Le SNPIET demandait alors si EDF en modifiant (au détriment des producteurs autonomes) sa structure et ses niveaux tarifaires n'avait pas contrevenu aux principes marginalistes qui devaient être les siens. Au-delà de ce point, la saisine portait sur le devenir du secteur électrique français dans la perspective de la transposition de la directive européenne de 1996. Le second acte relatif aux contentieux liés à l'obligation d'achat a traité en séance plénière et non en commission permanente dans la mesure où il est appelé à faire jurisprudence. La décision 96-D-80 fait suite à une saisine déposée en octobre 1994, c'est-à-dire après le retournement de la stratégie d'EDF vis-à-vis des producteurs autonomes. Après les demandes de mesures conservatoires (94-MC-14, 95-MC-06 et 95-MC-15), le Conseil tranche pour la première fois sur le fond quant au jugement de l'attitude d'EDF. La décision est alors destinée à faire jurisprudence comme l'indique la formation du Conseil et les 4 573 471 € (30 000 000 de francs) de sanctions pécuniaires infligées à EDF.

De la même façon, pas moins de trois avis et décisions traitent de la diversification d'EDF sous les angles du respect du principe de spécialité et de la coexistence d'offres destinées à des segments concurrentiels et captifs au sein d'une même entreprise. L'avis 94-A-15 est comme nous l'avons vu un avis clé tant pour EDF que pour l'ensemble des firmes publiques pour définir leur degré de liberté vis-à-vis des contraintes posées par le principe de spécialité. Il ne faut d'ailleurs pas oublier que cet avis arrive dans une période confuse quant à la politique gouvernementale sur l'évaluation de sa diversification. La décision 2000-D-47 traite de la mise en œuvre de subventions croisées et d'entraves à la disputabilité du marché qui peuvent advenir quand EDF s'engage dans des marchés connexes, dans des services en aval du compteur. Les notions d'édification de barrières à l'entrée, de stratégie de prédation furent mises en avant dans cette affaire qui se solda pour EDF par une condamnation de 154 000 € (1 000 000 de francs). Les conséquences possibles de la coexistence d'activités concurrentielles et d'activités sous monopole dans une même structure sera aussi au cœur de l'avis 2000-A-03, relatif au rachat de Clemessy par EDF. Cet avis, le seul relatif à une fusion / acquisition (article 38), était crucial pour l'entreprise nationale dans la mesure où il

déterminait si EDF pouvait s'engager à l'instar de ses concurrents dans le domaine des services associés à la fourniture électrique.

Les deux autres avis ne sont ni plus ni moins que les préalables aux deux étapes les plus importantes de la mise en œuvre de la nouvelle convention de réglementation. Le premier avis (98-A-05) se rapporte à la transposition en droit français de la directive de libéralisation du secteur électrique. Le second avis, le 2000-A-29, traite des règles à mettre en œuvre pour s'assurer de la séparation des diverses activités d'EDF (production, transport et distribution). Cet avis, relatif à l'*unbundling*, constitue la base même des prescriptions de la nouvelle économie des réseaux. Il implique aussi le basculement de l'électricité dans la convention de la réglementation absente qui est celle des télécommunications. Mais surtout le parti pris pour la séparation juridique des différents pôles de l'entreprise (déjà défendu dans l'avis 98-A-05) montre, plus encore que les problèmes liés aux augmentations de capital indispensables pour financer l'activité de la firme, qu'EDF est sur les rails du démantèlement. Après tout, *to unbundle* ne signifie pas autre chose que vendre par appartement....

#### - Présentation des défendeurs

Le tableau présenté en annexe 26 fait apparaître la polarisation de la construction électrique sur les décisions. Alstom semble accumuler les saisines contentieuses (4 pour cette seule société, ce qui ramené au nombre de litige représente un part significative). De façon prévisible, les avis concernent d'abord les entreprises publiques. Sur 35 avis, 15 ont porté sur France Télécom et 9 sur EDF. Ces deux entreprises (les seules réellement engagées dans le processus de changement de convention, rappelons-le) cumulent une part non négligeable des décisions (19 sur 41) et "monopolisent" les demandes de mesures conservatoires (17 sur 18). Celles-ci sont relatives à trois types de contentieux. Nous retrouvons notamment les mesures conservatoires demandées par les producteurs autonomes d'électricité visant à obliger EDF à enlever l'électricité produite en attendant un jugement sur le fond. Les autres demandes concernent plus spécifiquement France Télécom. Il s'agit d'une part de problèmes liés à l'accès des tiers au réseau (notamment dans le secteur du câble) et d'autre part des demandes de suspension de certaines offres de France Télécom que certains concurrents jugent déloyales dans la mesure où seul l'opérateur intégré serait en mesure de les proposer.

- Ventilation des affaires par domaine et par auteurs des saisines

Le croisement du domaine industriel et des catégories économiques sous-jacente à l'affaire nous permet d'obtenir le tableau reproduit dans l'annexe 27. L'examen de cette ventilation nous permet de fournir de nouveaux indices quant au caractère pilote du secteur des télécommunications dans le processus de changement conventionnel. Pas moins de 24 affaires traitent de la réalisation des conditions de la concurrence pure et parfaite, laquelle est au cœur des missions assignées à la "régulation" dans la nouvelle économie des réseaux. Seulement deux affaires concernent des litiges quant à des discriminations dans l'accès des tiers aux réseaux de télécommunications. Lorsque l'on adjoint à ce nombre, les litiges du secteur du câble, on obtient un nombre de 5, ce qui représente quand même 13 % de notre échantillon relatif aux télécommunications (5 contentieux sur 39).

Cette ventilation nous fournit quelques enseignements sur la construction électrique dont nous retrouverons des traces dans l'analyse en composantes principales et l'analyse lexicale. Les litiges se subdivisent en deux groupes. L'un traite de l'absence d'indépendance des offres (6), le second des collusions spécifiques à l'électrification rurale (4). La nature économique des problèmes est la même mais le contexte juridique dans lequel les affaires s'insèrent est spécifique. Les secteurs de l'eau, en totalité (7 affaires sur 7), et des infrastructures publiques opérées par un délégataire privé (hélicoptères,...), pour deux affaires sur six, se retrouvent dans les litiges naissant autour des concessions de service public.

Cette étude peut être affinée en considérant le type de changement de situation économique qui fut à l'origine de la saisine. Deux relations très fortes se dégagent de ces données reproduites en annexe 29. Nous pouvons à nouveau constater à quel point la construction électrique constitue un cas à part dans notre échantillon. Il s'agit certes du secteur électrique mais sa problématique n'est pas celle des réseaux. Nous nous situons dans le secteur différencié. Le Conseil se saisit du contentieux relatif à ce secteur quasi exclusivement (11 fois sur 12) suite à des pratiques anticoncurrentielles survenant au cours d'appels d'offres. Les litiges relatifs à l'obligation d'achat d'EDF, avec 10 affaires sur les 17 qui font suite à des contentieux liés à des contrats, constituent aussi un groupe à part. Cependant, ces affaires s'intègrent dans la dynamique du changement conventionnel, dès le milieu des années quatre-

vingt-dix. Les dénonciations des producteurs autonomes s'expriment dès lors dans le registre d'éviction préventive d'une concurrence potentielle dans le cadre de l'ouverture des marchés.

Les saisines relatives aux réglementations sectorielles concernent autant l'électricité (5) que les télécommunications (4). Les autres services publics de réseau n'arrivent qu'ensuite (2 pour les chemins de fer, 1 pour le gaz...), étant donné que leur avancée dans le processus de changement de convention est bien moindre. Notons au passage que malgré l'ordre chronologique d'entrée dans le processus, l'électricité a suscité plus de saisines en la matière que les télécommunications. Peut être apparaît-il que le changement de convention s'avère plus problématique dans ce secteur ? L'avancée des télécommunications se dessine tout de même nettement lorsque l'on considère les saisines relatives à la situation de la concurrence dans le secteur (8 sur 11) et surtout les contentieux liés aux offres de l'opérateur dominant (19 sur 21). Le caractère pilote des télécommunications apparaît d'autant plus clairement que l'électricité, seul secteur déjà concerné par ces litiges, n'en comptait encore que deux au 31/12/2001.

L'étude du type de dénonciateur pour chaque catégorie de changement de situation économique peut aussi être riche d'enseignements. La prise en compte de la nature des dénonciateurs nous permet de corroborer notre hypothèse d'une succession de "portages" dans le processus de changement conventionnel. Considérons tout d'abord le lien existant entre le contentieux lié aux contrats d'EDF et les producteurs indépendants d'électricité. Nous avons déjà présenté le cadre de ces litiges et nous avons vu de quelle façon leur présence sur plusieurs conventions de réglementation pouvait être source de confusions. Ce cas particulier mis en exergue, il nous est possible de retracer à partir de ce tableau, la succession des acteurs impliqués dans le processus de changement conventionnel.

L'administration, comme nous le savons, intervient principalement dans deux cas de figure. Le premier correspond à la sanction des ententes anticoncurrentielles. Il s'agit de préserver l'ordre public économique sur la base de l'article 7 de l'ordonnance. Ces affaires représentent un tiers des saisines administratives. Un second tiers des saisines de l'administration (11/36) constitue la première phase du changement de convention. Il s'agit souvent de demandes d'avis quant à l'architecture réglementaire applicable à un secteur pour maximiser son rendement social i.e. minimiser les dommages à l'économie. Les autres saisines de l'administration se placent de part et d'autres de cette phase. Les saisines relatives aux

diversifications des opérateurs de service public (au nombre de trois) sont afférentes à l'ancienne convention de réglementation<sup>613</sup>. Il s'agit de veiller au respect du principe de spécialité et proscrire la mise en place de subventions croisées permettant à un détenteur d'un monopole légal d'évincer les firmes d'un secteur aval ou connexe. Les trois affaires en question concernent la diversification d'EDF et de GDF (94-A-15), la SNCF et le SERNAM (95-A-18) et la société d'économie mixte Gaz et Electricité de Grenoble, impliquée dans les services liés à l'électricité (2000-D-57). Dans les trois cas, nous nous situons en amont de la perte de leur monopole par les opérateurs. Les saisines relatives aux offres de l'opérateur dominant prennent place plus en aval dans le processus de changement conventionnel. Ces quatre actes s'inscrivent plus nettement dans le contexte d'un marché en cours de libéralisation dans lequel les pouvoirs publics veillent à ce que l'opérateur dominant n'évince pas ses nouveaux concurrents du marché en tirant profit des avantages que lui confère la maîtrise de l'infrastructure essentielle.

En parallèle à cette phase débute l'intervention de l'autorité indépendante de régulation. Elle est souvent créée suite à une demande d'avis du ministère au Conseil sur la transposition en droit français des directives européennes de libéralisation des services publics. Cette postériorité historique s'exprime dans la moindre spécialisation de ces agences dans les questions générales de réglementation du secteur. Nous n'avons ici que trois saisines contre 11 pour le ministère. L'examen de ces trois actes atteste de leur situation très en aval dans la nouvelle convention de réglementation<sup>614</sup>. L'intervention des autorités de régulation passe aussi par des actes relatifs à la situation de la concurrence dans le domaine (quelles sont les entreprises exerçant une influence notable dans le secteur ?), pour deux actes sur neuf, et des actes concernant les offres de l'opérateur dominant (3 sur 9). Nous pouvons donc déceler un

---

<sup>613</sup> Il s'agit des actes suivants :

l'avis 95-A-17, sur le projet de protocole d'accord entre EDF-GDF Services Lyon Métropole, la CAPEB, la FNEE et la FEDELEC,

l'avis 97-A-05, portant sur les propositions tarifaires de "modulance partenaires" de France Télécom,

l'avis 99-A-01 sur l'option tarifaire "abonnement modéré" de France Télécom,

la décision 2001-D-66, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1998.

<sup>614</sup> l'avis 97-A-27, relatif à une demande d'avis sur le projet de cahier des charges annexé au projet d'arrêté autorisant la société France Télécom à établir et à exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir un service téléphonique au public,

l'avis 99-A-13, suite à une demande de l'autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L.36-7 (7e) du code des postes et télécommunications,

l'avis 2000-A-29, relatif à la séparation comptable entre les activités de production, transport et distribution d'électricité.

basculement progressif de la notion du dommage à l'économie, à celle d'un dommage à un secteur d'activité donné pour éventuellement déboucher au final sur celle de dommage aux concurrents de l'opérateur dominant.

Les saisines des entreprises concurrentes illustrent bien ce passage à la troisième étape de processus de changement conventionnel. Les saisines ne se font plus dans le domaine du dommage à l'économie (aucun acte relatif à un changement de réglementation). Elles ne concernent que marginalement les dommages causés à l'économie du secteur (5 sur 20). Elles s'attachent surtout à la défense de leurs intérêts propres (les dommages à des tiers). L'importance des saisines liées aux offres de l'opérateur dominant (11 en tout) atteste de l'importance des accusations selon lesquelles celui-ci tirerait profit du contrôle de l'infrastructure pour les évincer du marché.

Cette analyse est confortée lorsque l'on s'attache aux types des dénonciateurs (annexe 28). Nous pouvons relever que l'administration est le premier auteur des saisines avec un total de 36, suivie des entreprises individuelles (34), des associations professionnelles (9) et des autorités de régulation (9). Il se dégage donc deux grands pôles (45 et 43 saisines sur 94 au total) représentant la tension que nous avons relevée entre dommage à l'économie et dommage à des tiers. Au point de vue sectoriel, nous avons la confirmation que la totalité des saisines du secteur de la construction électrique provient de l'autorité publique. Nous sommes donc bien dans le registre du contrôle de l'ordre public économique. Dans les télécommunications et l'électricité, les saisines publiques (respectivement 15 et 10) et d'entreprises privées (16 et 11) s'équilibrent. L'électricité se caractérise encore par le poids des litiges liés à la production indépendante (9). Le balancement entre dommage à l'économie et dommage à des tiers, via la notion de dommage aux entreprises nouvellement entrantes est à nouveau perceptible par l'identification des saisissants. Les deux principaux pôles, l'administration et les firmes concurrentes s'équilibrent avec 36 et 34 saisines. S'intercalent idéalement les autorités de régulation et les associations professionnelles avec 9 saisines chacune.

Il est possible de croiser le type du dénonciateur avec celui du défendeur pour chacun des domaines d'activité.

Type défendeur
----------------

Type dénonciateur	Entconc	Monoprivé	Monopublic	Total
AAA			9	9
Adm	11	3	22	36
Assoconso	1	1		2
AssoPro	1		8	9
CollecT		2	1	3
ConcD		1	19	20
ConcPo			1	1
Conseil	1			1
enttierce	2		2	4
ProdIndep			9	9
<b>Total</b>	<b>16</b>	<b>7</b>	<b>71</b>	<b>94</b>

Nous repérons à nouveau les deux angles d'intervention de l'administration, à savoir la répression des ententes (11 actes sur 36) et l'action publique volontariste visant à faire basculer les services publics de réseau dans la nouvelle convention de réglementation (22 actes sur 36).

Nous pouvons voir que les autorités de régulation se sont spécialisées dans le contrôle des opérateurs publics (9 actes sur 9). Ceci est parfaitement justifié sachant que l'on passe du monopole à la concurrence, mais ne devrait pas devenir structurel. Il est par exemple dans les missions de l'ART de contrôler les agissements des concurrents de France Télécom. Dans le cas contraire, il s'agirait d'une régulation asymétrique. Le risque serait que l'autorité considère que l'atteinte de l'intérêt général ne puisse être réalisée que par l'équilibre de concurrence pure et parfaite. De là naîtra l'idée selon laquelle le rôle de l'autorité est d'atteindre coûte que coûte cette situation. La firme publique étant en situation de monopole en  $t_0$ , il s'agirait alors de défendre l'intérêt des nouveaux entrants coûte que coûte quoiqu'il en soit en terme d'équité et d'efficacité économique. Il s'agirait donc ni plus ni moins que d'une capture "idéologique". D'une façon plus générale, notons que l'immense majorité des saisines (71 sur 94) portent sur les entreprises nationales de service public, alors que très peu concernent les services publics concédés (7 sur 94). Notre annexe 29 indique la ventilation des défendeurs selon le type de dénonciateur.

Il est possible de croiser la matière économique de l'affaire pour le dénonciateur avec le type de défendeur. Outre le fait que les entreprises de construction électrique sont toujours dénoncées par l'administration, nous pouvons à nouveau relever le fait qu'une succession des saisines dessine les différentes phases du changement de convention. Nous nous appuyons

sur les exemples d'EDF et de France Télécom. Dans la première phase, l'acteur pilote est l'Etat. Il est l'auteur de 7 saisines pour France Télécom et de 8 pour EDF. Le passage de témoin se fait ensuite au profit des autorités de régulation avec une saisine pour la CRE et 8 pour l'ART, beaucoup plus ancienne. Cette étape est consolidée par des saisines des associations professionnelles<sup>615</sup>. Celles-ci visent France Télécom (4 fois) et EDF (2 fois).

Les saisines relatives à EDF sont ancrées dans les étapes préalables du changement de réglementation. Les saisines relatives à France Télécom prennent place dans les premières phases de l'ouverture du marché et visent à garantir un accès équitable à celui-ci pour les entreprises privées membres de ces associations professionnelles.

Le décalage entre la maturité des deux secteurs dans la nouvelle réglementation apparaît particulièrement net lorsque l'on s'attache à la dernière phase de la mise en œuvre du nouveau cadre, celui de l'activation des droits des entreprises privées. Celles-ci dénoncent alors les agissements de l'opérateur dominant comme responsables d'un dommage à leur endroit. Si a priori on compte 11 saisines pour EDF contre 18 pour France Télécom, il apparaît que ce décalage s'avère être un gouffre si l'on exclu les litiges liés à l'obligation d'achat (9 en tout). Au final, si l'électricité avec 2 saisines de firmes concurrentes (4 à 5 si l'on ventile le contentieux relatif à l'obligation d'achat) accuse un très net retard comparé aux télécommunications. Il n'en reste pas moins que l'électricité est le seul secteur, après les télécommunications, à être entrée dans cette dernière phase.

Dans la même logique, il est possible de se livrer à une analyse selon la matière économique de l'affaire pour le dénonciateur.

#### Matière économique de l'affaire pour le dénonciateur

<sup>615</sup> la décision 93-D-15, suite à une saisine de la chambre syndicale des entreprises d'équipement électrique de Paris et sa région,  
l'avis 98-A-22, sur les principes devant guider et encadrer la politique tarifaire d'EDF,  
l'avis 97-A-07, suite à une demande de l'association française des opérateurs privés de télécommunications sur les questions soulevées au regard du droit de la concurrence par la coexistence à France Télécom, au sein d'une même structure juridique et commerciale, d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole,  
la demande de mesures conservatoires 98-MC-03, présentée par l'association française des opérateurs privés de télécommunications,  
la demande de mesures conservatoires 99-MC-04, présentée par l'association française des opérateurs privés de télécommunications et l'association des opérateurs de télécommunications,  
la décision 99-D-37, saisine de l'association française des opérateurs privés de télécommunications.

Type défendeur	Abus_op	Cartel	Concentre	nRespinj	PantiC	Tarif	Total
Entconc	2	12		1		1	<b>15</b>
Monoprivé	3		1		1	2	<b>7</b>
Monopublic	60	1	1			9	<b>71</b>
<b>Total</b>	<b>65</b>	<b>13</b>	<b>2</b>	<b>1</b>	<b>2</b>	<b>12</b>	<b>94</b>

Le croisement du type de défendeur avec la matière économique de l'affaire pour le dénonciateur confirme que la majeure partie des entreprises du secteur concurrentiel de notre échantillon traduites devant le Conseil de la Concurrence le sont au titre de l'article 7 de l'ordonnance de 1986. En dehors de ce cas (11 sur 16), les dénonciations se font à l'encontre de firmes détentrices d'une infrastructure de service public en concession (3 cas sur 16).

Les entreprises publiques sont citées 60 fois pour abus de position dominante et seulement 9 fois pour les tarifs d'interconnexion ou d'utilisation qu'elles imposent. Nous pouvons penser que cette seconde incrimination sera appelée à croître avec le développement de l'*unbundling*.

L'annexe 29 ventile la matière économique de l'affaire pour chaque type de dénonciateur. A l'exception, des 9 saisines des producteurs autonomes d'énergie électrique, lesquelles se relient pour les unes à l'ancienne convention de réglementation et pour les autres à la thématique de l'accès des tiers au réseau, le tableau précédent permet à nouveau de mettre en évidence le passage de relais existant entre les différentes étapes de la dynamique du changement conventionnel.

L'administration se caractérise ici par trois domaines d'intervention. Le premier repose toujours sur l'article 7 de l'ordonnance (11 actes sur 36). Le second porte sur le contrôle des prix et la fixation des tarifs. Ces actes, au nombre de 9, concernent tout à la fois l'article 1 de l'ordonnance de 1986 (la réglementation de certains prix pour lesquels le marché n'existe pas), mais aussi la nouvelle convention de réglementation. La présentation des différents actes concernés nous permettra de mettre en évidence ces différents groupes d'actes. Le premier groupe rassemble les premiers avis du Conseil relatifs à la réglementation de certains prix<sup>616</sup>. Le second réunit des actes relatifs aux tarifs dans la nouvelle convention de

---

<sup>616</sup> l'avis 87-A-04, relatif à la réglementation des tarifs des transports publics urbains de voyageurs visée par le décret n° 87-538 du 16 juillet 1987, l'avis 87-A-05, relatif à la réglementation des tarifs des péages autoroutiers, l'avis 87-A-08, portant sur la réglementation des prix de l'électricité.

réglementation<sup>617</sup>. Le troisième groupe de dénonciations exprimé par le ministère correspond aux abus de position dominante éventuellement commis par l'opérateur historique (15 saisines sur 36). Nous sommes ici purement dans la problématique de la préparation de la nouvelle réglementation et du début de la construction de celle-ci.

Les autorités de régulations sectorielles interviennent alors dans un second temps, marginalement sur les questions tarifaires (1/9), et principalement sur des abus de positions dominantes de l'opérateur historique (8/9). La focalisation de l'activité de l'autorité de régulation sur le contrôle de cette seule firme apparaît bien.

Cette même dénonciation semble aussi être le champ privilégié des saisines des associations professionnelles, avec 8 saisines sur 9. La seule saisine sortant de ce thème est relative aux tarifs d'achat de l'électricité d'EDF. La nature des affaires est donc extrêmement proche. Le champ d'intervention des associations professionnelles correspond donc aussi au contrôle des agissements de l'opérateur historique.

Les entreprises du domaine concurrentiel n'interviennent que dans la dernière étape du changement de convention, lorsque le cadre réglementaire est complet. Elles activent alors leurs droits en dénonçant les menées de l'opérateur dominant à leur encontre (23 saisines sur ce thème pour un total de 25). Cette dernière étape achève le processus de construction d'un nouveau cadre réglementaire, notamment par le jeu de la jurisprudence.

#### - Les demandes des dénonciateurs

Le croisement du type de dénonciateur et des demandes de celui-ci permet d'obtenir le tableau reproduit en annexe 30. Comme nous le savons, les saisines contentieuses (16) de l'administration sont souvent liées à l'application de l'article 7 prohibant les ententes

---

<sup>617</sup> l'avis 97-A-09, relatif à un projet de décret concernant les redevances d'utilisation du réseau ferré national, l'avis 98-A-21, sur un projet de circulaire du ministre de l'intérieur et du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, relative aux interventions des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications, l'avis 2000-A-12, faisant suite à une demande de la commission des finances, de l'économie et du plan de l'Assemblée Nationale sur le prix de l'eau en France, l'avis 2000-A-21, relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, l'avis 2000-A-20, relatif aux tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles, l'avis 2001-A-01, sur la tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ de son réseau vers les réseaux tiers.

anticoncurrentielles. L'administration semble aussi se polariser sur des demandes d'avis reposant sur l'article 5 de l'ordonnance relatif aux conditions de concurrence dans un secteur donné. Les 11 demandes de l'administration (sur 20 avis déposés) sont relayées par 6 demandes émanant des associations professionnelles et des collectivités territoriales. Consulter le Conseil au titre de l'article 5 constitue donc un passage obligé dans la phase amont du changement de réglementation. Si le Conseil conclut à l'inadaptation du cadre réglementaire existant aux conditions souhaitables de concurrence, les arguments en faveur du basculement réglementaire seront définitivement consolidés. Nous relevons la focalisation des saisines des autorités de régulation sur les pratiques de l'opérateur dominant (7/9). Relevons que les 7 avis ressortissants de l'article 1 (la réglementation des prix) relèvent pour une part de la mise en place de l'ordonnance de 1986 et pour l'autre de la nouvelle donne réglementaire.

Nous notons que les producteurs indépendants demandent deux fois plus souvent des mesures conservatoires qu'une simple condamnation des pratiques, cela vient de la problématique de la signature de contrat d'achat. Les producteurs autonomes souhaitent que l'énergie produite puisse être enlevée dans l'attente d'un jugement sur le fond. D'une façon plus générale, il apparaît que les demandes de mesures conservatoires sont relativement importantes pour les nouveaux concurrents des opérateurs publics (8/19). Il s'agit souvent de saisines de concurrents de France Télécom exigeant la garantie de la permanence de l'accès à l'infrastructure essentielle (indispensable pour poursuivre l'activité en attendant que le Conseil statue sur le fond). Ces derniers exigent aussi des mesures conservatoires pour obtenir la suspension transitoire d'offres de France Télécom qu'elles estiment être de natures anticoncurrentielles.

Le second tableau de l'annexe 30 met en regard le défendeur et la demande du dénonciateur. Elle permet d'obtenir une confirmation de l'activité du Conseil de la Concurrence sur le contrôle des opérateurs publics (pour notre échantillon). France Télécom et EDF rassemblent à elles seules 60 saisines sur 94. La plus forte part de France Télécom (38) est liée à l'ancienneté de sa dérégulation. Le faible nombre de saisines à l'encontre des opérateurs privés de concessions de service public est à nouveau à relever. Les firmes du secteur de la construction mécanique font l'objet de demandes de condamnations des pratiques sur la base de l'article 7 de l'ordonnance.

Les demandes d'avis témoignent de l'antériorité de la déréglementation des télécommunications. On dénombre 6 demandes d'avis sur les pratiques de France Télécom et seulement une pour EDF. Les avis portant sur la situation générale de la concurrence apparaissent bien comme l'antichambre du basculement réglementaire. Sur 17 demandes d'avis au titre de l'article 5 de l'ordonnance, 16 portent sur les groupes publics. France Télécom a fait l'objet de 6 avis sur la question et EDF de 4. Les avis relatifs à la tarification (sur la base de l'article 1 de l'ordonnance) sont les plus nombreux pour EDF. Ceci atteste de la spécificité du secteur électrique et de la complexité de la nouvelle donne réglementaire. Ces avis traitent à la fois des tarifs d'accès au réseau, de la question du segment non éligible et des tarifs d'achats. Notons qu'une seule demande d'avis a pris pour base l'article 38 de l'ordonnance relatif au contrôle des concentrations (il s'agit du rachat de Clemessy par EDF). La faible présence de la problématique des fusions et acquisitions dans notre base tend à montrer que l'implication des opérateurs historiques dans le secteur des services se fait principalement par croissance interne ou par alliances non capitalistiques plutôt que par croissance externe<sup>618</sup>.

Le même tableau, toujours produit en annexe 30 et ventilé par secteur industriel permet de synthétiser les éléments déduits de la ventilation par entreprise. Le poids des demandes de condamnations des pratiques et de mesures conservatoires peut s'expliquer comme étant lié à l'obligation d'achat. Cependant, ce litige ne peut expliquer l'ensemble des saisines contentieuses relatives à EDF et change lui-même de sens dès la seconde partie des années quatre-vingt-dix pour devenir un litige lié à la mise en place de barrières à l'entrée. La question de la diversification est le second élément structurant de notre corpus relatif au secteur électrique. Elle concerne plusieurs décisions (00-D-47, 99-D-51, 93-D-15) et avis (2000-A-03 et 94-A-15). Elle connaît la même évolution que l'obligation d'achat. La vieille problématique du principe de spécialité cède la place à des accusations d'édification de barrières à l'entrée dans le cœur de métier et à des stratégies de prédation dans les marchés connexes. La maturité du secteur électrique dans la nouvelle réglementation est manifeste dès l'année 2000 avec des avis relatifs non plus aux structures du secteur électrique mais aux pratiques de la firme dominante. Cette succession chronologique entre des demandes d'avis sur les structures du marché et les questions portant sur les pratiques de l'opérateur dominant peut se déduire de l'examen du secteur des télécommunications. Le nombre d'avis relatifs aux

---

<sup>618</sup> Du moins en ce qui concerne la France.

deux types de questions est équilibré pour France Télécom (7 et 6). Notons au passage que les saisines relatives au secteur de l'eau et des infrastructures publiques en concession sont pour la plupart contentieuses. Il ne s'agit que très rarement d'avis sur la structure du secteur ou sur les agissements des firmes dominantes mais des demandes de condamnations des pratiques liées à l'accès des tiers aux infrastructures ou aux conditions d'attribution des concessions.

### **IV.3.2 Grievs retenus par le Conseil et dispositifs des décisions**

- Les qualifications des pratiques par le Conseil

Le premier tableau de l'annexe 31 rapproche la qualification des pratiques par le Conseil du type de dénonciateur. La qualification la plus souvent utilisée par le Conseil de la Concurrence est l'exploitation abusive des avantages que confère le contrôle de l'infrastructure essentielle (48). La majorité du contentieux est donc créée par les pratiques des opérateurs dominants visant à réduire la disputabilité du marché sur lequel ils opèrent ou à conquérir de nouvelles parts de marchés dans des secteurs connexes en tirant profit des rentes de monopole à leur disposition. La seconde qualification la plus fréquente (30 cas) est liée aux difficultés que subissent les tiers pour accéder au réseau de l'opérateur historique. La troisième qualification en fréquence se rattache à des avis sur la situation de concurrence sur un marché (15 cas). Il s'agit donc d'avis relatifs à la problématique des dommages à l'économie souvent issus de l'administration (11 cas sur 15). Les autres saisines de ce type émanent de collectivités territoriales, du Conseil ou d'organisations professionnelles arguant en l'occurrence de la maximisation du rendement social (98-A-22) ; ce sont des saisines qui sont exprimées au nom de l'intérêt général. A l'inverse, les litiges liés à des problèmes d'accès des tiers au réseau sont plus souvent soulevés par des entreprises privées. Nous sommes alors dans le domaine des dommages à des tiers. Cependant il convient d'insister sur la faible part dans ces saisines des entreprises directement concurrentes du monopole historique (8/21). Ceci est la rançon de la nouveauté de l'ouverture des réseaux. A l'inverse, de nombreuses saisines émanent des producteurs indépendants. Il existe donc dans une certaine mesure un biais quant à la surrestimation de ce contentieux.

L'annexe 31 croise le défendeur avec les qualifications des pratiques par le Conseil. La ventilation de la qualification des pratiques par le Conseil en fonction du défendeur permet de comparer les situations respectives de France Télécom et d'EDF. France Télécom est plus

souvent accusée qu'EDF de tirer profit des avantages que lui confère le contrôle de l'infrastructure essentielle. Cette différence (26 contre 10) vient bien sûr de l'antériorité de la libéralisation des télécommunications. L'impression selon laquelle le déséquilibre serait inversé en matière d'accès des tiers au réseau (10 contre 12) est en grande partie fautive du fait de la spécificité du contentieux lié à la production autonome.

De la même façon, l'annexe 31 met en regard la catégorie économique sur laquelle repose l'affaire pour le Conseil avec le défendeur. La réalisation (la construction dirions nous) des conditions de la concurrence pure et parfaite est la première tâche du Conseil comme en témoigne la qualification de son contentieux (39 affaires sur 94). Cette activité est suivie par le contrôle du respect du principe de spécialité avec 20 affaires sur un total de 94. La relative nouveauté de la convention de la réglementation absente peut s'apprécier par le relatif faible nombre des contentieux liés à l'accès des tiers au réseau. Sur les 7 affaires relatives à l'ATR, 5 concernent France Télécom. Le caractère pionnier de France Télécom peut s'apprécier par la diversité des catégories économiques qui recouvrent les diverses saisines. On dénombre 7 litiges relatifs au principe de spécialité. Les contentieux faisant appel à l'absence des conditions de concurrence parfaite s'élèvent au nombre de 23. Enfin nous avons dénombré 7 affaires relatives à l'ATR. D'une façon générale, les litiges relatifs au principe de spécialité concernent l'ensemble des entreprises titulaires d'un monopole légal. Outre les 7 saisines relatives à France Télécom, il est possible de dénombrer 6 saisines pour EDF, 2 pour GDF, 2 pour La Poste, 1 pour la RATP, la SNCF et Gaz et Electricité de Grenoble.

Si nous considérons la ventilation de la catégorie économique de l'affaire selon le type de dénonciateur, l'hypothèse d'un passage de relais serait consolidée. En effet, un tiers des saisines de l'administration porte sur le principe de spécialité. Les autorités de régulation ne s'occupent que marginalement de cette question et sont même devancées en terme de dépôt de saisines sur la question par les associations professionnelles. Ceci est normal dans la mesure où elles doivent défendre les intérêts des entreprises adhérentes à l'encontre des immixtions des entreprises nationales dans le secteur. Les autorités de régulation officient dans le rôle que leur confie la nouvelle économie des réseaux, c'est-à-dire la construction des conditions permettant d'atteindre un équilibre de concurrence pure et parfaite. Les entreprises du secteur concurrentiel n'interviennent fortement qu'à cette phase (15 saisines contre 2 pour le principe de spécialité). Nous entrons dans le registre des "dommages à des tiers". L'activation de leurs droits par les entreprises privées complète la régulation par le jeu de jurisprudence.

- Articles de l'ordonnance servant de base à la notification des griefs

L'examen des articles à la base de la notification des griefs (annexe 32) permet de mettre en évidence la nette prédominance des dénonciations pour abus de position dominante (l'article est invoqué 80 fois sur 125). Les principes cibles sont les opérateurs historiques devant ouvrir leur réseau aux tiers comme EDF (23 notifications) et France Télécom (38) notifications. Nous pouvons noter que l'article 7 est majoritairement employé dans le secteur de la construction électrique, marqué par de nombreuses ententes anticoncurrentielles autour des marchés publics. Les dénonciations au titre des prix abusivement bas sont significatives dans le secteur de l'électricité (8 fois) et des télécommunications (11 fois). Dans le domaine électrique ce grief se retrouve dans les affaires traitant des diversifications (2000-D-57, 99-D-51 et 2000-D-47) et de la coexistence d'activités concurrentielles et monopolistiques au sein d'une même firme (2000-A-29 et 98-A-05).

Le total qui apparaît dans le second tableau de l'annexe 32 s'avère supérieur aux autres totaux des tableaux reprenant les articles servant de base aux dénonciations. Cela s'avère logique dans la mesure où dans notre base nous avons distingué plusieurs type de dénonciateurs possibles pour une même saisine. Cela recouvre les cas où diverses institutions déposent des saisines conjointes ou le cas où le Conseil joint souverainement plusieurs saisines distinctes. Nous pouvons relever que l'administration est la plus souvent à l'origine de la notification de griefs sur la base de l'article 7. Les firmes du secteur concurrentiel se préoccupent des abus de position dominante comme les pouvoirs publics. La différence tient au fait que l'administration s'appuie sur les dommages à l'économie pour évaluer des dommages causés à l'économie par l'absence de concurrence sur un marché donné. Les entreprises dénoncent des abus de position dominante de l'entreprise détentrice de l'infrastructure essentielle. Le dommage causé à leurs intérêts tient à la résistance passive (entraves à l'accès aux réseaux) ou active (offres que seul l'opérateur de réseau est capable de proposer). Il apparaît que la dénonciation des pratiques prédatrices émane dans 21 cas sur 27 d'intérêts collectifs. Ceci est normal car la mise en place de subventions croisées crée un préjudice à l'ensemble des firmes opérant sur ce marché.

Article correspondant aux griefs
----------------------------------

Type défendeur	a10-1	a13	a7	a8	Total
Entconc		1	12	3	<b>16</b>
Monoprivé	1		1	7	<b>9</b>
Monopublic	24		6	70	<b>100</b>
<b>Total</b>	<b>25</b>	<b>1</b>	<b>19</b>	<b>80</b>	<b>125</b>

Nous notons que les griefs de prédation sont l'apanage des entreprises publiques. Les monopoles publics font l'objet d'un tiers des dénonciations au titre de l'article 7, mais il s'agit dans l'immense majorité de cas où l'entente anticoncurrentielle mise en œuvre par le groupe public se double d'un abus de position dominante, dans la mesure où l'objet est d'exclure un nouvel entrant du marché. Nous pouvons citer les cas des décisions 99-D-51 (entente d'EDF et de GDF pour s'implanter dans des marchés en aval du compteur et pour réduire la disputabilité de leur marché) et de la décision 98-D-34 relative à une manœuvre concertée d'Aéroports de Paris et d'Air France à l'encontre de TAT.

#### - Examen des décisions du Conseil

Une première approche peut être obtenue en croisant le secteur industriel avec l'issue du contentieux juridique (second tableau de l'annexe 33). En croisant les domaines avec l'issue des saisines, nous obtenons la confirmation du fait que les secteurs non encore concernés par le processus de changement conventionnel ne sont encore caractérisés que par des demandes d'avis. Les chemins de fer par exemple ne connaissent que des avis. Notons au passage que le plus récent de ceux-ci date de 1997, preuve d'une certaine glaciation dans le processus. Les télécommunications, secteur le plus avancé est donc logiquement celui qui est le plus concerné par les saisines contentieuses (24 sur 39 actes si on lui adjoint l'audiovisuel) et par les condamnations (9 sur 24). La construction électrique ne fait l'objet que de saisines contentieuses et non de demande d'avis. Nous pouvons y voir la preuve que la législation régissant la vie du secteur est stabilisée et qu'il s'agit plus d'appliquer la loi que de construire la réglementation générale du secteur via la jurisprudence. Cette vitesse de croisière peut être appréciée par le ratio de 9 condamnations pour 3 relaxes. Les saisines contentieuses dans le secteur de l'eau semblent s'avérer nettement moins efficaces comme en témoigne le rapport de 4 relaxes pour 1 condamnation. Le faible taux de condamnation d'EDF est à mettre en rapport avec le contentieux lié à l'obligation d'achat.

Lorsque l'on met en regard, dans l'annexe 33, la demande du dénonciateur avec l'issue du traitement de la saisine par le Conseil de la concurrence, il est possible de dégager trois

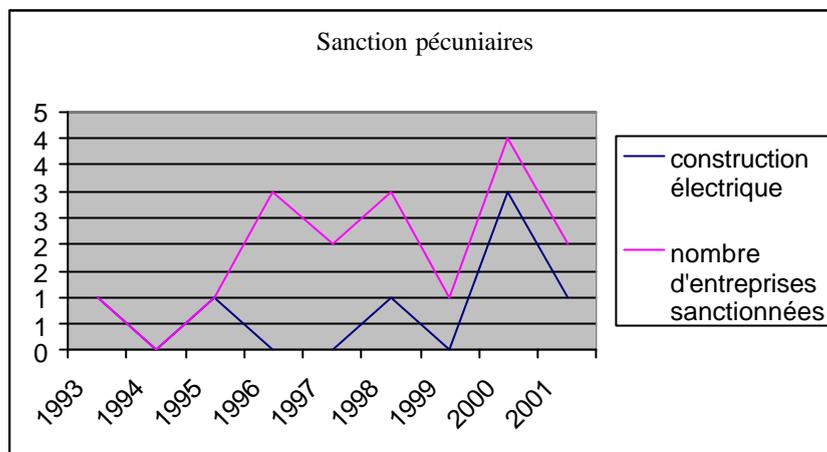
éléments de réflexions. Premièrement les avis sur les questions de concurrence dans un secteur ou sur les pratiques de l'opérateur dominant (17 et 7 actes) conduisent souvent à une volonté d'encadrement des pratiques, donc de réglementation. En d'autres termes la libéralisation si elle suppose une certaine "dérégulation", ne signifie pas pour autant une déréglementation. Deuxièmement, les demandes de condamnations des pratiques sont très souvent suivies (20 fois contre 17). Troisièmement, il apparaît que les demandes de mesures conservatoires ne sont acceptées qu'avec plus de parcimonie (7 acceptations pour 14 refus).

Type défendeur	Dispositif de la décision								Total
	Avis	Class	Inj	Inj+SP	Irr	NonL	SP	SurStat	
Entconc		2	1	2		1	10		<b>16</b>
Monoprivé	3				2	2			<b>7</b>
Monopublic	31	13	6	2	4	8	6	1	<b>71</b>
<b>Total</b>	<b>34</b>	<b>15</b>	<b>7</b>	<b>4</b>	<b>6</b>	<b>11</b>	<b>16</b>	<b>1</b>	<b>94</b>

Lorsque nous confrontons le dispositif de la décision au type de défendeur plusieurs éléments nouveaux viennent compléter notre analyse sur l'activité du Conseil pour la population qui nous intéresse. L'activité du conseil porte principalement sur les opérateurs publics (71/ 94 actes), accessoirement sur les agissements des firmes du secteur concurrentiel (16/94) et très marginalement sur les opérateurs privés en situation de monopole (7/94). Ces derniers font l'objet de rares avis (3 /34) et voient la plupart des saisines contentieuses aboutir à des relaxes (4/4). A l'inverse, les saisines contentieuses à l'encontre des entreprises du secteur différencié aboutissent extrêmement souvent à des condamnations (13 fois sur 16). Nous verrons que cette efficacité s'explique par la répression des cartels. Les entreprises publiques font principalement l'objet d'avis (90%), première phase obligatoire dans le processus de changement de convention. Les saisines contentieuses déposées à leur encontre ne semblent pas aussi efficaces que celles déposées par le ministre sur la base de l'article 7 (14 condamnations pour 27 non-lieux).

- Les sanctions pécuniaires

Une part notable des entreprises de notre corpus ayant subi des sanctions pécuniaires appartient au secteur de la construction électrique, comme en témoigne le graphe suivant.



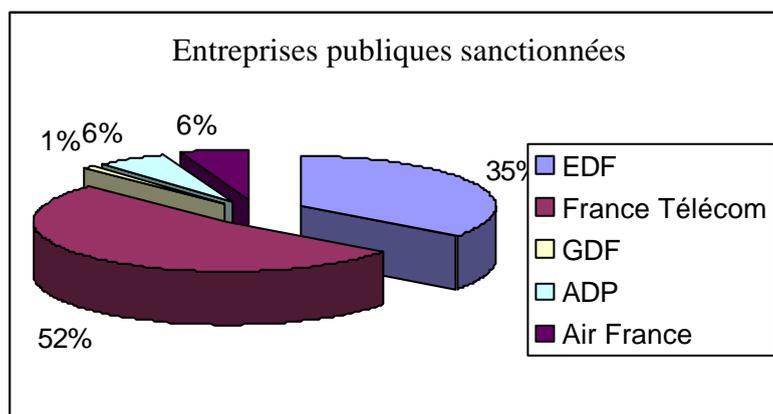
Les sanctions dans le domaine de la construction électrique (reprises dans notre annexe 34) se rattachent à des ententes anticoncurrentielles dans le cadre d'appels d'offres. La dénonciation se fait à l'initiative du ministre en charge de l'économie et la notification des griefs prend pour base l'article 7. Les ententes dans la construction électrique correspondent en fait à deux configurations de marchés différentes. La première correspond aux appels d'offres d'EDF et la seconde à des cartels organisés dans le cadre de marchés d'électrification rurale. En dehors de la construction électrique, les décisions ayant donné lieu à des sanctions pécuniaires recouvrent trois secteurs d'activités, les télécommunications, l'électricité et la gestion d'infrastructure publiques (en l'occurrence des hélicopters et des aéroports). Les dénonciations émanent alors souvent de firmes du secteur différencié, concurrentes de l'opérateur en charge de l'infrastructure ou utilisatrices de celui-ci.

Les litiges ayant donné lieu à des sanctions pécuniaires appartiennent aux deux conventions de réglementation successives. Les ententes survenues dans la construction électrique ainsi que les litiges liés à la production autonome ont donné lieu à des sanctions pécuniaires après le retournement de la politique d'EDF vis-à-vis de ceux-ci en 1995. Il s'agit de la décision 96-D-80, laquelle a donné lieu à une sanction de 30 000 000 de francs (4.57 millions d'euros) à l'encontre d'EDF. Les premières condamnations de France Télécom (1996 et 1998) portaient sur des marchés annexes tels les annuaires téléphoniques, premiers interstices de l'activité ouverts au marché. La première condamnation de France Télécom pour des questions d'entrave de l'accès des tiers au réseau et de traitement préférentiel pour l'une de ses filiales

intervenant dans le secteur concurrentiel, date de 1997. Une seconde condamnation de France Télécom a eu lieu en 2001, suite à une saisine de l'ART. Dans le secteur électrique, les premières condamnations d'EDF que nous pouvons rattacher à la nouvelle convention de réglementation (conquête anticoncurrentielle de nouveaux marchés) remontent à 1999. Les deux condamnations d'EDF correspondent aux actes 99-D-51 et 2000-D-47. Ces deux affaires concernent des diversifications d'EDF dans des marchés de services liés à la prestation principale. Dans les deux cas, EDF a été condamnée pour avoir organisé le financement de ces nouvelles prestations par des subventions croisées obtenues à partir des rentes de monopole. Il s'agissait donc tout à la fois de conquérir un marché connexe via un abus de position dominante sur le marché principal et d'écarter d'éventuels concurrents sur le marché principal via des contreparties en terme de clauses d'exclusivité.

Le montant cumulé des sanctions pécuniaires infligées aux firmes publiques opératrices de réseau depuis 1996, par le Conseil de la concurrence. Ces sanctions, à l'exception du cas de l'année 1999, semble se stabiliser autour de quelques 30 à 40 000 000 de francs par an soit de 4 573 470 à 6 097 960 €

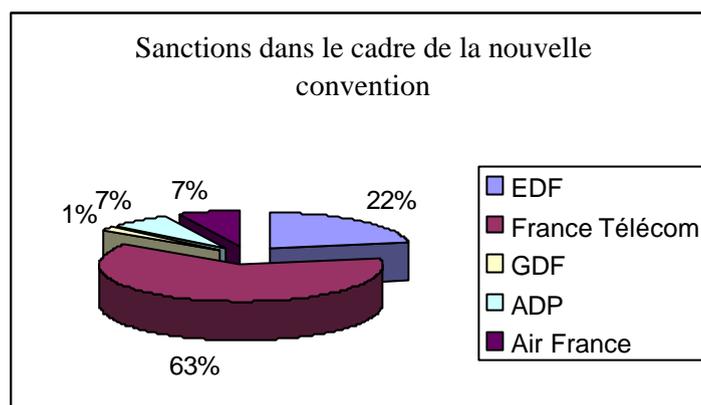
Nous pouvons répartir les sanctions infligées aux services publics, entreprise par entreprise<sup>619</sup>.



L'examen des entreprises publiques sanctionnées permet de mettre en évidence la forte part de France Télécom. Celle-ci est bien sûr imputable à l'antériorité de la libéralisation du secteur des télécommunications. Les parts d'Air France et d'Aéroports de Paris sont liées à une seule et même affaire. Il s'agit de la décision 98-D-34. Lorsque nous considérons les

<sup>619</sup> Nous avons écarté les 80 000 francs (12 195 euros) de sanctions infligés au concessionnaire de service public de l'héliport de Narbonne ( 96-D-51 et 97-D-69).

sanctions infligées à EDF, il convient de ne pas oublier que la première décision ayant donné lieu à des sanctions pécuniaires correspond à la décision 96-D-80, relative à l'obligation d'achat. Si nous considérons que cette décision appartient à la précédente convention de réglementation, il serait intéressant d'annuler son impact pour examiner le poids des sanctions infligées aux firmes publiques dans le seul cadre de la mise en œuvre de la nouvelle réglementation.



L'annulation du litige relatif à l'obligation d'achat permet de renforcer l'hypothèse selon laquelle France Télécom, la firme la plus avancée dans le processus de basculement conventionnel ouvre la voie aux autres opérateurs publics. Soumises à des saisines contentieuses croissantes quant à ses offres et à l'ouverture de son réseau, elle demeure la principale victime des sanctions du Conseil.

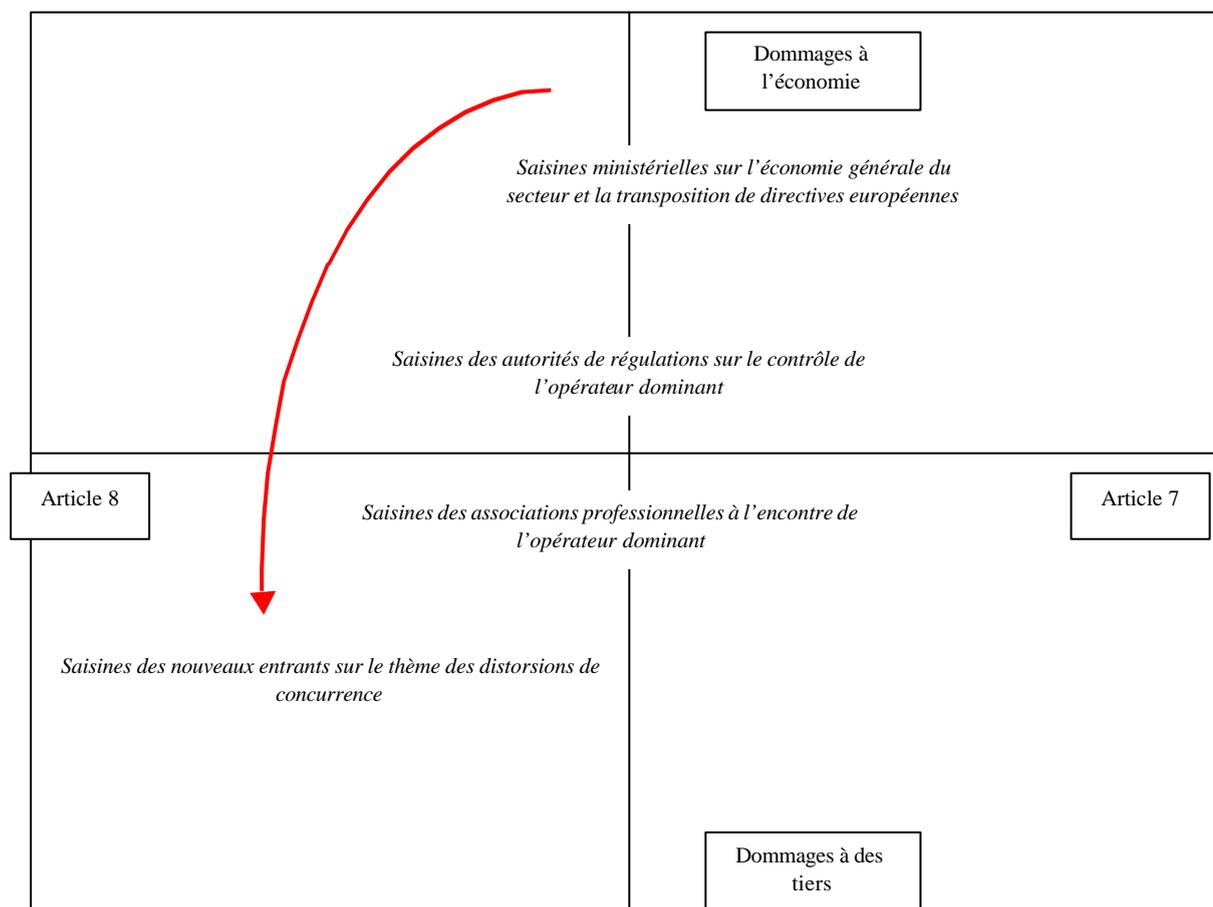
Il convient de garder présent à l'esprit le montant des sanctions infligées aux opérateurs publics de réseau comparé aux entreprises de la construction électrique.

Type d'entreprise	Sanctions cumulées
Opérateur public de réseau	203 000 000 (30 947 150 €)
Concessionnaire de service public	80 000 (12 196 €)
Firmes de construction électrique	65 915 000 (10 048 677 €)

L'une des principales explications du montant des sanctions infligées aux opérateurs publics réside en l'indexation des sanctions prononcées par le Conseil au chiffre d'affaires de la firme.

### IV.3.3 Conclusion de l'analyse du corpus

En guise de conclusion à cette présentation de notre échantillon d'actes du Conseil relatif au secteur de l'électricité et des services publics de réseau, nous soulignerons l'existence d'étapes nécessaires au processus de changement réglementaire. Ces étapes sont successivement assumées par différents acteurs. Il y a donc un ordre logique des interventions dans le processus conduisant à la construction de la convention de la réglementation absente. L'activité du Conseil de la Concurrence permet de mettre en évidence ces passages de relais successifs. Le processus se déroule comme suit :



L'examen de notre base de données nous permet donc de dégager dans la dynamique du changement conventionnel une succession naturelle des saisines à l'origine du basculement conventionnel. Aux saisines de l'administration relatives à des dommages à l'économie,

succèdent les saisines des autorités de régulation et des associations professionnelles portant soit sur les dispositifs réglementaires encadrant le secteur, soit sur les dommages à l'ensemble des firmes concurrentielles de celui-ci. La dernière phase de la dynamique du changement conventionnel est portée par les saisines des concurrents des opérateurs historiques. La réglementation est alors complétée par le jeu de la jurisprudence à partir de dénonciation de dommages causés à des tiers. Cependant, il convient de bien insister sur la relative nouveauté de la convention de la réglementation absente et donc de la faible présence au 31 décembre 2001 de cette dernière étape du changement réglementaire. Les saisines contentieuses n'émanent qu'assez marginalement de nouveaux entrants ou de concurrents directs des anciens opérateurs monopolistiques. L'exemple de l'électricité est flagrant, les producteurs autonomes sont quasiment les seuls dénonciateurs d'EDF. Nous n'avons pas encore de saisines de Suez ou de concurrents étrangers opérant sur le territoire. Même dans le secteur des télécommunications, rares sont les saisines émanant de concurrents directs de France Télécom sur son marché principal. La libéralisation des services publics n'en est qu'à son début. Les nouveaux entrants n'ont pas encore eu le temps de faire valoir leurs droits devant le Conseil. La majeure partie des litiges porte sur les pratiques anticoncurrentielles de l'opérateur dominant pour consolider ses positions dans son marché d'origine et conquérir des parts dans des marchés connexes. Les litiges liés à l'accès des tiers au réseau sont encore marginaux en nombre.

#### **IV.3.4 L'électricité et les industries de réseaux sont-elles traitées comme des secteurs spécifiques ?**

L'objectif est de mesurer l'activité du Conseil afin de rapporter les décisions relatives à EDF à la moyenne des décisions (et avis) pris par le Conseil. Afin de partager entre les domaines services publics de réseau et construction électrique, deux référentiels seront successivement pris. Tout d'abord, on construira un premier référentiel relatif à l'ensemble des affaires. On mesurera le nombre d'affaires, leur issue et on calculera le taux de sanction et le montant moyen des sanctions pécuniaires. Les affaires relatives à la construction électrique seront comparées à ces valeurs moyennes. Pour les affaires relatives aux questions de réseau et de monopole public, on ramènera EDF à un référentiel constitué à partir de la base de données. Celui-ci comprendra par exemple, l'eau, le gaz, les télécommunications. On ramènera les

affaires EDF à cette première moyenne. Dans un second temps, on comparera cette base elle-même (EDF incluse) avec l'ensemble des affaires traitées.

Cette section vise à établir une comparaison entre l'ensemble de l'activité du Conseil de la Concurrence et notre corpus de décisions, avis et mesures conservatoires relatifs à l'électricité et aux industries de réseau.

#### - Distribution des saisines

Le premier tableau produit dans l'annexe 35 met en parallèle les saisines contentieuses et consultatives pour l'ensemble du Conseil de la concurrence et pour notre corpus d'actes. Dans un premier temps, notre objectif est de déterminer quelle est la part des industries de réseaux et des industries électriques par rapport à l'ensemble de l'activité du Conseil de la Concurrence. Nous essaierons de voir ensuite si le rapport entre saisines contentieuses et saisines consultatives est comparable entre la partie et l'ensemble et s'il connaît la même évolution.

L'examen de l'activité du Conseil de la concurrence et de la structure de celle-ci entre saisines contentieuses et saisines consultatives permet de mettre en évidence la nette croissance des litiges relatifs aux secteurs étudiés comparés à l'ensemble. Si le nombre moyen d'actes prononcés par le Conseil annuellement oscille entre 120 et 160 depuis 1991, le contentieux afférent à notre secteur est passé de 1 à 2 en affaires pour la période 1992 /1994, de 6 à 8 affaires en 1995/1997 et de 17 à 19 affaires pour la période 1998/2000. Bien qu'encore marginales, les affaires relatives à l'électricité et aux services publics connaissent une très forte croissance sur la seconde moitié des années quatre-vingt-dix dans un volume d'affaires constant. Cette croissance peut recevoir une double explication. D'une part, l'activité du Conseil dans le domaine est corrélée avec la volonté européenne de libéraliser les services publics non encore concernés par le basculement réglementaire qu'a connu les télécommunications. Des avis sont donc sollicités auprès du Conseil de la concurrence quant à l'organisation des secteurs concernés et aux modalités de transpositions des directives européennes. Nous avons vu que les avis concernant le secteur électrique s'étaient principalement distribués dans les années 1998 et 2000. Nous retrouvons ce pic pour nos secteurs avec respectivement les deux modes en matière d'avis (7 et 8). L'activité

contentieuse caractérisant notre échantillon connaît une brusque augmentation en 1998 et se maintient depuis à un niveau assez élevé (10 % du contentieux traité par le Conseil de la concurrence en 2000). Nous pouvons analyser cette tendance comme la marque du basculement du secteur des télécommunications dans la nouvelle convention de réglementation. Le processus de libéralisation du secteur a atteint son troisième temps, celui des saisines directes des firmes concurrentes de l'opérateur historique activant leurs droits face au Conseil de la concurrence. Aux litiges liés aux agissements de l'opérateur historique et aux problèmes d'accès des tiers au réseau dans les télécommunications, font écho les contentieux liés aux pratiques d'EDF, dénoncées comme des tentatives d'édification de barrières à l'entrée préalablement à l'ouverture totale du marché.

Le second tableau indique les ratios des différents correspondants aux secteurs électriques et aux autres industries de réseau par rapport à l'ensemble. Traduit en pourcentages, ce tableau permet de faire ressortir le net accroissement de la part de l'activité du Conseil de la concurrence imputable aux services publics de réseau. L'ouverture des télécommunications à la concurrence et la transition vers un marché de l'électricité concurrentiel se traduit par un quasi-triplement des contentieux. Ceci constitue à notre sens un indice tangible du passage des télécommunications dans la troisième phase du processus de changement réglementaire, celui de la mise en œuvre de la réglementation par l'action devant le Conseil. L'évolution des saisines contentieuses permet de mettre en évidence l'ajout au socle de 1 à 2 % d'affaires traitées par le Conseil en matière de cartels dans la construction électrique, de deux nouvelles catégories de contentieux liés aux services publics de réseau. L'inflexion de la stratégie d'EDF vis-à-vis des producteurs autonomes d'électricité marque une première rupture en 1995. La part du contentieux ressortissant de notre secteur s'établit durablement au-dessus de 3 %. Cette hausse s'explique par les demandes de mesures conservatoires destinées à obtenir du Conseil une injonction de poursuivre les enlèvements d'énergie aux conditions habituelles en attendant une saisine sur le fond quant aux éventuels changements dans les clauses contractuelles. A partir de 1999, les décisions et mesures conservatoires relatives aux réseaux et à l'électricité viennent s'établir au-dessus de 10 %. Les offres d'EDF et surtout de France Télécom, dénoncées comme anticoncurrentielles, expliquent ce triplement du contentieux.

L'étude des saisines consultatives fait ressortir encore plus nettement la croissance de l'activité de la Concurrence en matière d'ouverture à la concurrence des services publics de réseaux. Après un premier pic en 1987, correspondant à des avis portant sur la réglementation

des prix dans les secteurs où la concurrence n'existait pas<sup>620</sup>, les avis du Conseil connurent une hausse significative dès 1995. Cet accroissement correspond à l'accélération du processus de libéralisation des services publics au niveau européen et à la mise en place, en 1998, de l'Autorité de Régulation des Télécommunications. Les saisines consultatives gouvernementales correspondent souvent à des projets de transposition de directives européennes. Les demandes d'avis des autorités de régulation correspondent, elles, au fonctionnement normal de ces institutions, lesquelles doivent s'appuyer sur le Conseil de la concurrence. L'activité des autorités sectorielles contribuera sans doute à maintenir dans le futur la part de nos secteurs dans les saisines consultatives. La demande d'avis annuelle de l'ART sur les opérateurs exerçant une influence notable sur le marché des télécommunications (sur la base de l'article L36-7 du Code des Postes et des Télécommunications) constitue un bon exemple de cette activité. Notons en guise de conclusion, que cette évolution renforce notre conviction que le Conseil de la Concurrence est le lieu pertinent d'étude du processus de changement conventionnel en matière de réglementation des services publics. N'oublions pas que du fait de sa spécificité, le Conseil de la concurrence, tout comme la Cour de Justice des Communautés Européennes, est une institution exorbitante du droit commun. Ses avis normatifs ont une valeur quasi-réglementaire. Le fait que les services publics représentent près de 25 % de son activité en la matière atteste de la grille de lecture purement concurrentielle qui est plaquée sur les services publics de réseau dans le cadre de la nouvelle convention de réglementation.

Si nous considérons l'ensemble des avis, des décisions, des mesures conservatoires ressortissant de notre secteur, nous pouvons relever une croissance constante de la part de celles-ci dans l'activité du Conseil de la concurrence depuis 1995. La part des saisines relatives à l'électricité et aux services publics a été multipliée par neuf entre 1994 et 2000. La constance de cette croissance confirme à notre sens l'hypothèse d'une série de passages de relais dans le processus de changement réglementaire. Les engagements décalés des différents services publics dans le processus de libéralisation (télécommunications puis électricité) forment une sorte de "canon", dans lequel les différents stades d'avancée dans le processus se surajoutent. La phase 1 des télécommunications (les avis ministériels) s'est faite isolément au milieu des années quatre-vingt-dix. La phase 2 de la libéralisation de ce secteur (les saisines

---

<sup>620</sup> Dans le cadre de la convention de la réglementation extérieure, les tarifs de l'électricité, des chemins de fer et autres services publics de réseaux nécessitaient une réglementation dans la mesure où ils appartenaient au secteur non différencié. Ils étaient exclus du champ de l'ordonnance de 1986, comme l'attesta le Conseil pour les avis 87-A-04 (transports de voyageurs), 87-A-05 (autoroutes) et 87-A-08 (électricité).

de l'ART) s'est faite parallèlement à la phase 1 du secteur électrique. La nette hausse de la fin des années quatre-vingt-dix peut être lue comme la superposition de la phase 3 dans les télécommunications (application par les plaintes des concurrents), de la phase 2 dans l'électricité et de la phase 1 dans les autres services publics. Le tassement perceptible de la croissance de l'activité du Conseil de la concurrence relative à nos secteurs au début des années 2000 peut être interprétée comme étant la contrepartie d'un blocage "politique" des processus de libéralisation de certains secteurs tels le gaz, les chemins de fer et La Poste.

Lorsque nous considérons l'ensemble de l'activité du Conseil de la concurrence depuis 1992, le volume d'affaires traitées ainsi que la proportion entre actes contentieux et actes consultatifs apparaissent comme relativement stables. Tout au plus, peut-on noter que la part des saisines consultatives tend à augmenter avec le temps, ce qui atteste de l'importance de la production quasi-réglementaire du Conseil de la Concurrence. A l'inverse, lorsque nous nous attachons au secteur électrique et aux autres concessions de services publics, nous notons à nouveau une première augmentation de l'activité du Conseil en 1995 et l'atteinte d'un second palier en 1998. Nous pourrions presque considérer que l'activité relative à nos secteurs double une première fois en 1995 et une seconde fois en 1998. Plus importante encore est la répartition entre saisines consultatives et contentieuses. Avant 1994, les litiges ne concernent que la construction électrique, nous sommes dans la répression des ententes anticoncurrentielles. Aucun avis n'est prononcé. Le nombre des avis connaît un très net accroissement dès 1995 et 1996. Comme nous l'avons déjà souligné pour l'électricité, 1998 et 2000 paraissent les deux temps forts pour l'activité normative du Conseil en matière d'ouverture des services publics à la concurrence. Au niveau des décisions et mesures conservatoires, on peut relever un premier pic en 1995 et 1996 lié aux contentieux entre EDF et les producteurs autonomes. L'explosion des litiges entre 1998 et 2000 atteste du basculement de l'électricité et des télécommunications dans la nouvelle réglementation. Il ne s'agit que de pratiques "préventives" de la part d'EDF, mais France Télécom est, de son côté, pleinement engagée dans la troisième phase du processus de changement conventionnel.

- Analyse des saisines contentieuses

Nous pouvons comparer l'origine des saisines contentieuses pour l'ensemble de la base et pour notre corpus (voir annexe 35). Lorsque nous considérons l'ensemble de l'activité du Conseil, nous notons que la relative stabilité dans le temps du nombre de saisines contentieuses (autour de 80 à 110) cache en fait de profonds bouleversements de structure

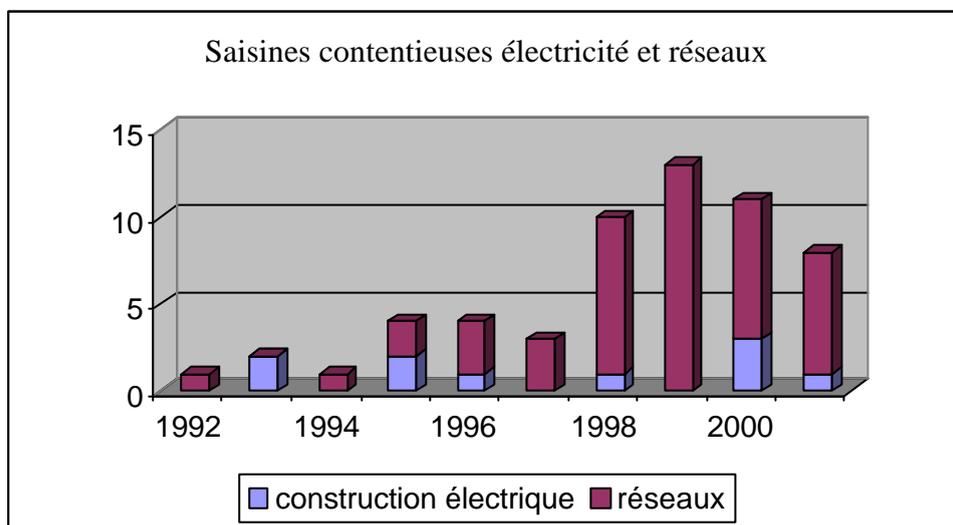
quant à l'origine des saisines. Alors que jusqu'en 1993 saisines ministérielles et saisines des entreprises s'équilibraient, le rapport est passé de 1 à 2 entre les saisines ministérielles et les saisines directes dès 1994. Sur la période 1999-2000, nous observons un rapport de 1 à 2 entre les saisines ministérielles et les saisines directes d'entreprises et un rapport de 1 à 3 entre les saisines ministérielles et l'ensemble des saisines directes. Nous avons donc une très nette appropriation par les entreprises des moyens d'action juridique que leur offre le Conseil de la concurrence. Au relatif désengagement de l'Etat, répond une stabilité des saisines des entreprises et une nette augmentation des actions des autres acteurs tels les associations professionnelles (10 à 12 % des saisines contentieuses depuis 1995), le Conseil de la concurrence, lui-même, via les auto-saisines et dans une moindre mesure les autres groupes d'intérêts constitués, tels les collectivités territoriales et les associations de consommateurs. Au final, l'origine des saisines contentieuses tend à mettre en évidence un retrait progressif de l'Etat dans l'activation du pouvoir juridictionnel du Conseil de la concurrence.

Pour notre seul corpus, nous pouvons mettre en exergue la nette augmentation des saisines contentieuses entre 1998 et 2000. A l'exception de l'année 1999 pour laquelle l'ensemble des saisines de notre corpus émanèrent de firmes privées (producteurs indépendants et concurrents de France Télécom), l'écart entre les saisines ministérielles et les saisines directes ne s'avère guère très important (3 contre 4 en 2001, 5 contre 5 en 2000 et 4 contre 6 en 1998). Nous pouvons noter que dans un grand nombre de cas les saisines ministérielles correspondent au secteur de la construction électrique. Les autres saisines ministérielles correspondent souvent à des barrières à l'entrée ou des stratégies de prédatons mises en œuvre par les opérateurs historiques dans le cadre de leurs diversifications. Notons la très faible part des auto saisines du Conseil de la concurrence dans notre domaine. Le Conseil n'est un élément moteur dans aucune des trois phases de notre processus de libéralisation.

L'examen du rapport existant entre les saisines contentieuses relatives à notre secteur et l'ensemble des saisines contentieuses déposées par un acteur donné met en lumière la grande variabilité quant à l'origine des saisines concernant notre secteur. Si le poids de l'électricité et des services publics de réseau a connu une augmentation considérable entre 1992 et 2000, les origines des saisines n'en sont pas moins diverses et fluctuantes.

Au niveau de la part occupée par nos secteurs par rapport à l'ensemble des saisines, nous pouvons mettre en évidence trois paliers qui attestent de la croissance du traitement des

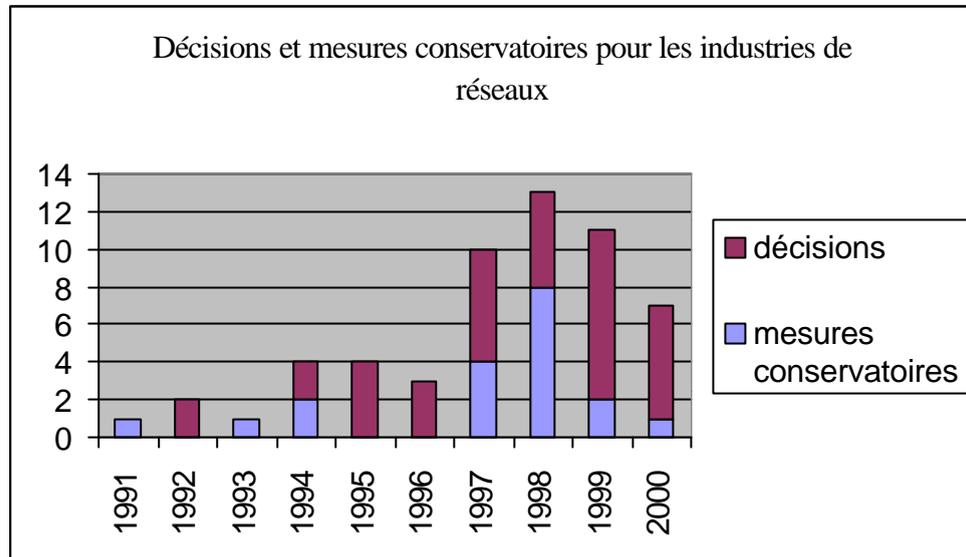
opérateurs de services publics par le Conseil de la concurrence. De 1992 à 1994, seulement 2 % des saisines contentieuses étaient relatives à nos secteurs. Cette part a doublé une première fois en 1995 pour approcher du seuil des 4 % qui fut le sien jusqu'en 1997. La part des saisines contentieuses liées à nos secteurs a connu dès 1998 une hausse considérable (près de 10 %) liée notamment à l'ouverture du secteur des télécommunications à la concurrence. L'électricité et les autres services publics de réseau représentent désormais pas moins de 12 à 15% des saisines contentieuses annuelles contre 1 %, il y a dix ans. Cette très forte croissance atteste de la mise en place des prescriptions normatives de la nouvelle économie des réseaux, les litiges liés à la construction électrique n'ayant pas augmenté entre temps.



Lorsque l'on s'attache à l'évolution de la part des saisines ministérielles et des saisines d'entreprises relatives aux services publics, il est possible de mettre en évidence la croissance relative des saisines émanant d'entreprises du secteur concurrentiel.

L'examen de la répartition des décisions entre celles qui ne donnent pas lieu à un jugement sur le fond et celles qui statuent quant à des demandes de mesures conservatoires tend à montrer que les affaires concernant les opérateurs de réseaux et le secteur de l'électricité se caractérisent relativement plus souvent que les entreprises du secteur différencié par des décisions sur le fond. Autre spécificité des entreprises de notre corpus, la part de mesures conservatoires est considérablement plus forte que pour l'ensemble de l'activité du Conseil de la concurrence. Les demandes de mesures conservatoires ont connu une première augmentation en 1994 quand EDF refusa de signer des contrats d'achat de l'énergie à des

conditions habituelles. La seconde hausse date de 1997 et 1998 et se rattache plus à la situation de la concurrence dans le domaine des télécommunications.

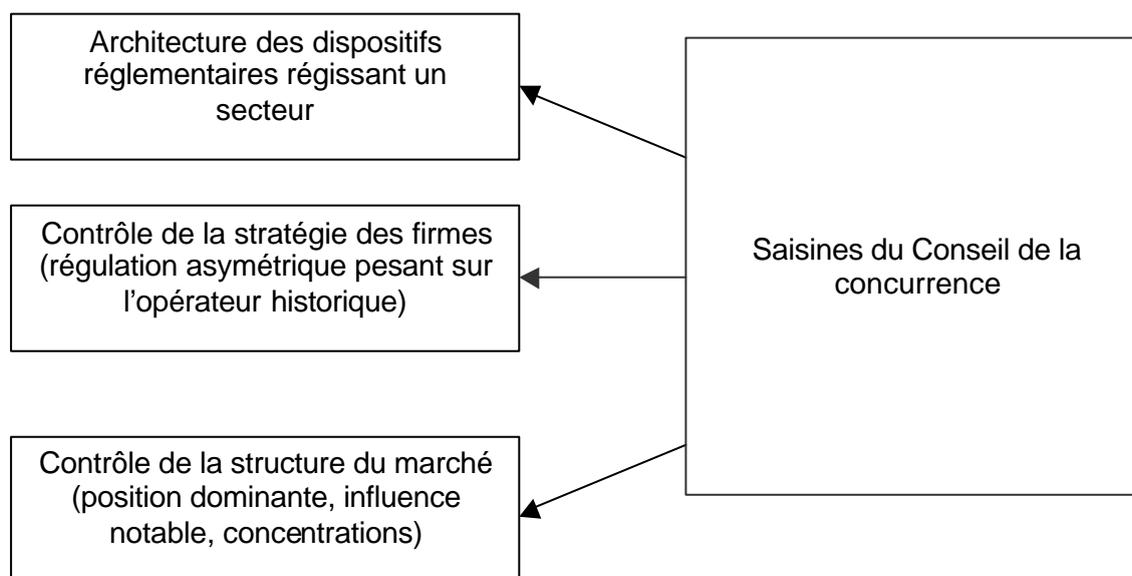


Lorsque nous considérons les seules entreprises du domaine de l'électricité et des télécommunications, nous pouvons à nouveau mettre en évidence l'existence de trois paliers dans l'activité du Conseil. Le premier palier correspond aux décisions ressortissant de l'ancienne convention de réglementation. Les litiges (moins de deux par an) concernent soit l'obligation d'achat soit des ententes anticoncurrentielles. De 1994 à 1996, on se rapproche de quatre litiges annuels. Il s'agit pour la première année de demande de mesures conservatoires de producteurs autonomes et pour les deux années suivantes de litiges relatifs aux diversifications et à cette même obligation d'achat. Un troisième palier est atteint en 1998 avec pas moins de 10 saisines contentieuses annuelles. Celles-ci se répartissent entre mesures conservatoires (en décroissance depuis 1998) et décisions *stricto sensu*. Les principaux secteurs concernés sont toujours l'électricité et les télécommunications, les deux seuls libéralisés.

#### - Etude des saisines consultatives

L'examen des articles servant aux fondements des avis sollicités auprès du Conseil de la concurrence (voir annexe 35) permet de mettre en évidence le poids croissant depuis 1997 des demandes d'avis reposant sur l'article 5. Les avis relatifs aux questions de concurrence sur un

secteur donné ont triplé depuis 1994 et ont doublé entre 1996 et 1997. Entre 1998 et 1999-2000, les avis sur la situation de la concurrence ont cru de 50 %. Cette part atteste de l'importance de la production normative du Conseil de la concurrence en matière de réglementation économique. Le Conseil tend donc à devenir (en partie du fait des saisines croisées entre les autorités régulation et le Conseil de la concurrence) l'un des lieux centraux de la régulation économique. Un autre point clé que nous pouvons noter est l'importance des saisines consultatives sur la base de l'article 38, instaurant le contrôle des opérations de concentration économique. L'action du conseil porte à la fois sur l'architecture des dispositifs réglementaires encadrant le marché et sur le contrôle de la structure concurrentielle des opérateurs intervenant sur celui-ci. Un troisième pôle de l'activité du Conseil émerge en 1997 avec la création de l'Autorité de Régulation des Télécommunications. Les autorités peuvent déposer deux types de demandes d'avis au Conseil. Les premières portent sur l'article 5 (architecture réglementaire). Les seconds traitent du contrôle de la stratégie de l'opérateur dominant. Le Conseil intervient donc à trois niveaux dans le marché.



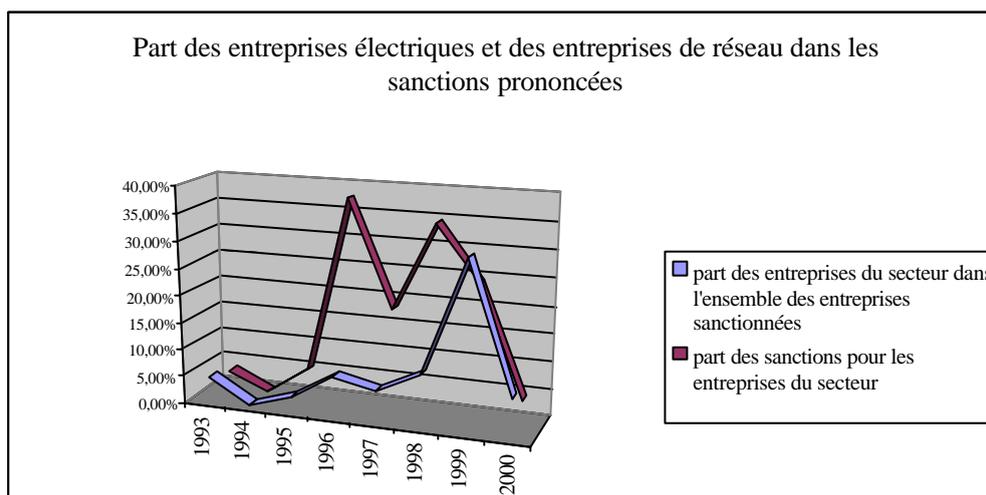
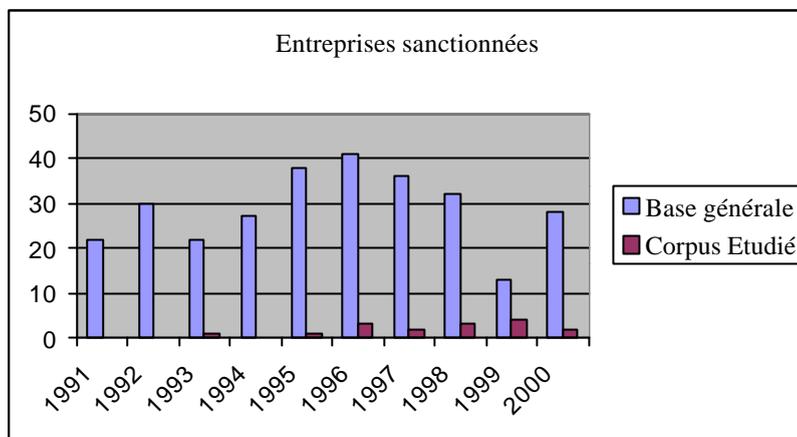
Lorsque nous considérons les origines des saisines consultatives correspondant à notre sous population, quatre traits saillants sont à relever. Le premier concerne la place très marginale de l'article 38. La diversification des opérateurs historiques ne se fait pas par croissance externe. Le rachat de Clemessy par EDF dans le domaine des services énergétiques, de l'ingénierie des systèmes et de la maintenance est l'exception qui confirme la règle. Autre particularité à mettre en exergue, les trois avis rendus en l'an 2000 sur les questions tarifaires.

Il s'agit d'une part des avis 2000-A-21 et 2001-A-01 (il est cependant rendu en 2000) relatifs aux tarifs d'interconnexion au réseau, et de l'avis 2000-A-20 relatifs aux tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles. Les deux premiers avis marquent le démantèlement "fonctionnel" des deux opérateurs de façon à ouvrir le réseau aux tiers. Ils marquent la "victoire" de la nouvelle convention de réglementation dans sa version la plus pure, celle de l'ATR réglementé, que nous avons discuté dans notre second chapitre. L'avis 2000-A-20 peut se concevoir comme une réminiscence de l'ancienne convention de réglementation ou comme la contrepartie de l'ouverture partielle du marché électrique français. Cet avis atteste en tout cas de la prégnance des affaires tarifaires dans la régulation du système électrique. Le troisième point à souligner est l'intervention depuis 1997 des avis sollicités par les autorités de régulation. Dernier élément à noter l'effritement progressif des avis sollicités sur la base de l'article 5, c'est-à-dire les questions générales de concurrence. Ceci pourrait attester d'une certaine pause dans le processus de libéralisation des services publics depuis le traitement du dossier de l'électricité en 1998. Le fait que le nombre global d'avis relatifs à nos secteurs soit peu ou prou en hausse montre que le relais des avis du ministère et de l'autorité de régulation quant aux structures du marché est pris par d'autres types d'avis notamment ceux sollicités par les autorités de régulation sur les pratiques de l'opérateur dominant.

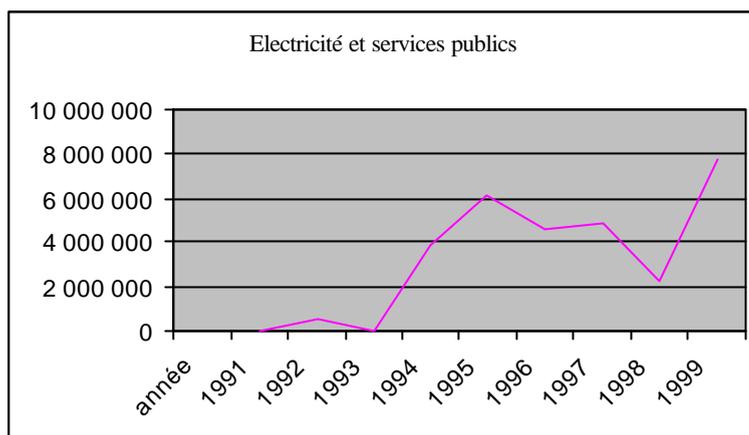
Nous pouvons aussi noter une croissance régulière des avis relatifs à nos secteurs entre 1994 et 1998. L'activité consultative du Conseil a donc connu deux modes en 1998 et en 2000. Ces deux modes peuvent être reliés aux deux grandes étapes du processus de libéralisation de l'électricité. L'année 1998 correspond à la préparation de la loi de transposition (98-A-05 et 98-A-22). L'année 2000 correspond à des avis relatifs aux dispositifs réglementaires à mettre en place pour encadrer la libéralisation du secteur (2000-A-03, 2000-A-20 et 2000-A-21).

#### - Distribution des sanctions pécuniaires

L'annexe 36 nous permet de confronter les sanctions pécuniaires relatives aux deux groupes. L'étude de la distribution des sanctions pécuniaires permet de ressortir une très légère baisse du nombre d'entreprises sanctionnées depuis 1996. A l'inverse, le montant des sanctions se caractérise par l'existence de deux pics en 1994 et en 2000. Notons que les sanctions sont relevées par la loi sur les nouvelles régulations économiques. Le nombre d'entreprises sanctionnées de notre échantillon ne connaît pas de très nets accroissements depuis 1996.

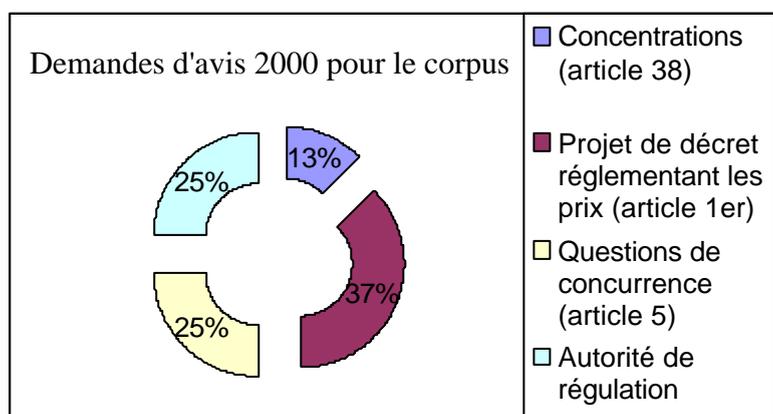


La part de nos entreprises dans les entreprises sanctionnées connaît des variations assez brusques, mais il apparaît néanmoins que le montant cumulé des sanctions infligés à nos secteurs connaît une hausse certes plus progressive, mais aussi relativement plus solide (sauf pour l'année 2000 atypique). La déconnexion entre la forte hausse des sanctions comparée à la faible augmentation des entreprises sanctionnées en 1996 et en 1998 est la preuve d'un durcissement des sanctions infligées aux entreprises de service public.



Le montant cumulé annuellement des sanctions pécuniaires infligées aux entreprises du secteur électrique et des autres services publics de réseau connaît une très forte hausse qui est masquée par la faible part des sanctions s'appliquant aux entreprises de nos secteurs. La hausse de ces sanctions est à mettre en parallèle avec les fortes condamnations pour abus de position dominante prononcées par le Conseil de la concurrence aux opérateurs de réseau dans le cadre de leurs diversifications. L'action de police économique du Conseil transparaît avec cette hausse des sanctions qui induit des montants annuels sans aucune commune mesure avec les sanctions précédemment infligées dans le secteur de la construction électrique. Le Conseil n'a plus donc seulement un rôle consultatif vis-à-vis de nos domaines, mais un rôle d'injonction (cessation des pratiques visant à consolider le monopole ou de fermer le réseau aux tiers) et de sanctions des pratiques des opérateurs publics jugées anticoncurrentielles.

En guise de conclusion de cette sous-section, nous pouvons revenir sur l'hypothèse d'un passage de relais que nous avons déjà évoquée quant aux voies de mobilisation du Conseil de la Concurrence.



Lorsque nous considérons les avis rendus en 2000 par le Conseil pour notre seul corpus, nous pouvons mettre en évidence les quatre voies consultatives par lesquelles le Conseil de la concurrence peut contribuer à la mutation de la réglementation des services publics de réseau. Les questions relatives à la situation de la concurrence dans un secteur (article 5), première phase de l'action normative du Conseil de la concurrence en matière de changement réglementaire, représentent encore le quart des avis de l'année 2000. Les demandes d'avis des autorités de régulations quant à l'ingénierie des dispositifs réglementaires visant à construire le marché et au contrôle des pratiques de l'opérateur dominant représentent un second quart. Près de quatre avis sur dix sont relatifs aux dispositions tarifaires rendues nécessaires par la nouvelle réglementation. Il convient de s'assurer du niveau des tarifs à appliqué au segment non ouvert à la concurrence (s'il était trop élevé EDF, se constituerait un trésor de guerre) et de l'abordabilité des tarifs d'accès au réseau. En d'autres termes, il s'agit de fixer les tarifs de telle sorte qu'ils rendent la disputabilité du marché possible. Le quatrième type d'avis vise lui aussi à permettre l'établissement d'une réelle concurrence en vérifiant si la politique d'acquisition d'EDF ne va pas permettre à celle-ci d'acquérir un avantage irrémédiable vis-à-vis des nouveaux entrants.

Ces quatre voies seront suivies comme nous l'avons vu d'un passage de relais aux saisines contentieuses des firmes du secteur concurrentiels. Ce passage de relais se fait par des demandes de mesures conservatoires, dans une première phase. Celles-ci portent d'abord sur la suspension des offres de l'opérateur historique dont on peut considérer qu'elles ne sont rendues possibles que par le contrôle de l'infrastructure essentielle. Elles concernent ensuite les conditions de l'accès des tiers au réseau. Enfin des dénonciations en vue de la condamnation des pratiques prendront le relais de ces mesures d'urgence. Ces facteurs, que nous avons mis en relief à partir de la comparaison des affaires relatives à notre corpus par rapport à l'ensemble de l'activité du Conseil de la concurrence, nous permettent donc de dégager une esquisse d'un modèle de changement de convention de réglementation. L'étude de notre corpus à travers une analyse en composantes principales et une analyse lexicale nous permettra de préciser les caractéristiques de cette dynamique du changement conventionnel.

## **IV.4 Analyse en composantes principales du corpus d’avis, de décisions et de mesures conservatoires du Conseil de la Concurrence sur la réglementation de l’électricité et des services publics.**

Nous nous proposons de réaliser une analyse en composantes principales sur la base de données constituée par l’ensemble des actes juridiques du Conseil de la Concurrence dans le domaine des utilités. Afin d’apprécier à la fois la spécificité et la similitude du secteur électrique comparé à l’ensemble des autres services publics, nous réaliserons deux analyses en composantes principales (ACP) distinctes. La première portera sur l’ensemble de notre échantillon (94 individus) et visera à déterminer le “positionnement” théorique, juridique et historique de l’électricité face à l’ensemble des services publics. La seconde étude ne portera que sur une extraction de cet échantillon, regroupant les seuls actes juridiques relatifs au secteur électrique. Bien que la faible taille de cet échantillon (34 individus) limite la validité de nos conclusions au point de vue statistique, cette seconde ACP nous permettra d’affiner notre analyse au secteur qui nous concerne au premier chef. Ainsi nous disposerons de données synthétiques quant au positionnement relatif du secteur électrique et quant à sa structuration interne, étudiée plus finement. Nous envisagerons successivement l’analyse portant sur l’ensemble de notre base et l’étude sur la seule sous-population électrique. Enfin nous tirerons une conclusion commune à ces deux analyses.

### **IV.4.1 Analyse de l’ensemble des actes du Conseil relatifs à l’électricité et aux services publics. Une comparaison intersectorielle**

Afin de réaliser une analyse en composantes principales<sup>621</sup>, visant à dégager les principales caractéristiques de la base de données regroupant les avis, décisions et mesures conservatoires du Conseil de la Concurrence, nous avons procédé à certains retraitements. Les modalités dégagées de l’analyse des actes juridiques étant de nature qualitative, il était nécessaire de transformer celles-ci en données quantitatives afin de procéder à l’ACP. Pour ce, nous avons sélectionné les principales variables et nous avons codé les diverses modalités possibles sous

---

<sup>621</sup> Dont la méthode est présentée en annexe 37.

forme de données binaires de type 0/1. Notre annexe 38 présente le traitement appliqué aux variables.

Notre annexe 39 détaille les principaux résultats obtenus de notre ACP réalisée sur l'ensemble du corpus. Le tableau résultant du codage est reproduit en annexe. Il a fait l'objet d'une analyse en composantes principales. Le logiciel statistique « STATLAB » a été utilisé.

#### Analyse sur l'ensemble de la base

Pour l'ensemble du corpus, nous avons dégagé cinq valeurs propres lesquelles expliquent quelque 81 % de l'information contenue dans l'échantillon. L'analyse en composantes principales permet de définir un dendrogramme définissant la proximité des individus en fonction des cinq axes explicatifs retenus. La définition des proximités des actes juridiques permet de les classer dans des ensembles homogènes. Il nous est alors possible de chercher des traits communs permettant de définir ce qui lie les actes appartenant à un même ensemble et ce qui sépare les divers groupes.

Il s'agira donc d'un essai de définition de la signification de chacune des classes, sous-classes et sous-ensembles donnés par le dendrogramme fourni en annexe. Il convient de noter que plus deux actes sont proches dans le dendrogramme, plus leurs caractéristiques sont comparables. En d'autres termes, lorsqu'un ensemble d'actes juridiques se constitue avant de confluer vers le tronc commun, cela signifie qu'ils forment un groupe logiquement homogène. Plus vite deux ensembles convergent, plus leur proximité logique est forte. Autrement dit, les actes juridiques sont classés par proximité décroissante.

La classification donnée par l'analyse en composantes principales selon les cinq axes les plus significatifs permet de dégager cinq classes distinctes dans notre corpus, classes que nous nous proposons de définir.

1. Pratiques anticoncurrentielles de l'opérateur dominant pour s'implanter dans des marchés avals ou pour restreindre la pression concurrentielle.

Cette classe peut elle-même se subdiviser en deux sous-classes distinctes. La sous-classe 1.1 relative à des pratiques anticoncurrentielles du détenteur de l'infrastructure essentielle visant à se diversifier ou à réduire la disputabilité du marché. La sous-classe 1.2 correspond à ces mêmes pratiques mais celles-ci prennent place dans un contexte déjà concurrentiel dans lequel il s'agit d'entraver le développement de nouveaux compétiteurs.

*1.1 Pratiques anti-concurrentielles de l'opérateur permises par l'avantage que confère le contrôle de l'infrastructure afin de se diversifier ou de limiter la pression concurrentielle.*

1.1.1 Pratiques anticoncurrentielles de l'entreprise détentrice de l'infrastructure essentielle notamment dans le cadre de ses diversifications en aval.

Il s'agit de décisions liées aux pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par le détenteur de l'infrastructure essentielle dans le cadre d'opérations de diversification et de limitation de la concurrence, notamment sur les marchés aval. Les initiatives de diversification (cas d'EDF avec Citélum et de la SEM Gaz et Electricité de Grenoble et ses filiales) sont financées via des subventions croisées et appuyées sur les segments monopolistiques. Le secteur le plus représenté est celui de l'électricité mais deux litiges viennent du secteur de l'eau et de la gestion d'infrastructures publiques (en l'occurrence un hélicoptère). Deux décisions paraissent être plus difficilement interprétables de prime abord. Il s'agit de la décision 93-D-15, relative aux pratiques d'EDF dans un marché d'équipement électrique et de la décision 87-D-24 concernant le secteur de l'eau. La décision 93-D-15 est relative à une accusation de mise en œuvre de pratiques prédatrices par EDF via une de ses filiales, SDF sécurité. Elle s'intègre donc dans l'ensemble des cas de concurrence déloyale liés à une "violation" du principe de spécialité. La présence de la décision 87-D-24 est la plus difficile à expliquer. Cependant, il convient de noter que les litiges autour de la diversification de la SEM Electricité et Gaz de Grenoble et d'EDF via sa filiale Citélum font suite à des dénonciations au titre de l'article 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 mais aussi de l'article 7, réprimant les ententes anticoncurrentielles. La présence de deux décisions relatives à des cartels (tout en ayant une double nature) peut expliquer que la décision 87-D-24 se rattache à ce sous-groupe. N'oublions pas, néanmoins, que nos cinq axes n'expliquent que 81 % de la distribution et que la décision en cause peut être expliquée par les axes non retenus.

### 1.1.2 Abus de position dominante de l'opérateur via l'exploitation des avantages que lui confère le contrôle de l'infrastructure

Il s'agit d'un ensemble de décisions relatives à des pratiques de l'opérateur de réseau visant à limiter la concurrence. Ce sous-ensemble regroupe les abus de position dominante mis en œuvre en s'appuyant sur les avantages que confère l'exploitation du réseau. La multiplicité des secteurs concernés atteste de problématiques communes à l'ensemble des délégataires de concession de service public. Pas moins de trois services publics de réseau distincts sont à la base de sa création. Il s'agit des télécommunications, de l'audiovisuel (le câble) et de façon plus surprenante de l'eau. Les changements ou les situations de marché à l'origine des saisines ne correspondent pas simplement à de nouvelles offres de l'opérateur mais se rattachent aussi à des problèmes de discrimination dans l'accès à l'infrastructure essentielle. Les saisines n'émanent plus seulement d'entreprises concurrentes, mais sont portées par le ministre, des organisations professionnelles voire des collectivités locales (bien qu'il s'agisse ici du cas – atypique – de l'eau).

### 1.1.3 Abus de position dominante d'EDF visant à exclure la concurrence d'un marché aval

Les deux décisions constitutives de cette classe correspondent à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par l'opérateur (en l'occurrence EDF) sur des marchés aval afin de limiter la concurrence potentielle pouvant à terme s'exercer sur ceux-ci.

## *1.2 Pratiques anticoncurrentielles de l'opérateur public visant à entraver le développement de nouveaux compétiteurs*

### 1.2.1 Abus de position dominante de France Télécom pour entraver le développement des nouveaux entrants

Il s'agit de décisions faisant suite à des saisines de concurrents de France Télécom. L'opérateur historique est accusé d'abus de position dominante. Les dénonciations émanent

de nouveaux entrants (Bouygues, Cegetel, Cristal téléphonie, 9 Télécom, Wappup.com) ou sont relatives aux pratiques mises en œuvre par France Télécom ou ses filiales dans le secteur des annuaires et des listes d'abonnés.

1.2.2 Pratiques concertées de deux groupes publics visant à exclure de nouveaux concurrents du marché.

Ces deux décisions appartiennent à des secteurs différents, à savoir les télécommunications et la gestion d'infrastructures publiques. Elles se rapprochent néanmoins par le fait qu'il s'agit d'un abus de position dominante de la firme publique visant à entraver le développement d'un concurrent privé (article 8) doublé d'une entente (article 7) avec une autre entreprise publique (Aéroports de Paris et Air France d'un côté, France Télécom et Transpac de l'autre) pour parvenir à cette fin.

2. Litiges liés à des ententes entre firmes de construction électromécanique dans le cadre d'appels d'offres d'EDF ou de marchés d'électrification rurale

La classe 2 est relative aux litiges liés à des ententes entre firmes de construction électromécanique dans le cadre d'appels d'offres d'EDF ou de marchés d'électrification rurale. Les cartels dans le domaine de l'électrification rurale et dans les appels d'offres d'EDF sont mêlés au sein d'une même classe dans la mesure où les ressorts juridiques des affaires sont en tout point identiques. Il s'agit d'ententes (article 7) mises en œuvre par des firmes de construction électrique dans le cadre de marchés publics. La saisine émane du ministre et débouche très souvent sur le paiement de sanctions pécuniaires.

3. Dénonciations d'abus de position dominante à l'encontre du détenteur de l'infrastructure essentielle

Cette classe est formée par les dénonciations d'abus de position dominante à l'encontre du détenteur de l'infrastructure essentielle. Qu'il s'agisse des producteurs autonomes dans le cas d'EDF ou des nouveaux entrants dans le cas de France Télécom, les dénonciateurs arguent d'une stratégie de l'opérateur historique tendant à les évincer du marché. La classe 3 recouvre trois sous classes. La première recouvre le contentieux lié à l'obligation d'achat d'EDF. La

sous-classe 3.2 regroupe plus spécifiquement des demandes de mesures conservatoires survenues dans le secteur du câble et des réseaux de télécommunications. La sous-classe 3.3 rassemble des demandes de mesures conservatoires dans le secteur de l'Internet.

### *3.1 Contentieux lié à l'obligation d'achat d'EDF*

#### *3.1.1 Décisions relatives à l'obligation d'achat d'EDF*

Il s'agit de l'ensemble des décisions relatives aux litiges liés à l'obligation d'achat d'EDF vis-à-vis de l'énergie produite par les producteurs indépendants d'électricité.

#### *3.1.2 Mesures conservatoires liées à l'obligation d'achat d'EDF*

Les demandes de mesures conservatoires des producteurs autonomes quant à l'obligation d'achat d'EDF sont regroupées dans cet ensemble.

### *3.2 Demandes de mesures conservatoires à l'encontre de France Télécom émanant de firmes opérant dans les secteurs de l'audiovisuel et des réseaux.*

Une seule demande de mesures conservatoires appartenant à cette classe paraît atypique, il s'agit de la demande 98-MC-02 à l'encontre de Suez dans le secteur de l'eau. Sa présence s'explique peut être par les axes non retenus dans l'analyse.

### *3.3 Mesures conservatoires demandées par des concurrents de France Télécom suite à de nouvelles offres de celle-ci dans le domaine des télécommunications et de l'Internet.*

L'originalité de cette sous-classe par rapport à la précédente tient au fait que toutes les demandes de mesures conservatoires émanent de nouveaux entrants sur le marché des télécommunications réclamant la suspension de nouvelles offres de France Télécom qu'elles tiennent comme contrevenant aux articles 8 et 10 de l'ordonnance de 1986. La classe regroupe donc les offres que les concurrents de France Télécom considèrent ne pouvoir offrir eux-mêmes. Leur contenu technologique et les conditions financières associées leur apparaissent comme étant liés à la détention d'un avantage non concurrentiel.

#### 4. Avis sur la réglementation des entreprises de service public et sur leur libéralisation

La classe 4 recouvre trois sous classes. La première porte sur les tarifs et les pratiques des entreprises publiques dans le cadre d'une réglementation donnée. La seconde sous-classe porte sur les avis sur la régulation sectorielle des télécommunications et des autres secteurs. La troisième sous-classe regroupe des avis sur la régulation du secteur électrique.

*4.1 Avis sur les tarifs et les pratiques des entreprises publiques dans le cadre d'une réglementation donnée.*

##### 4.1.1 Contentieux lié aux collectivités locales et aux délégations de service public

Ce sous-ensemble regroupe deux actes juridiques liés à des abus de position dominante ou à des ententes dans le cadre de délégations de services publics et d'intervention des collectivités territoriales dans le développement des réseaux.

##### 4.1.2. Avis sur les tarifs et les pratiques des entreprises publiques non encore soumises à la concurrence

Ce sous-ensemble regroupe les avis relatifs aux tarifs de services publics non encore soumis à une libéralisation complète (chemins de fer,...) et à la coexistence d'activités monopolistiques et concurrentielles au sein de ces entreprises. Un avis concerne les diversifications de la RATP dans les escaliers mécaniques et le second les services financiers de la poste. Il s'agit donc d'une classe relative aux tarifs des monopoles publics (règles de fixation, affectation des surplus...).

##### 4.1.3 Avis sur la structure et la stratégie de France Télécom dans le cadre de la nouvelle régulation du secteur.

Il s'agit d'avis relatifs aux règles applicables à France Télécom dans la phase de libéralisation du marché. Cet encadrement porte sur la tarification de l'accès des tiers à son réseau (2001-A-01), sur les clauses-types de son cahier des charges (96-A-15) et sur la coexistence d'activités

monopolistiques et concurrentielles en son sein. Cette dernière question rapproche ce sous-ensemble du précédent.

#### *4.2 Avis sur la régulation sectorielle des télécommunications et des autres secteurs*

4.2.1 Avis sur les conditions de concurrence dans les secteurs non encore affectés par le changement de réglementation.

Les avis intégrés dans ce premier sous-ensemble demeurent très proches des avis rassemblés dans la sous-classe 4.1. Il s'agit d'avis en réponse à des questions ministérielles ou parlementaires quant à la régulation de secteurs n'ayant pas encore connu un basculement de régulation. Les questions abordées traitent de la coexistence de segments monopolistiques et concurrentiels (cas de la SNCF et des services bancaires) ou de la réglementation générale de secteurs tels le gaz et l'électricité. La diversité des secteurs constitutifs de cette classe provient en grande partie du fait que seules les variables les plus significatives ont été retenues dans notre analyse en composantes principales et que nous n'avons retenu que les axes les plus significatifs. D'une part nous avons exclu les variables de secteur hors de l'électricité, de la construction électrique et des télécommunications ; d'autre part les cinq axes retenus n'expliquent que 81 % de l'information.

4.2.2 Avis sur la régulation et les offres de France Télécom

Ce sous-ensemble regroupe deux avis relatifs au cadre réglementaire général applicable à France Télécom et deux avis concernant ses degrés de liberté stratégiques en terme d'offres de fidélisation de la clientèle. Ce qui peut rapprocher ces quatre avis peut venir du fait qu'il s'agit de demandes ministérielles.

#### *4.3 Avis sur la régulation du secteur électrique*

4.3.1 Avis sur l'accompagnement du basculement de réglementation du secteur électrique en matière tarifaire et stratégique.

Ce sous-ensemble rassemble les avis portés sur l'encadrement des tarifs d'EDF dans le cadre du basculement réglementaire. Un premier avis s'attache à la politique générale de l'entreprise en matière de tarification, un second aux tarifs applicables aux clients non-éligibles et un troisième aux tarifs d'interconnexion. L'avis 87-A-08 semble faire exception, dans la mesure où il appartient à la précédente convention de réglementation. Il convient de souligner qu'il ne s'agit que d'une courte démonstration aboutissant à la nécessité de réglementer les tarifs de vente de l'électricité. A ce titre, il se rapproche de l'avis 2000-A-20. Quant à l'avis 2000-A-03, concernant le rachat d'une PME spécialisée dans les services énergétiques, il se rattache à ce sous-ensemble et non au suivant (cf. infra) dans la mesure où il s'inscrit dans le cadre de la nouvelle réglementation et non dans celui de la précédente. Cet avis traite de la diversification d'une firme publique dans un marché partiellement ouvert à la concurrence et ne mobilise donc pas le raisonnement sur le principe de spécialité. La problématique des subventions croisées cède le pas devant celle de l'édification de barrières à l'entrée.

4.3.2 Avis sur la diversification d'EDF dans le cadre de la précédente réglementation et sur la transposition de la directive libéralisant le secteur.

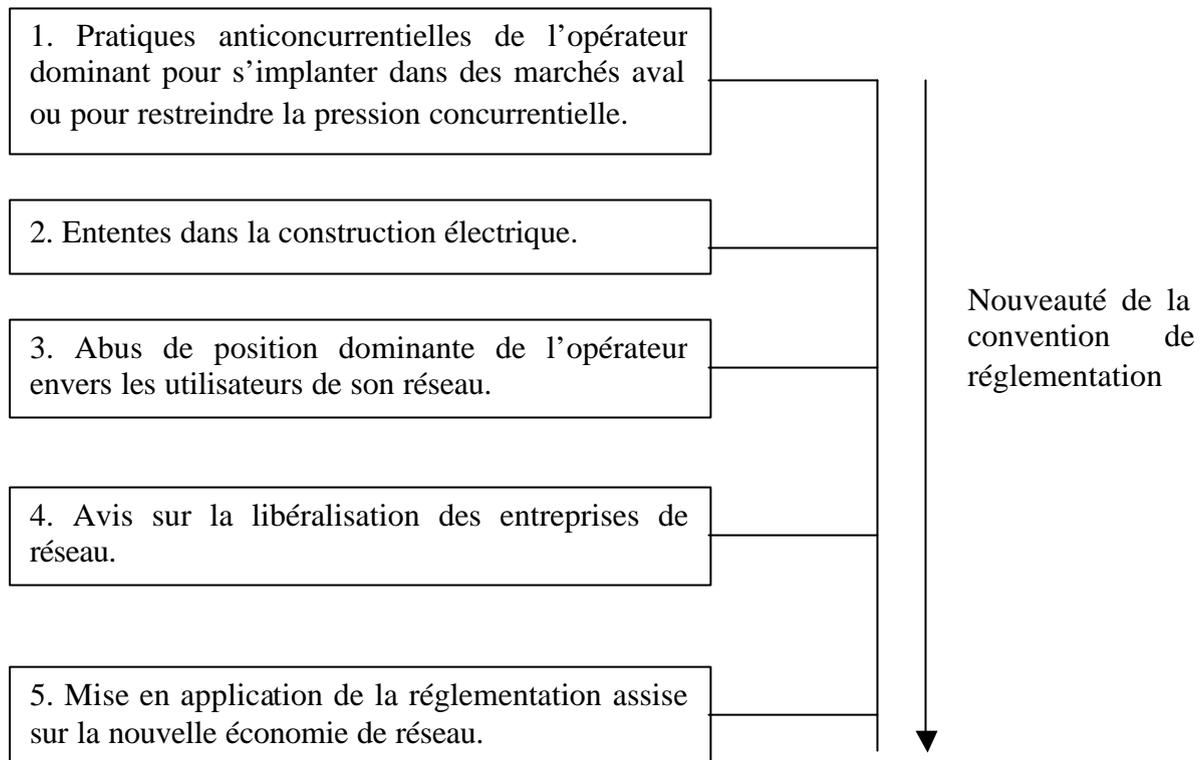
Les avis constitutifs de cette classe recouvrent les diversifications d'EDF dans le cadre de la précédente convention de réglementation (mobilisation du principe de spécialité et accent sur le risque de subventions croisées) et le premier avis relatif à la transposition de la directive européenne. Ce sous-ensemble se situe donc en « amont » du précédent.

## 5. Avis sur l'implémentation de la nouvelle convention de réglementation

La classe 5 rassemble principalement des avis liés à l'implémentation du nouveau cadre réglementaire au secteur des télécommunications. La présence d'un avis relatif à *l'unbundling* imposé par la directive européenne à EDF semble attester à notre sens que la même logique s'impose à l'électricité et aux télécommunications. Le décalage entre les deux secteurs est donc de nature chronologique, peut-être politique mais sûrement pas "conventionnel" ou logique. Notons que les avis récurrents formulés au titre de l'article L.36-7 du Code des postes et télécommunications répondent à des demandes annuelles de l'ART demandant au conseil de la concurrence d'indiquer quels sont les opérateurs titulaires d'une influence notable sur le marché.

L'identification des classes étant réalisée, nous nous proposons de présenter celles-ci dans le détail et de nous attacher plus particulièrement à celles qui nous semblent les plus riches en matière de compréhension du changement réglementaire.

## á. Présentation des classes



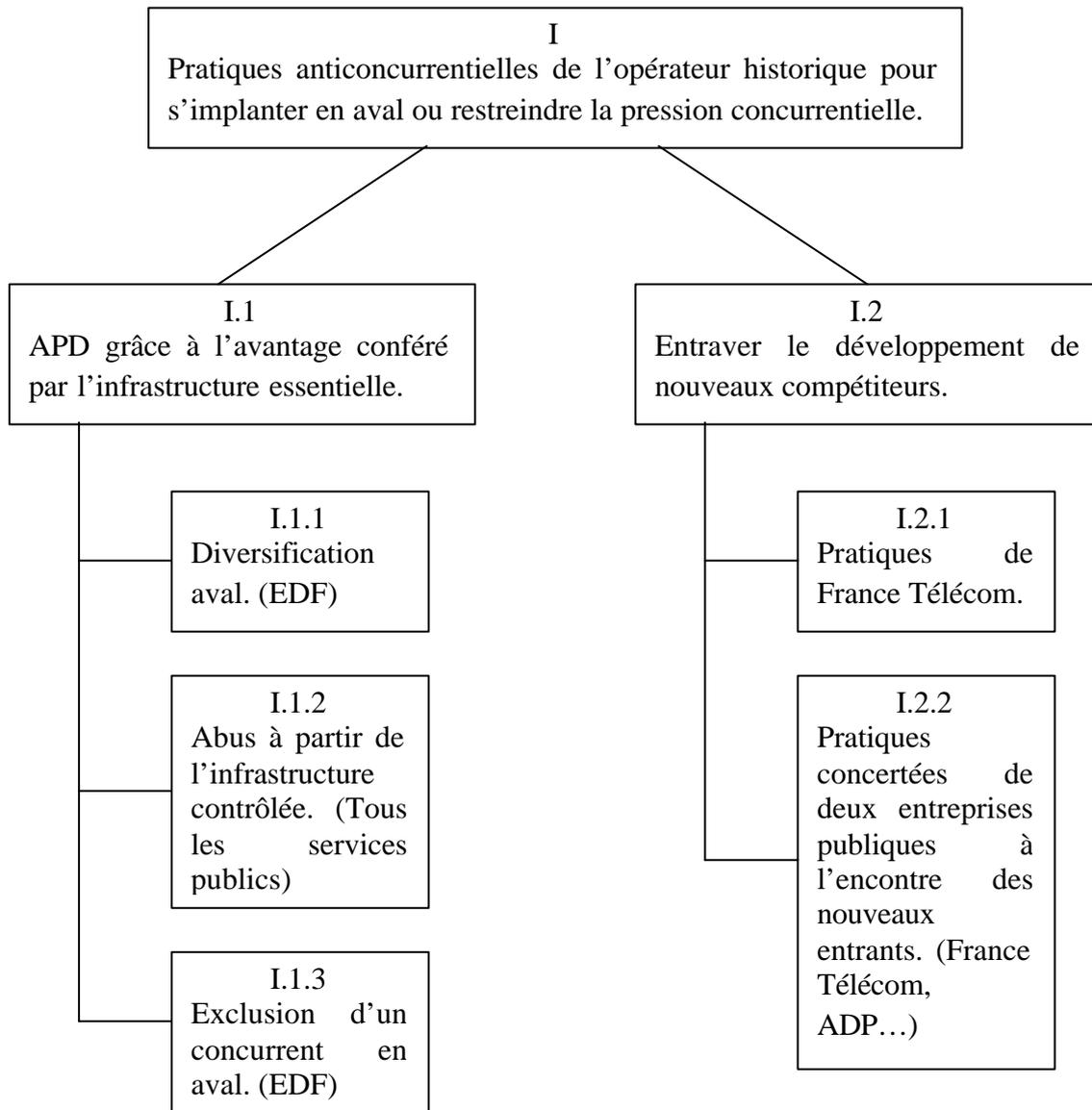
Nous avons repris les principales classes déduites du dendrogramme. L'analyse en composantes principales nous permet donc de distinguer cinq grandes classes constitutives de notre corpus. La seconde classe appartient à la sphère de la répression des ententes anticoncurrentielles, notamment dans le domaine des appels d'offres d'EDF et dans le cadre de l'électrification rurale. Il s'agit d'une classe atypique dans la mesure où c'est la seule qui n'appartient pas directement aux services publics de réseau. Si l'on s'écarte de cette classe pour étudier plus précisément le secteur "non-différencié", la succession des classes peut s'expliquer par la prégnance de la dimension du changement réglementaire. La première classe se rattache notamment à la question du principe de spécialité et au risque de mise en œuvre de subventions croisées entre les segments monopolistiques et concurrentiels. Les litiges compris dans cette classe peuvent logiquement trouver place dans la convention de réglementation initiale voire dans toute convention suivante. La troisième classe est axée sur les abus de position dominante de l'opérateur de réseau et du problème de l'accès des tiers au

réseau. La réglementation est ici une réglementation “absente”. Les deux dernières classes portent, elles, sur le changement de convention de réglementation stricto sensu.

La classe 4 traite des divers avis successifs quant à la réglementation sectorielle et à l’encadrement des pratiques des firmes. Nous sommes dans la sphère des dommages à l’économie. Les pouvoirs publics sont, dans une première étape, l’élément moteur du basculement conventionnel. La question de base est alors celle de la réglementation optimale du secteur. L’avis du Conseil porte sur la structure du secteur et le dispositif institutionnel l’encadrant. Il s’agit de fixer les règles du jeu. Dans un second temps, les demandes d’avis émanent des autorités de régulation. Elles interrogent le Conseil de la concurrence quant à la conformité des règles qu’elle édicte avec le cadre institutionnel déterminé par les pouvoirs publics. Un second type de demande d’avis vient ensuite. Il porte sur l’appréciation des agissements de l’opérateur anciennement monopoliste. Ces avis ne traitent plus de la structure du marché, mais des stratégies des firmes.

Au terme de cette phase de changement conventionnel appuyé sur les avis du Conseil, vient une phase de mise en application du nouveau cadre via les saisines directes des entreprises directes du secteur. Le changement de convention de réglementation passe alors par la mise en œuvre des textes. Il s’agit de notre cinquième classe. La mise en œuvre de la nouvelle réglementation passe dans cette phase finale par des saisines contentieuses d’entreprises privées, nouvelles entrantes sur le marché, s’estimant injustement lésées par la stratégie de l’opérateur dominant. La dernière phase de construction de la réglementation passe par la notion de dommage à des tiers. Les acteurs économiques en activant leurs droits vont par le jeu de la jurisprudence achever de construire le cadre réglementaire.

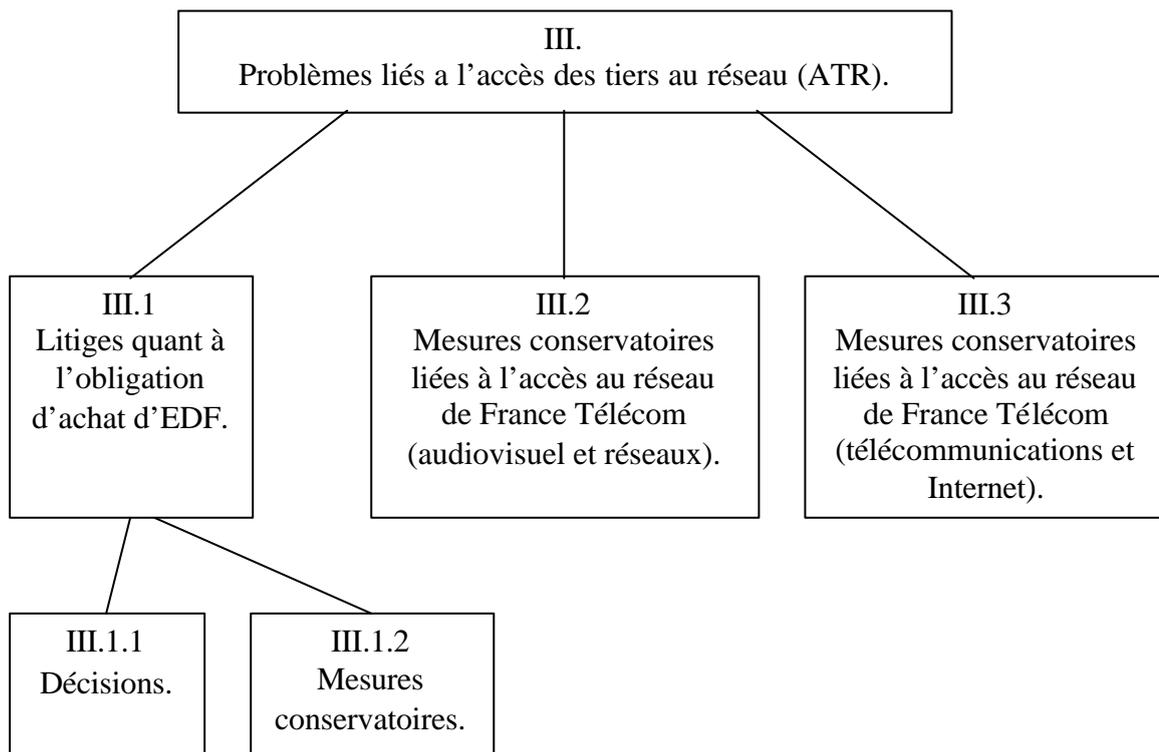
â. Etude détaillée de la classe 1



La première classe est relative aux pratiques mises en œuvre par l'opérateur de l'infrastructure essentielle qui s'appuient sur les avantages que confèrent celle-ci pour s'implanter sur des marchés aval et entraver le développement de concurrents potentiels. Cette classe se divise en deux sous-classes. La première concerne principalement EDF (et de façon accessoire les autres services publics). Il s'agit notamment des diversifications entreprises par la firme en

aval du compteur s'appuyant sur la mise en œuvre de subventions croisées. En d'autres termes, ce sont les rentes de monopole qui permettent de financer d'éventuelles pertes sur des marchés concurrentiels. Nous ne sommes pas loin de la notion de prédation (article 10-1 de l'ordonnance de 1986). Une seconde question liée à ces diversifications apparaît dans le sous-ensemble I.1.3. Il s'agit alors d'exclure du marché des firmes opérant dans un marché aval. La notion de prédation est alors pleinement pertinente. La sous-classe I.2 reprend un schéma très proche mais se rattache principalement au cas de France Télécom. Le premier sous-ensemble regroupe des pratiques visant à ériger des barrières pour les nouveaux entrants. Le second regroupe une décision relative à France Télécom et une décision concernant Aéroports de Paris. Il s'agit d'ententes de firmes publiques (opérateurs et gestionnaire de l'infrastructure) s'accordant pour exclure du marché un nouvel entrant dans le segment concurrentiel.

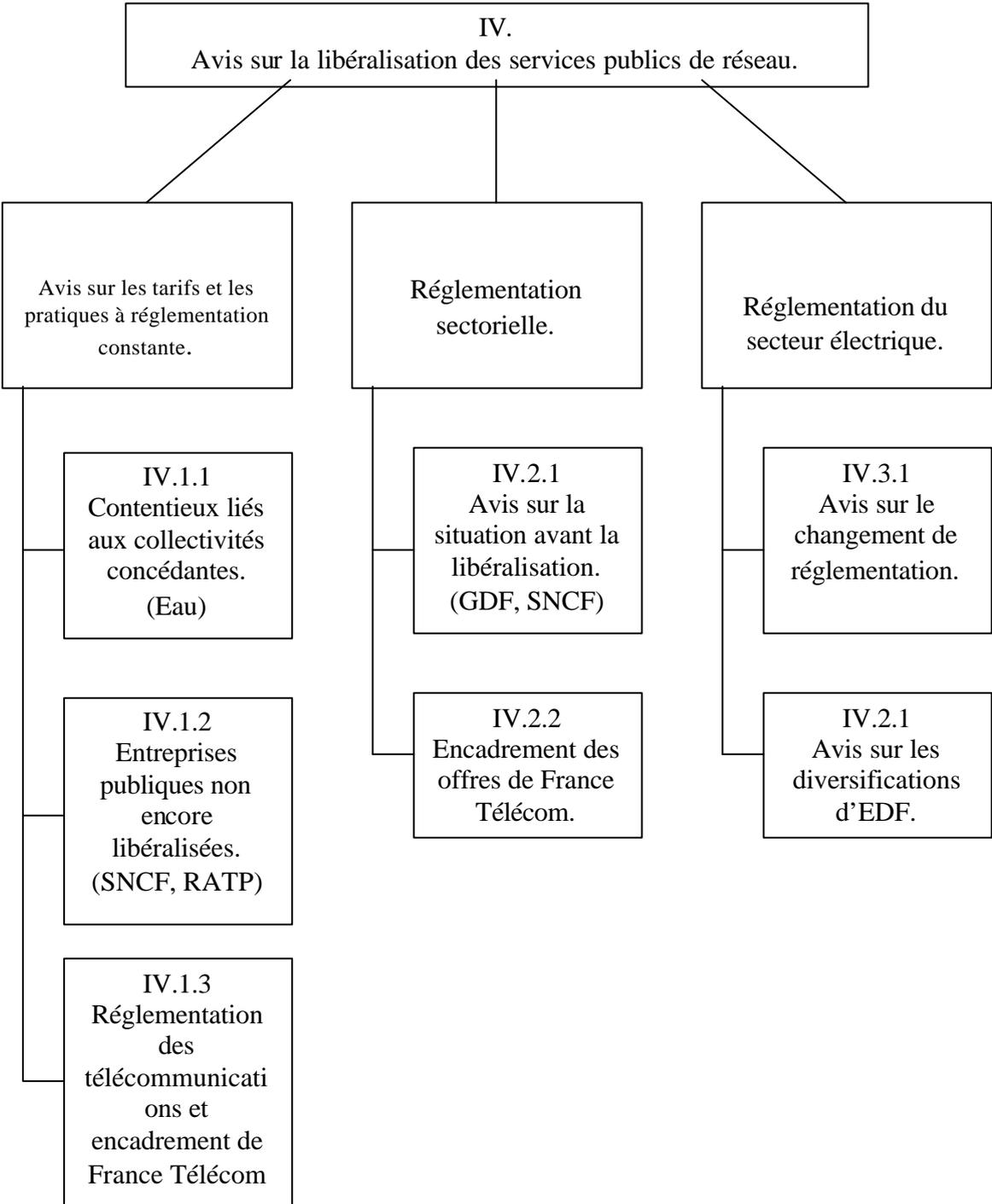
### ã. Présentation de la classe 3



La troisième classe regroupe les saisines contentieuses d'entreprises devant utiliser le réseau du monopole national. Le litige porte alors sur les conditions d'accès des tiers au réseau. Le contentieux lié à l'obligation d'achat d'EDF apparaît aux côtés des litiges opposant France

Télécom et ses nouveaux concurrents. Ceci atteste de la convergence progressive de la question des relations avec les producteurs autonomes d'électricité avec la problématique des barrières à l'entrée.

ä. Analyse de la classe 4



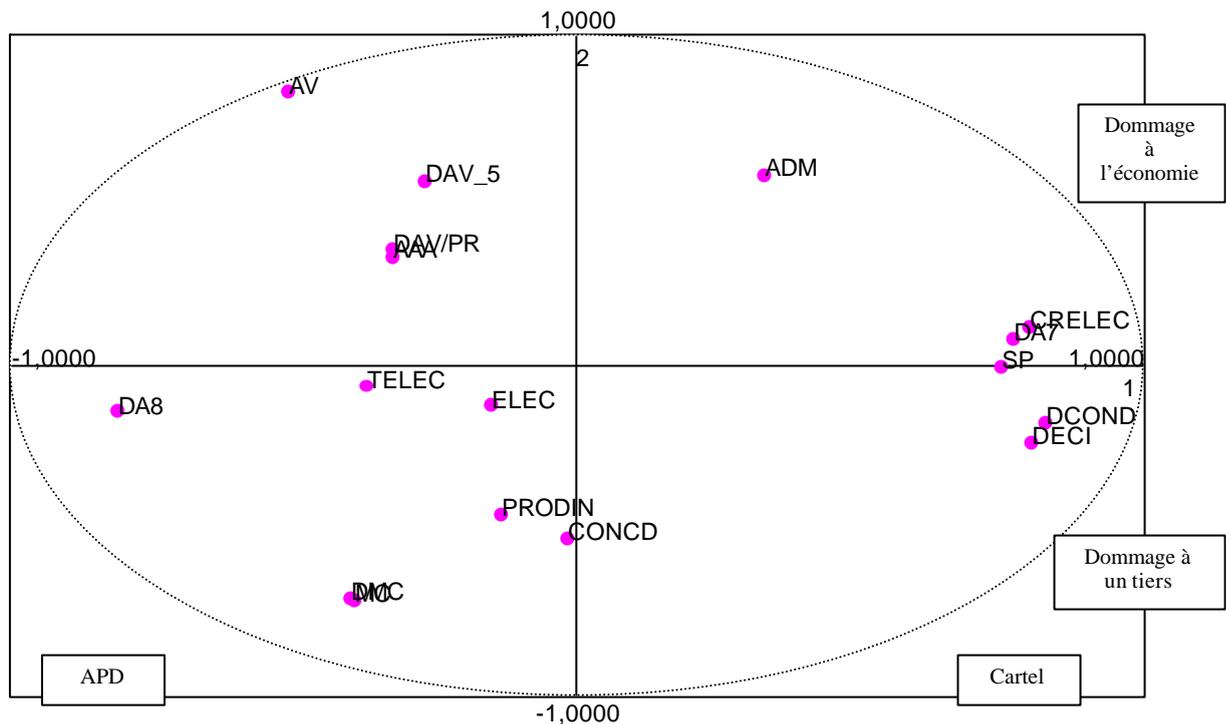
La quatrième classe regroupe les avis formulés par le Conseil de la concurrence sur la réglementation des services publics de réseau. Les avis relatifs à EDF sont regroupés dans une sous-classe spécifique. Ils se subdivisent en deux groupes selon que les avis portent sur les modalités du changement de réglementation ou sur les questions liées à la diversification d'EDF. Comme nous l'avons vu, ce second groupe se rattache plus à la première convention de réglementation.

- Interprétation de la signification des axes à partir de la projection orthonormale sur une base de vecteurs propres pris deux à deux.

Nous nous proposons maintenant d'identifier les axes explicatifs fournis par les vecteurs propres à partir de l'étude du positionnement des variables. Nous ferons de même pour le positionnement des individus afin d'obtenir une vérification de nos hypothèses.

L'axe 1 est identifié comme opposant les deux principaux griefs notifiables par le Conseil de la Concurrence en application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Il permet donc de discriminer entre les abus de position dominante (article 8) et les cartels (article 7). L'axe 2 est constitué par l'opposition entre les dommages à une entreprise et les dommages à l'économie. Nous présenterons ici la projection des variables dans le plan défini par les axes explicatifs 1 et 2. L'annexe 39 donne l'identification des variables et fournit les projections pour l'ensemble des autres couples d'axes explicatifs.

## Projection dans le plan défini par les axes explicatifs 1 et 2



En bas à gauche, nous retrouvons des demandes de mesures conservatoires visant à faire cesser des abus de positions dominantes commis par l'opérateur de réseau.

En haut à gauche, il s'agit principalement de demandes d'avis quant à la situation générale de la concurrence dans un secteur (article 5) ou quant aux pratiques de l'opérateur. Ces avis sont formulés par les autorités publiques en charge de l'intérêt général (administration ou autorité administrative indépendante).

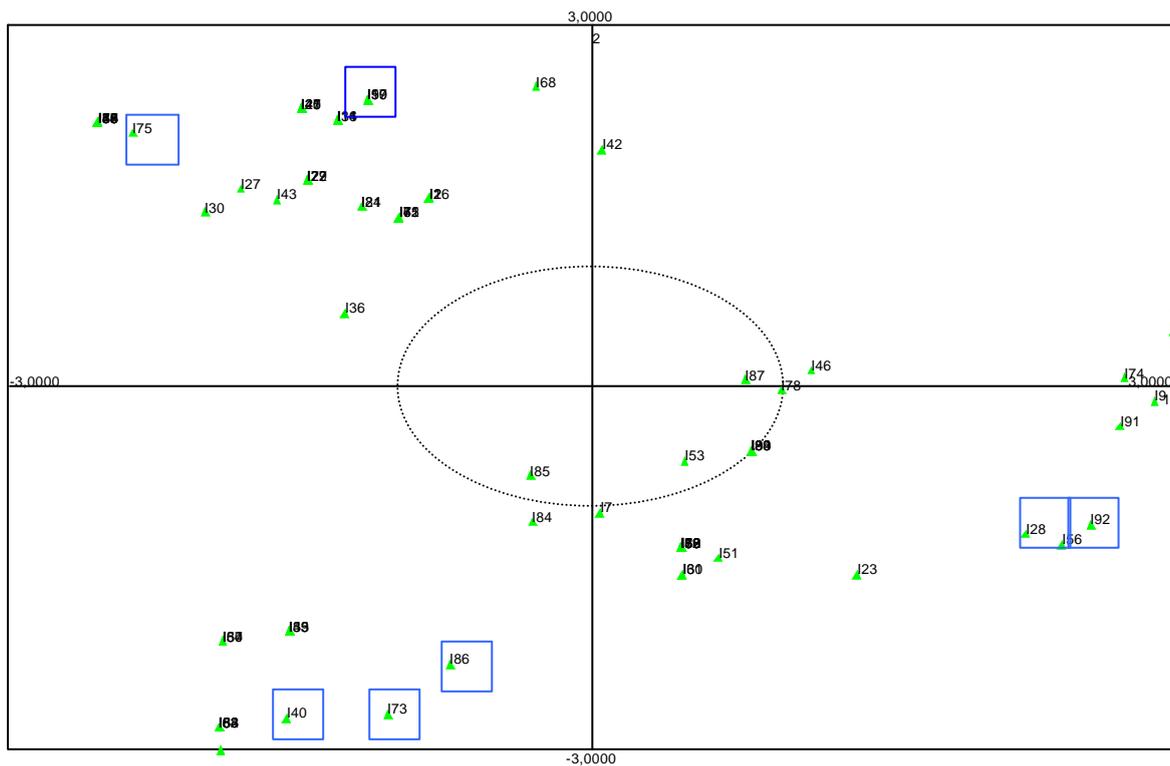
En haut à droite, sont présentes des saisines émanant des pouvoirs publics suite aux dommages causés à l'économie par des ententes de firmes de construction mécanique.

En bas à droite, il s'agit de saisines de firmes s'estimant victimes d'une entente anticoncurrentielle.

Notons que la variable « AV », c'est-à-dire avis se situe presque exactement sur le cercle de rayon 1. Le cercle représentant une corrélation égale à 1, cela signifie que les axes 1 et 2 expliquent parfaitement la variable « AV ». Le fait que seule cette variable se situe sur ce

un cercle de rayon 1 signifie qu'il est nécessaire d'utiliser au moins trois axes pour expliquer chacune des autres variables. Nous procéderons à une identification des actes juridiques par la projection orthonormale sur une base de vecteurs propres pris deux à deux. Cette dernière vérification se fonde sur le positionnement des actes juridiques dans les plans formés par les vecteurs propres pris deux à deux. Nous prendrons dans chaque cas quelques actes par quadrant à titre d'exemples. Nous ne présenterons ici que le cas des axes explicatifs 1 et 2. Les autres combinaisons seront présentées dans l'annexe 39.

Nous projetons les actes juridiques dans le plan défini par les vecteurs propres des deux plus grandes valeurs propres. Nous ferons de même pour chaque paire de vecteurs propres possible. Il s'agira de chercher une confirmation à nos hypothèses concernant la signification des axes. Le fait qu'un acte se trouve sur le cercle de rayon 1 ne dit rien de sa corrélation aux axes. A l'inverse, plus un acte s'éloigne du centre, plus les axes l'expliquent.



Quadrant haut gauche :

- 75 : avis 2000-A-29, relatif à la séparation comptable entre les activités de production, transport et distribution d'électricité,

- 90 : avis 96-A-12, suite à une demande de la commission des finances du Sénat concernant les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français.

Il s'agit principalement de demandes d'avis quant à la situation générale de la concurrence dans un secteur (article 5) ou quant aux pratiques de l'opérateur. Ces avis sont formulés par les autorités publiques en charge de l'intérêt général (administration ou autorité administrative indépendante). Les deux avis que nous avons relevés concordent avec cette analyse. Les demandes d'avis émanent, l'un du Sénat, l'autre de la Commission de Régulation de l'Electricité. L'avis 2000-A-29 porte sur l'application de la nouvelle loi sur l'électricité. L'autre avis porte sur l'organisation du système de crédit français et surtout sur l'intervention de La Poste sur ce marché. Cette intervention est porteuse de distorsion de concurrence, selon l'Association Française des Banques, dans la mesure où La Poste bénéficie de subventions croisées venant de ses activités monopolistiques.

#### Quadrant bas gauche :

- 40 : demande de mesures conservatoires 99-MC-01, présentée par la société NC NumériCâble,
- 73 : demande de mesures conservatoires 2000-MC-17, présentée par la société Wappup.com,
- 86 : décision 2001-D-47, faisant suite à une demande de la société Energie de Bigorre concernant des pratiques mises en œuvre sur le marché de l'électricité par EDF.

Nous retrouvons des demandes de mesures conservatoires visant à faire cesser des abus de positions dominantes commis par l'opérateur de réseau. Sur les trois actes juridiques que nous avons relevés, nous avons deux demandes de mesures conservatoires émanant de concurrents de France Télécom. Ceux-ci dénoncent les agissements de l'opérateur public comme visant à évincer ses nouveaux concurrents en exploitant l'avantage que lui confère la maîtrise de l'infrastructure essentielle. La troisième décision concerne une dénonciation d'un producteur autonome à l'encontre d'EDF. Les difficultés à trouver un terrain d'entente quant à la définition d'un contrat d'achat sont analysées par le producteur indépendant comme participant d'une stratégie d'éviction de concurrents potentiels dans le cadre d'un marché ouvert.

#### Quadrant bas droit :

- 92 : décision 98-D-34, concernant la situation de la concurrence sur le marché des services d'assistance en escale à l'aéroport d'Orly et sur le marché des locaux et espaces nécessaires aux activités des compagnies aériennes mis à leur disposition par Aéroports de Paris,
- 28 : décision 97-D-53, relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom et par la société Transpac dans le secteur de la transmission de données.

Nous avons interprété ce quadrant comme regroupant les saisines de firmes s'estimant victimes d'une entente anticoncurrentielle. La décision relative à Transpac fait suite à une saisine de la filiale française de British Telecom, dénonçant les accords occultes entre France Télécom et sa filiale Transpac visant à favoriser celle-ci. La seconde décision, bien qu'elle provienne d'un secteur différent, celui des aéroports et des créneaux d'atterrissage, appartient à la même logique. Il s'agit d'une entente entre Air France et Aéroports de Paris visant à défavoriser un concurrent privé, en l'occurrence TAT.

#### **IV.4.2. Analyse en composantes principales pour les actes relatifs au secteur électrique**

Nous nous proposons de réaliser une nouvelle ACP concernant seulement les individus faisant partie du secteur électrique (électricité et construction électrique mêlées). Du fait de la faible taille de l'échantillon (34 individus), les résultats sont à considérer comme des repères pour la réflexion. Nous présenterons donc en première partie les résultats généraux de l'analyse en composantes principales pour les seuls actes juridiques liés au secteur électrique. Notre seconde partie sera consacrée à l'étude de la classification des différents actes obtenue en fonction des vecteurs propres. Notre troisième partie sera consacrée à l'identification des axes explicatifs dérivés de ceux-ci.

Les principaux résultats de l'analyse seront présentés dans notre annexe 40. Nous nous bornerons ici à relever les résultats les plus significatifs pour notre analyse. Le dendrogramme est le produit de la classification de chacun des actes juridiques par rapport aux 4 axes

explicatifs dégagés par l'ACP. Il permet de disposer de groupes homogènes d'individus dont la proximité est fonction croissante de la ressemblance.

L'analyse du dendrogramme laisse apparaître quatre classes. Les trois premières classes sont relatives au secteur de la production, du transport et de la distribution d'électricité et la quatrième à la construction électrique. L'analyse de la classification obtenue sur le seul échantillon des actes relatifs au secteur électrique montre que les classes obtenues sont très proches de celles où se trouvaient des actes relatifs au secteur électrique dans la classification générale. Ce dendrogramme apparaît donc comme une partition logique de ce dernier dans lequel on aurait écarté tout ce qui n'était pas du domaine de l'électricité. Ceci est à la fois logique et remarquable. L'aspect remarquable vient du fait que la classification s'est opérée sur des vecteurs propres totalement différents. Dans un cas ils sont déduits d'une base comportant l'ensemble des "utilités". Dans l'autre, ils sont issus d'un échantillon sur le seul secteur électrique. Il est donc assez significatif de noter qu'à deux ou trois actes près les classes dégagées sont en tout point cohérentes, et ce malgré l'étroitesse de notre second échantillon.

**Classe 1: saisines contentieuses à l'encontre de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par EDF au détriment de ses concurrents potentiels.**

**Sous-classe 1.1 : Décisions relatives à l'obligation d'achat d'EDF**

Il s'agit de l'ensemble des décisions relatives aux litiges liés à l'obligation d'achat d'EDF vis-à-vis de l'énergie produite par les producteurs indépendants d'électricité.

**Sous-classe 1.2 : Pratiques anticoncurrentielles de l'entreprise détentrice de l'infrastructure essentielle notamment dans le cadre de ses diversifications en aval.**

Il s'agit de décisions liées aux pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par le détenteur de l'infrastructure essentielle dans le cadre d'opérations de diversification et de limitation de la concurrence, notamment sur les marchés aval. Les initiatives de diversification (cas d'EDF avec Citelum et de la SEM Gaz et Electricité de Grenoble et ses filiales), sont financées via des subventions croisées et appuyées sur les segments monopolistiques. Il convient de noter

que les litiges autour de la diversification de la SEM Electricité et Gaz de Grenoble et d'EDF via sa filiale Citelum font suite à des dénonciations au titre de l'article 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 mais aussi de l'article 7, réprimant les ententes anticoncurrentielles.

Sous-classe 1.3 : Abus de position dominante d'EDF visant à exclure la concurrence d'un marché aval

Les deux décisions constitutives de cette classe correspondent à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par l'opérateur (en l'occurrence EDF) sur des marchés aval afin de limiter la concurrence potentielle pouvant à terme s'exercer sur ceux-ci.

**Classe 2 : Mesures conservatoires liées à l'obligation d'achat d'EDF**

Les demandes de mesures conservatoires des producteurs autonomes quant à l'obligation d'achat d'EDF sont regroupées dans cet ensemble.

**Classe 3 : Avis relatifs à la réglementation du secteur électrique.**

Sous-classe 3.1 : Avis relatifs à la stratégie d'EDF dans l'ancienne réglementation et aux mesures à mettre en œuvre pour organiser et contrôler le basculement réglementaire.

Les avis constitutifs de cette classe recouvrent deux types de problématique. Le premier ensemble regroupe les avis relatifs aux diversifications d'EDF dans le cadre de la précédente convention de réglementation (mobilisation du principe de spécialité et accent sur le risque de subventions croisées). Les deux autres avis forment un second sous-ensemble relatif aux avis préalables au basculement réglementaire et aux mesures à mettre en œuvre pour prévenir les manœuvres anticoncurrentielles de l'ancien monopole.

### Sous-classe 3.2 : Avis sur l'accompagnement du basculement de réglementation du secteur électrique en matière tarifaire et stratégique

Ce sous-ensemble rassemble les avis portés sur l'encadrement des tarifs d'EDF dans le cadre du basculement réglementaire. Un premier avis s'attache à la politique générale de l'entreprise en matière de tarification, un second aux tarifs applicables aux clients non-éligibles et un troisième aux tarifs d'interconnexion. L'avis 87-A-08 semble faire exception, dans la mesure où il appartient à la précédente convention de réglementation. Il convient de souligner qu'il ne s'agit que d'une courte démonstration aboutissant à la nécessité de réglementer les tarifs de vente de l'électricité. A ce titre, il se rapproche de l'avis 2000-A-20. Quant à l'avis 2000-A-03, concernant le rachat d'une PME spécialisée dans les services énergétiques, il se rattache à ce sous-ensemble dans la mesure où il s'inscrit dans le cadre de la nouvelle réglementation et non dans celui de la précédente. Cet avis traite de la diversification d'une firme publique dans un marché partiellement ouvert à la concurrence et ne mobilise donc pas le raisonnement sur le principe de spécialité. La problématique des subventions croisées cède le pas devant celle de l'édification de barrières à l'entrée.

Une différence dans la classification est à noter par rapport au dendrogramme obtenu avec les cinq vecteurs propres calculés sur l'ensemble de notre échantillon. L'avis 98-A-22 (43) qui faisait partie de cette sous-classe dans le dendrogramme général a basculé dans notre échantillon dans la sous-classe précédente. Cela vient peut être du fait que la saisine émane du Syndicat National des Producteurs Indépendants d'Energie Thermique, ce qui la rattache plus au registre du dommage aux tiers (à l'instar des affaires de diversification d'EDF) et du fait que la saisine porte en fait sur l'ancienne et non la nouvelle convention de réglementation. Il convient de souligner que celle-ci appartient à la convention de la réglementation extérieure (argumentaire de la maximisation du rendement social) et non à la convention de la réglementation absente (libéralisation des réseaux) dont quasiment tous les avis de cette sous-classe sont ressortissants.

### Sous-classe 3.3 : Implémentation de la nouvelle convention de réglementation au secteur électrique.

L'avis 2000-A-29 se distingue naturellement de la sous-classe précédente dans la mesure où il ne s'agit plus de la préparation de la libéralisation ou des avis visant à encadrer la stratégie

d'EDF dans le cadre de la phase de transition, mais de la mise en application elle-même des principes de la nouvelle économie des réseaux portée par le législateur (national et européen) et le Conseil de la Concurrence. Il s'agit de vérifier la validité des règles à appliquer à EDF pour séparer ses différentes activités avec le modèle de l'*unbundling*. Celui-ci part de l'idéal-type du démantèlement de l'opérateur historique pour favoriser l'accès des tiers au réseau. Nous sommes réellement ici dans la phase d'implémentation des règles visant à la libéralisation du secteur. Pour souligner l'irréductibilité de cet avis à la sous-classe précédente, il suffit de se souvenir que dans la classification élaborée sur l'ensemble de la base, il n'était pas regroupé avec des actes liés au secteur électrique, mais au secteur des télécommunications, beaucoup plus avancé dans la voie de la déréglementation.

Notons qu'à l'exception d'un avis de 1987, l'ordre de regroupement des avis est purement chronologique, ce qui tend à confirmer l'hypothèse d'une succession d'étapes dans la libéralisation du marché de l'électricité et d'un changement progressif de convention de réglementation sur le modèle des télécommunications.

#### **Classe 4 : Ententes anticoncurrentielles dans la construction électrique**

##### **Sous-classe 4.1 : Non-lieux suite à des dénonciations d'ententes**

Cette sous-classe regroupe deux dénonciations basées sur le grief d'ententes en matière d'électrification rurale. La décision 93-D-15 est plus difficile à interpréter. Elle est relative à une accusation de mise en œuvre de pratiques prédatrices par EDF via une de ses filiales SDF sécurité. Elle s'intègre donc logiquement dans l'ensemble des cas de concurrence déloyale liés à une "violation" du principe de spécialité. De ce fait, elle se rattachait dans la classification basée sur l'ensemble de l'échantillon à une sous-classe constituée entre autres des décisions 2000-D-47 et 2000-D-57, relatives à des pratiques anticoncurrentielles (abus de position dominante et ententes), mises en œuvre respectivement par EDF et Gaz et Electricité de Grenoble. Cependant deux éléments peuvent expliquer le rattachement de cette décision à notre classe, à savoir le grief implicite d'entente anticoncurrentielle et son ancienneté qui la rattache résolument à la précédente convention de réglementation. Si nous parlons de grief implicite, c'est que lorsque nous avons réalisé notre analyse en composantes principales, nous avons dû écarter un certain nombre de variables jugées trop peu explicatives au vu des

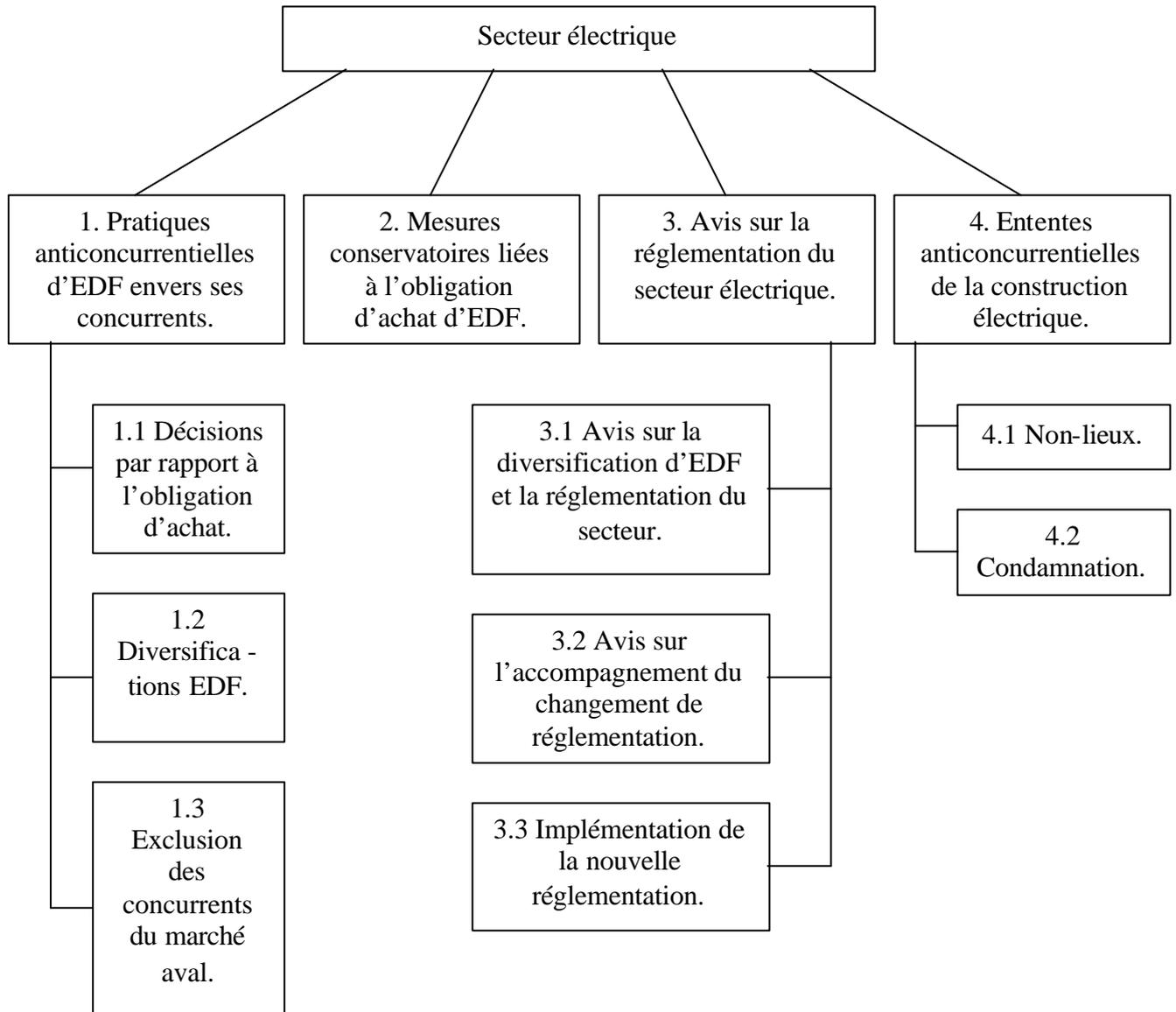
premiers résultats. Parmi celles-ci figurait la dénonciation au titre de l'article 10-1 de l'ordonnance de 1986 relatif à la prédation. Notre ACP s'est donc faite sur deux griefs sur trois (article 7 et article 8), ce qui explique que cette décision, bien que non explicitement rattachée à l'article 7, appartient à cette classe.

#### Sous-classe 4.2 : Condamnations pour entente anticoncurrentielle

Les cartels dans le domaine de l'électrification rurale et dans les appels d'offres d'EDF sont mêlés au sein d'une même classe dans la mesure où les ressorts juridiques des affaires sont en tout point identiques. Il s'agit d'ententes (article 7) mises en œuvre par des firmes de construction électrique dans le cadre de marchés publics. La saisine émane du ministre et débouche très souvent sur le paiement de sanctions pécuniaires.

Ce qui distingue les sous-classes 4.1 et 4.2 réside dans la décision finale du Conseil de la Concurrence. Les décisions regroupées dans la première sous-classe sont celles pour lesquelles le dispositif de la décision est un non-lieu ou un classement. A l'inverse, le dispositif de la décision dans le second groupe est toujours traduit par des sanctions pécuniaires. Il s'agit donc de dénonciations ayant été retenues, à l'inverse de la première sous-classe dans lesquelles elles ont été rejetées. Ainsi l'analyse sur le seul échantillon électrique met en évidence une distinction dans la classification qui n'apparaissait pas dans le dendrogramme général.

Présentation de la classification issue des quatre vecteurs propres :



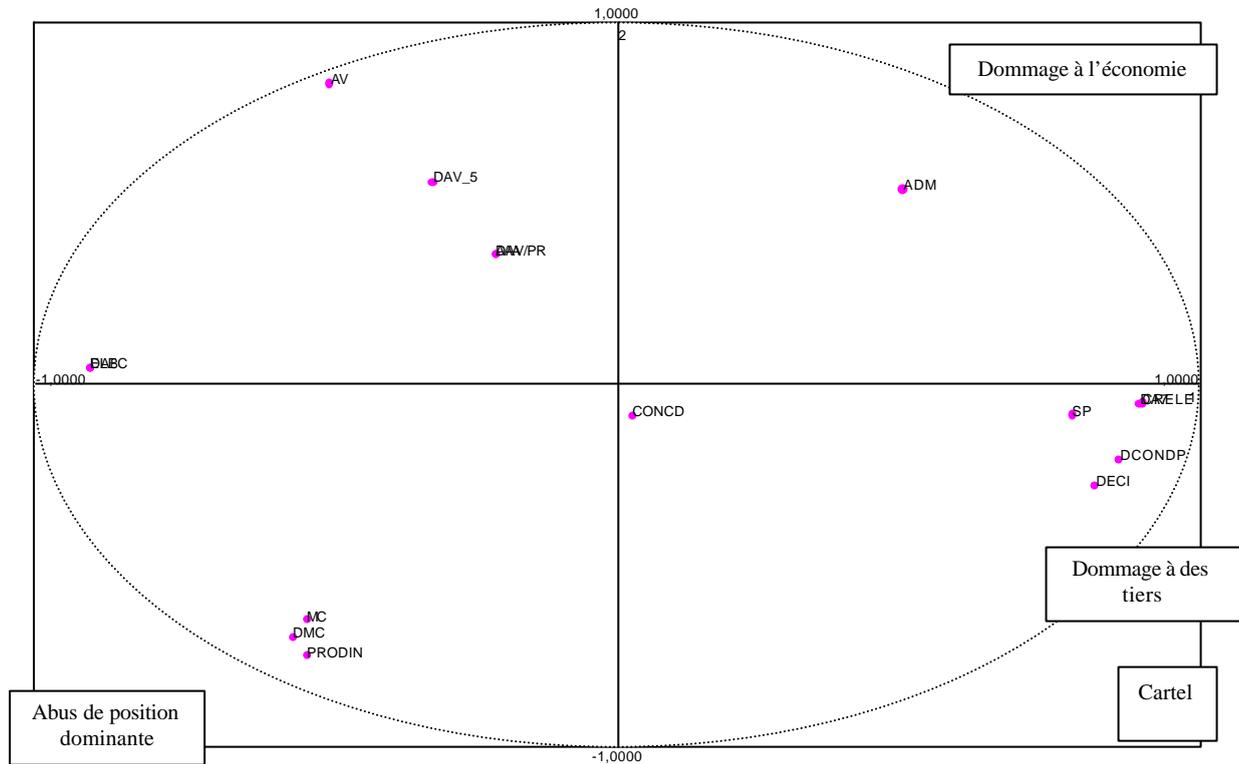
L'examen des corrélations et des coordonnées des différentes variables aux quatre axes explicatifs (annexe 39) permet de fournir des premiers indices quant à la signification des vecteurs propres retenus. Pour l'axe 1, deux groupes de variables s'opposent de part et d'autre de l'axe. Nous trouvons d'un côté les variables correspondant au secteur électrique et au grief d'abus de position dominante. Symétriquement sur l'axe nous repérons les variables construction électrique, entente anticoncurrentielle et demande de condamnation des pratiques. Cet axe semble donc structuré par l'opposition article 8 (abus de position dominante) / article 7 (entente). L'axe 2 est fondé sur l'opposition des avis et des demandes

de mesures conservatoires émanant des producteurs indépendants. La structuration à partir de l'opposition dommage à l'économie versus dommage à une entreprise paraît satisfaisante. L'axe 3 se structure autour de deux pôles. Le premier se dessine clairement, il s'agit des demandes d'avis sur les pratiques émanant de la Commission de Régulation de l'Electricité. Le second pôle, moins facilement distinguable, correspond à des demandes d'avis sur la situation générale de la concurrence dans le secteur électrique émanant de l'administration. L'axe 3 paraît structuré autour de l'opposition préparation du changement de convention / transition vers une nouvelle convention. L'axe 4 est beaucoup plus difficile à interpréter par la seule observation des corrélations. Nous trouvons d'un côté les demandes de mesures conservatoires exprimées par les producteurs indépendants et de l'autre des dénonciations pour abus de position dominante émanant des nouveaux concurrents d'EDF. Notre analyse visera à trancher sur le fait de savoir s'il s'agit de l'opposition entre les applications des nouvelle et ancienne réglementations ?

#### Projection des variables dans les plans définis par les axes explicatifs

L'identification des axes peut être consolidée par la projection à partir de deux vecteurs propres dans le plan de l'ensemble des variables constitutives. Nous présentons ici la projection pour les vecteurs propres 1 et 2, les plans définis par les autres vecteurs propres seront présentés dans notre annexe 40.

Projetées selon les axes formés par les valeurs propres 1 et 2, les variables se distribuent comme suit :



Il est possible d'interpréter les quatre quadrants définis par l'intersection des axes 1 et 2.

Le quadrant bas gauche regroupe les demandes de mesures conservatoires des producteurs autonomes d'énergie électrique. Ceux-ci s'estiment victimes d'abus de position dominante d'EDF. Selon eux, la firme nationale cherche à les évincer du marché en prévision de la libéralisation de celui-ci.

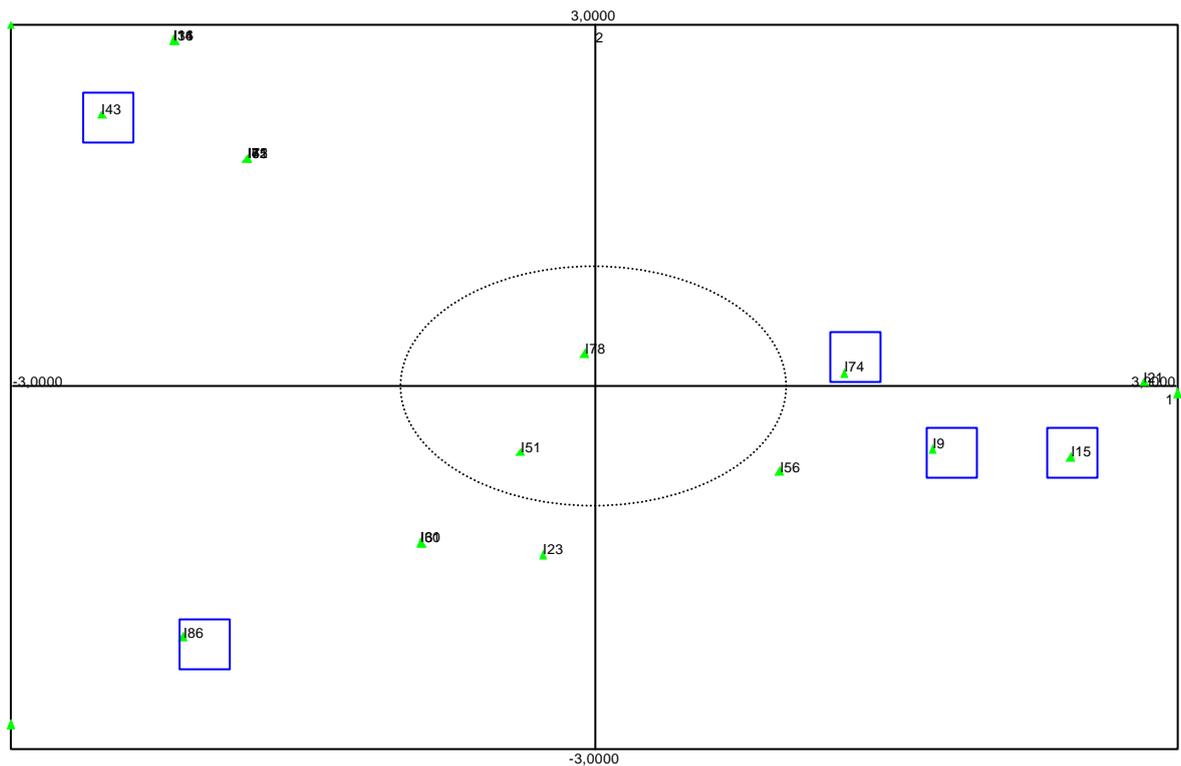
Le quadrant haut gauche regroupe les avis sur la situation générale de la concurrence dans le domaine électrique et des avis relatifs aux pratiques de l'opérateur dominant (EDF). Il s'agit de garantir un accès satisfaisant des tiers au réseau afin de garantir les fruits supposés de la libéralisation. Il n'est pas anodin que la variable commission de régulation de l'électricité apparaisse dans ce quadrant relatif à la prévention des manœuvres d'EDF visant à échapper à la pression concurrentielle.

Le quadrant haut droit correspond aux dénonciations des ententes, formulées par l'administration. Leur coût en terme de bien-être social est le fondement de la saisine ministérielle.

Le quadrant bas droit reprend la dénonciation et la condamnation des abus de position dominante mais semble s'appliquer au coût économique pour les entreprises victimes (en l'occurrence EDF et GDF).

La projection des individus dans les repères définis par les vecteurs propres pris deux à deux peut permettre d'apporter une confirmation à nos hypothèses quant à l'identification des vecteurs propres structurant notre échantillon. La position des individus par rapport au repère orthonormé défini par les vecteurs propres 1 et 2 nous permet de vérifier notre interprétation quant à la signification des différents axes explicatifs.

Le quadrant bas gauche, du graphique ci-dessous, compte les actes 86 et 61. Il s'agit, pour l'acte 86, de la décision 2001-D-47, faisant suite à une demande de la société Energie de Bigorre concernant des pratiques mises en œuvre sur le marché de l'électricité par EDF. L'acte 61 correspond à la décision 99-MC-09, suite à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Energie de Bigorre. Nous vérifions que ce quadrant constitue le lieu géométrique du contentieux lié à l'obligation d'achat. Il s'agit donc bien de dénonciations d'abus de position dominante émanant de firmes s'estimant lésées par les pratiques d'EDF. Celles-ci demandent donc la condamnation des pratiques d'EDF (pour le non-respect de son obligation d'achat) et la prononciation de mesures conservatoires en leur faveur en attendant un jugement sur le fond. Ces demandes doivent se comprendre comme une injonction de signer un contrat d'achat dans les conditions habituelles en attendant que le Conseil statue sur la légalité des nouvelles propositions tarifaires et contractuelles de la firme publique.



Le quadrant haut gauche compte l'individu 43. Il s'agit de l'avis 98-A-22, sur les principes devant guider et encadrer la politique tarifaire d'EDF. Ce quadrant correspond donc bien à l'ensemble des avis relatifs à la situation générale de la concurrence dans le secteur et aux pratiques mises en œuvre par l'opérateur dominant. L'avis 98-A-22, en l'occurrence, porte sur une demande d'un syndicat de producteurs indépendants sur la fidélité des nouveaux tarifs d'EDF aux principes marginalistes. Si les tarifs venaient à s'éloigner du coût marginal de développement, ils se traduiraient par une perte de bien-être collectif soit par un dommage à l'économie. L'argumentaire du Syndicat National des Producteurs Indépendants d'Énergie Thermique repose donc sur l'identification du manque à gagner pour ses membres suite aux réaménagements tarifaires (structure et niveau) et du dommage à l'économie.

Le quadrant haut droit ne permet que de dégager un seul individu, faiblement représentatif, le 74. Celui-ci est cependant cohérent avec notre hypothèse. Il s'agit de la décision 2000-D-47, relative à des pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citélum sur le marché de l'éclairage public. Il s'agit de la diversification d'EDF dans le secteur de l'éclairage urbain, dénoncée par le ministère comme financée au moyen de subventions croisées et appuyée sur une répartition des marchés entre sa filiale Citélum et la société Architecture Lumière. Le fait que la décision se situe à l'immédiate proximité de l'axe 2 est cohérent avec la double nature

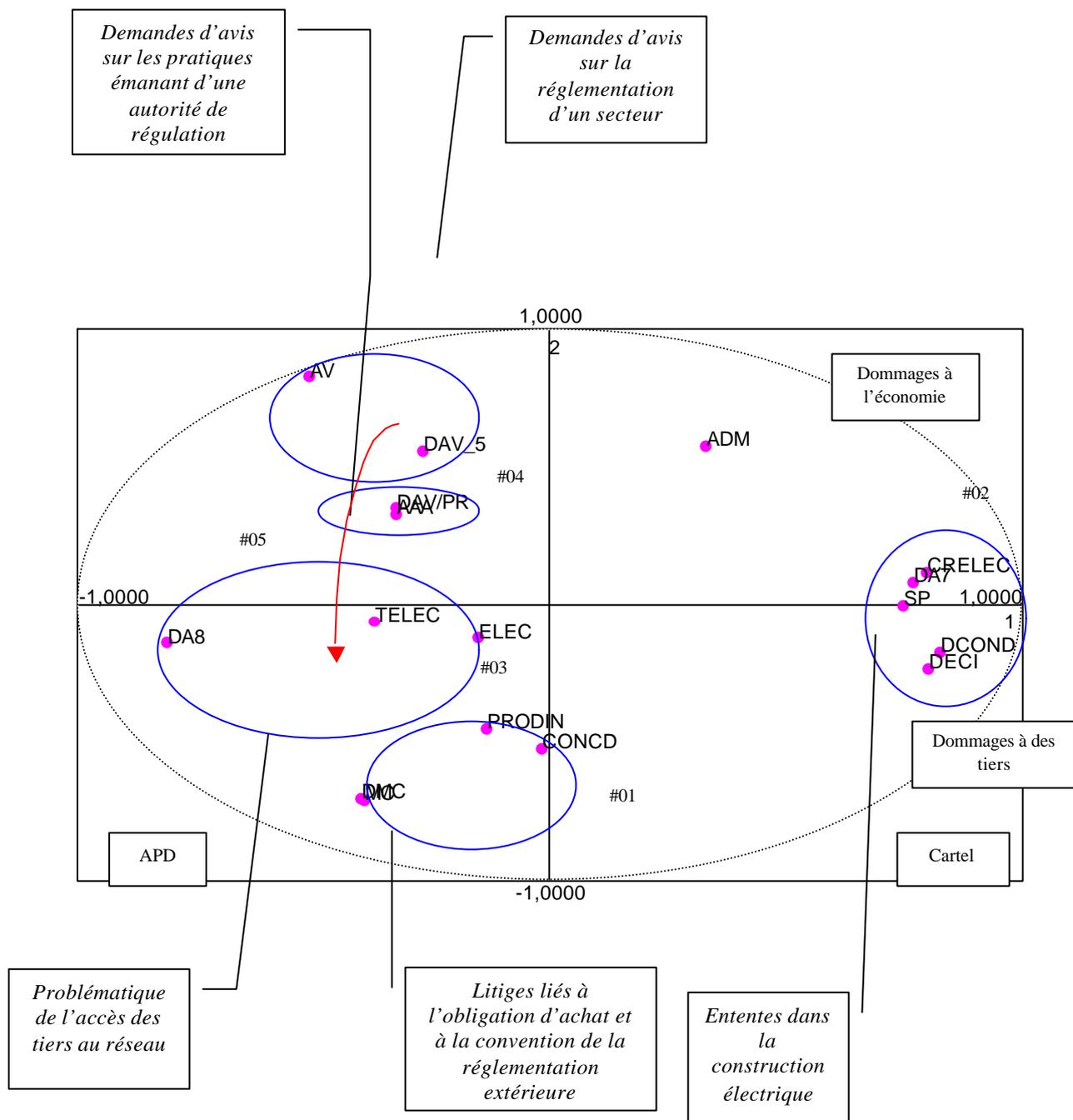
de dommage à l'économie et de dommage au tiers (les entreprises opérant dans le marché aval) de cette pratique.

Le quadrant bas droit fait ressortir deux décisions, la 9 et la 15. La décision 93-D-15, fait suite à une saisine de la chambre syndicale des entreprises d'équipement électrique de Paris et sa région. La décision 15 est la décision 95-D-40, faisant suite à une saisine dans le secteur de l'électrification rurale et des réseaux de transport d'énergie électrique dans la région Rhône-Alpes. Il s'agit donc bien du lieu géométrique regroupant les ententes anticoncurrentielles dans le secteur de la construction électrique. Les deux décisions sont mêmes représentatives des deux types d'affaires que compte ce quadrant. Il s'agit d'une part des ententes autour des appels d'offres d'EDF et d'autres part des concertations autour des marchés d'électrification rurale. Le fait que les variables soient situées près de l'axe 2 est lié à la double nature de ces ententes. Les premières se traduisent par des dommages à une entreprise (EDF en l'occurrence) et les secondes se rapprochent de dommages à l'économie (du moins une portion de celle-ci représentée par le syndicat d'électrification rurale).

### **IV.4.3 Conclusion générale de l'analyse en composantes principales**

#### **IV.4.3.1 Analyse de l'ensemble du corpus**

Nous reprenons ici la projection des variables dans le plan fourni par les deux principaux vecteurs propres dans l'analyse en composantes principales réalisées sur l'ensemble de notre base.



La flèche indique la dynamique réglementaire initiée par les télécommunications. Le cheminement que nous pourrions pressentir pour chaque service public de réseau suivrait donc la flèche que nous avons tracée sur notre graphe. A l'heure actuelle, à l'exception des télécommunications et de l'électricité, les services publics sont concernés par des avis du Conseil sollicités par l'administration quant à la situation actuelle de leur réglementation. Un pas supplémentaire est franchi (c'est le cas par exemple du gaz), lorsque le Conseil est

sollicité sur la transposition d'une directive européenne. Ces avis prennent place dans une logique de basculement de convention de l'Etat. Les pouvoirs publics demandent alors à la juridiction en charge des questions de concurrence son avis quant à la réglementation du secteur. Il s'agit donc de voir si les distorsions de concurrence liées à l'existence d'un monopole légal ne causent pas un dommage à l'économie supérieur aux gains attendus de la nationalisation. Dans un second temps, le témoin passe aux autorités de régulation. Les demandes d'avis portent dans un premier temps sur les modalités d'application des textes. Il s'agit de voir si les dispositifs techniques de réglementation du secteur sont conformes à la logique de la nouvelle convention de réglementation. Dans ce cadre, la portée de la notion de dommage à l'économie est réduite, on ne considère plus que l'ensemble des firmes d'un secteur donné. L'électricité est rentrée dans cette phase avec l'avis 2000-A-29. Dans un second temps, l'autorité de régulation s'attache au comportement de l'opérateur dominant, aux entraves qu'il fait peser sur ceux-ci pour l'accès à son réseau et aux avantages indus qu'il peut tirer de la maîtrise de l'infrastructure essentielle. Nous sommes ici très proches de la notion de régulation asymétrique. La réglementation est alors rabattue au contrôle de la stratégie de l'opérateur dominant. Nous sommes maintenant aux frontières du dommage à l'économie et du dommage à des tiers. L'autorité de régulation tend à défendre l'intérêt des concurrents de l'opérateur dominant. La réduction des rentes de ce dernier rapprochera le secteur de la situation de concurrence pure et parfaite, seule à même de permettre d'atteindre l'intérêt général. Pour l'instant seul le secteur des télécommunications a franchi cette phase. Enfin dans une dernière phase, l'application du nouveau cadre réglementaire se fait par des saisines contentieuses directes émanant des nouveaux entrants dans le secteur. Il s'agit alors de dénonciations d'abus de positions dominantes appuyées sur la notion de dommage à des tiers. L'activation des droits par les intérêts économiques privés permet d'achever, notamment par le jeu de la jurisprudence, la construction du nouveau cadre conventionnel.

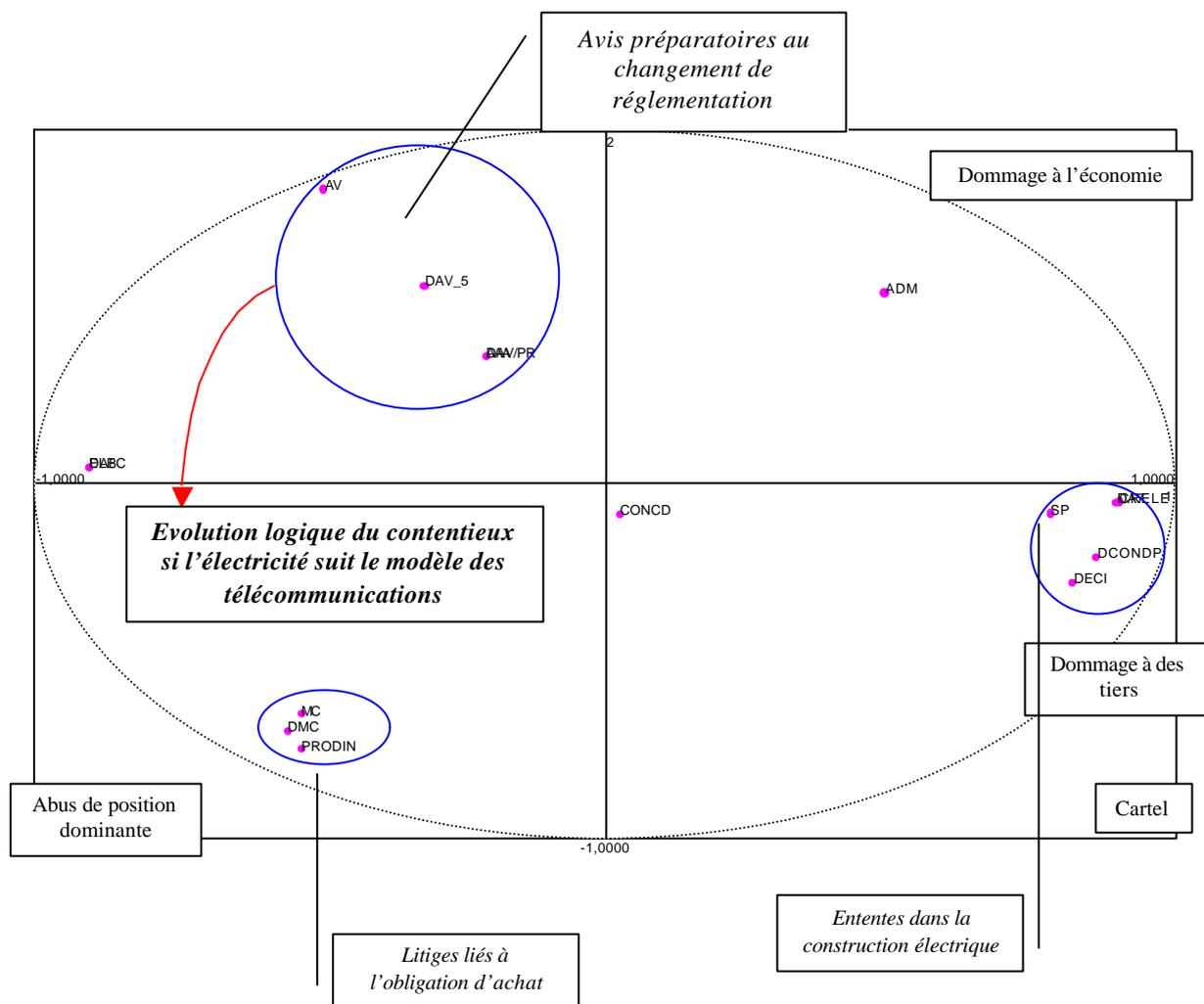
A titre de remarque, nous pouvons relever la double nature du contentieux lié à l'obligation d'achat. Survivance de la convention de réglementation de service public, il a traversé l'ensemble de la période de la convention de la réglementation extérieure. Certains litiges ne portent que sur l'activation des droits de vente de l'énergie produite à EDF dans le cadre de la loi de 1946. Cependant, la transition vers la libéralisation du marché a transformé dès la seconde moitié des années quatre-vingt-dix la nature de ces litiges. Les dénonciations des producteurs autonomes mettent dès lors en avant les manœuvres d'un futur ex-monopole visant à éliminer préventivement du marché tout concurrent potentiel. Ainsi, ces litiges

constituent dans le cas de l'électricité, des éléments avancés d'activation des droits des concurrents d'EDF au nom des préjudices que leur cause l'entreprise nationale. Une rémanence d'une précédente convention de réglementation est donc un des éléments de pointe de la contestation de la position dominante d'EDF. Ceci explique la double nature de la classe 3, comptant notamment l'ensemble des demandes de mesures conservatoires émanant des concurrents de France Télécom. La survivance de la production autonome, archaïsme s'il en fut durant cinquante ans, fut donc dans la seconde moitié des années quatre-vingt-dix l'un des éléments cruciaux du basculement conventionnel du secteur électrique, bien avant l'entrée de Suez sur le marché.

#### IV.4.3.2 Analyse de l'échantillon spécifique à l'électricité

L'analyse en composantes principales menée sur le seul échantillon des actes relatifs à l'électricité nous a permis de dégager la classification reproduite en annexe 40. Cette classification nous permet de dégager quatre groupes bien distincts représentatifs des actes du Conseil de la Concurrence en matière électrique. Le groupe quatre se distingue des autres dans la mesure où il est propre au domaine de la construction électrique et traite des ententes conclues entre les divers constructeurs. Nous pouvons noter que la différenciation essentielle ne se fait pas en fonction du contexte du délit (électrification rurale ou appel d'offres d'EDF) mais en fonction de la décision du Conseil de la Concurrence suite au jugement des griefs (non lieu ou condamnation à des sanctions pécuniaires). Les deux premières classes traitent des saisines contentieuses émanant de concurrents d'EDF ou de firmes tels les producteurs autonomes ayant besoin d'utiliser son réseau (ici dans le cadre certes très spécifique de l'obligation d'achat). Le contentieux relatif à l'obligation d'achat traverse pas moins de trois conventions de réglementation distinctes et revêt comme nous le verrons une signification inédite dans le cadre de la libéralisation du marché. Les difficultés suscitées par EDF pour conclure de nouveaux contrats d'achat d'énergie pourraient alors être lus comme des manœuvres visant à affaiblir de nouveaux concurrents dans un marché ouvert. L'ensemble du contentieux se répartit entre les classes 1 et 2 selon qu'il s'agit des décisions ou des mesures conservatoires. Encore une fois les facteurs juridiques l'emportent sur la proximité économique. A cette remarque près, les décisions semblent organisées par positionnement chronologique « idéal-typique » des contentieux. Les litiges liés à l'obligation d'achat, survivance de la convention de réglementation de service public viennent dans une première

sous-classe. Les litiges liés à la mise en œuvre de subventions croisées dans le cadre des diversifications d'EDF en aval du compteur font écho au principe de spécialité au cœur du contentieux type de la convention de la réglementation extérieure. Enfin, les décisions relatives à l'éviction des concurrents potentiels ne se conçoivent que dans le cadre de la transition vers la convention de la réglementation absente. Une succession logique comparable peut être mise en évidence pour la troisième classe relative aux avis. La première sous classe traite principalement des questions de diversifications et des considérations générales sur le basculement de convention. Nous nous situons donc dans les dernières périodes de la convention de la réglementation extérieure. Le second groupe se rattache plus aux prodromes de la mise en place de la convention de la réglementation absente. Il s'agit de mettre en œuvre les dispositifs de transition et de formuler des avis sur la réglementation ad hoc. La dernière sous-classe marque le basculement final de l'activité du Conseil de la Concurrence et donc de la réglementation du secteur électrique dans la nouvelle convention. Il s'agit de mettre en application la nouvelle réglementation visant à séparer le service de l'infrastructure. Nous nous situons pleinement dans le cadre de la nouvelle économie des réseaux. Le fait que cet avis fut regroupé avec ceux relatifs aux télécommunications dans la classification issue de l'ACP réalisée sur la base générale donne un indice révélateur. La prégnance de la logique de l'*unbundling* dans cet avis tend à montrer la convergence de la réglementation de l'électricité avec celle des télécommunications. La spécificité du secteur prise sur ce critère a vécu. L'électricité semble entrer, après les télécommunications, dans une nouvelle convention.

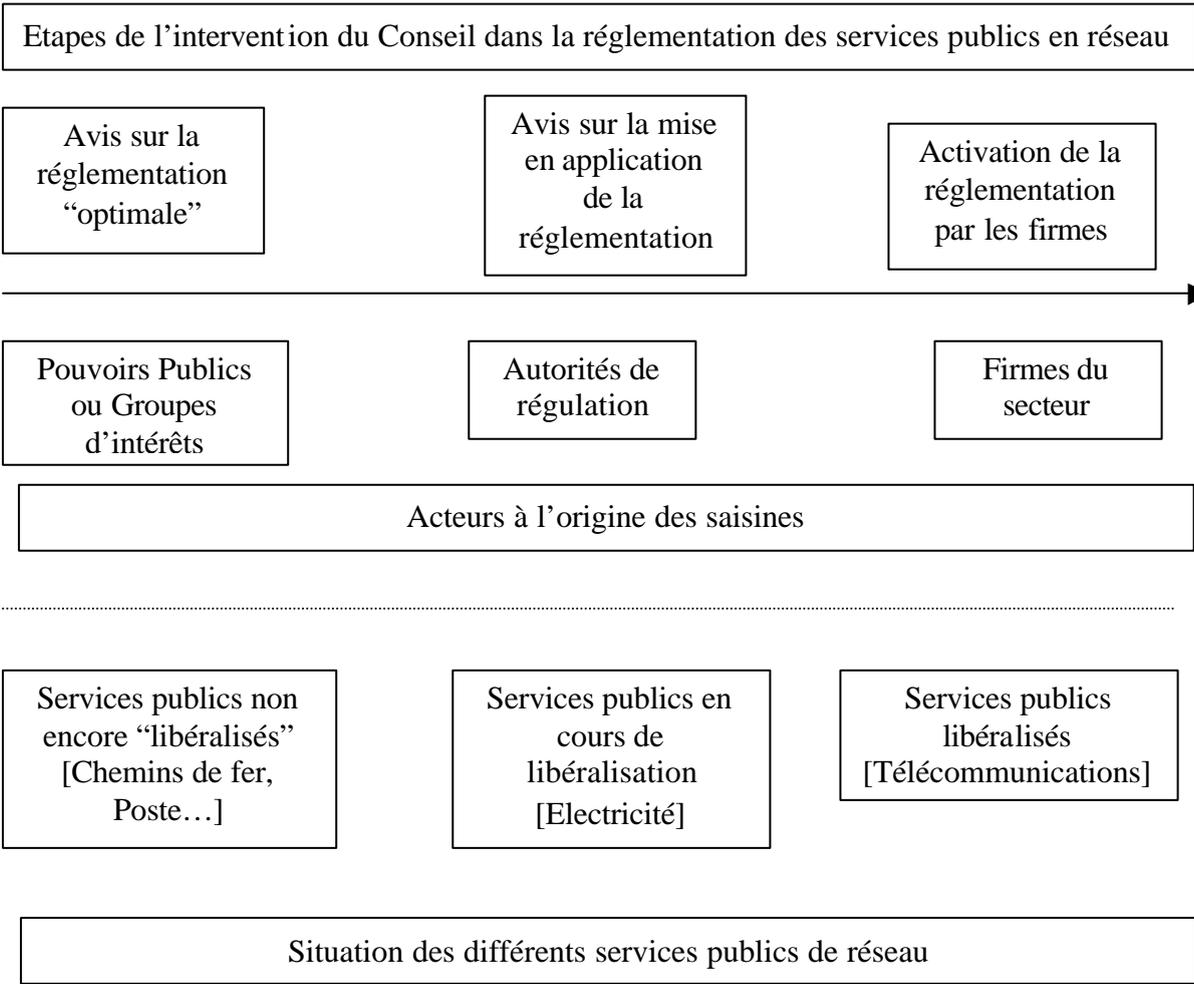


L'examen du positionnement des variables dans le repère d'axes orthonormés définis par les vecteurs propres 1 et 2 permet d'affiner nos conclusions quant à l'étude du contentieux lié au secteur électrique. Les litiges traditionnels liés d'une part à l'obligation d'achat (quadrant bas gauche) et d'autre part aux ententes dans la construction électrique (quadrant bas droit) ont été complétés par des avis quant à la réglementation du secteur. Ceux-ci (quadrant haut gauche) furent dans les premiers des demandes d'avis de l'administration sur la réglementation générale du secteur et sur la transposition des directives de libéralisation. Dans un second temps, les demandes avis émanent plus souvent des autorités indépendante de régulation (en l'occurrence la Commission de Régulation de l'Electricité) et portent sur les pratiques de l'opérateur ou sur l'implémentation de la nouvelle réglementation. L'avis 00-A-29 est représentatif de cette nouvelle logique, identique à celle des télécommunications. Enfin, nous pouvons prévoir, à l'instar du précédent des télécommunications, que lorsque la concurrence prendra de l'ampleur, les saisines émaneront des nouveaux entrants qui activeront leurs droits

quant à l'accès au réseau. Les litiges convergeront alors vers la dénonciation d'abus de position dominante fondée non plus sur des dommages à l'économie (action publique axée sur une convention de l'Etat absent) mais sur des dommages à des entreprises précises. L'implémentation de la nouvelle réglementation sera prise en charge par les firmes elles-mêmes.

### IV.5 Analyse lexicale du corpus des actes du Conseil de la Concurrence

Nous voulons ici tester notre intuition selon laquelle les trois phases de l'activation du Conseil de la Concurrence correspondent aux trois grandes étapes du processus du changement de convention de réglementation.



Notre propos est donc d'envisager dans quelle mesure la succession des phases dans le processus de libéralisation que nous avons mis en évidence dans nos précédentes analyses de notre base de données peut être confirmée, affinée et complétée par l'analyse lexicale de notre corpus judiciaire.

Pour développer l'analyse lexicale de notre corpus juridique, à partir du logiciel ALCESTE, nous nous sommes appuyés sur le travail de Claude Didry sur la stratégie des comités d'entreprises face aux licenciements collectifs<sup>622</sup>. Notre annexe 41 présente les grandes lignes du fonctionnement de l'analyse lexicale. Nous avons donc procédé à deux analyses lexicales successives. La première portera sur l'ensemble de la base et visera à étudier la place du secteur électrique dans l'ensemble des services publics. La seconde ne portera que sur les actes relatifs à l'électricité et ambitionnera d'étudier plus finement la structuration interne des actes propres au secteur et leur évolution.

#### **IV.5.1 Analyse lexicale portant sur les décisions, avis et mesures conservatoires du Conseil de la Concurrence entre 1996 et 2001.**

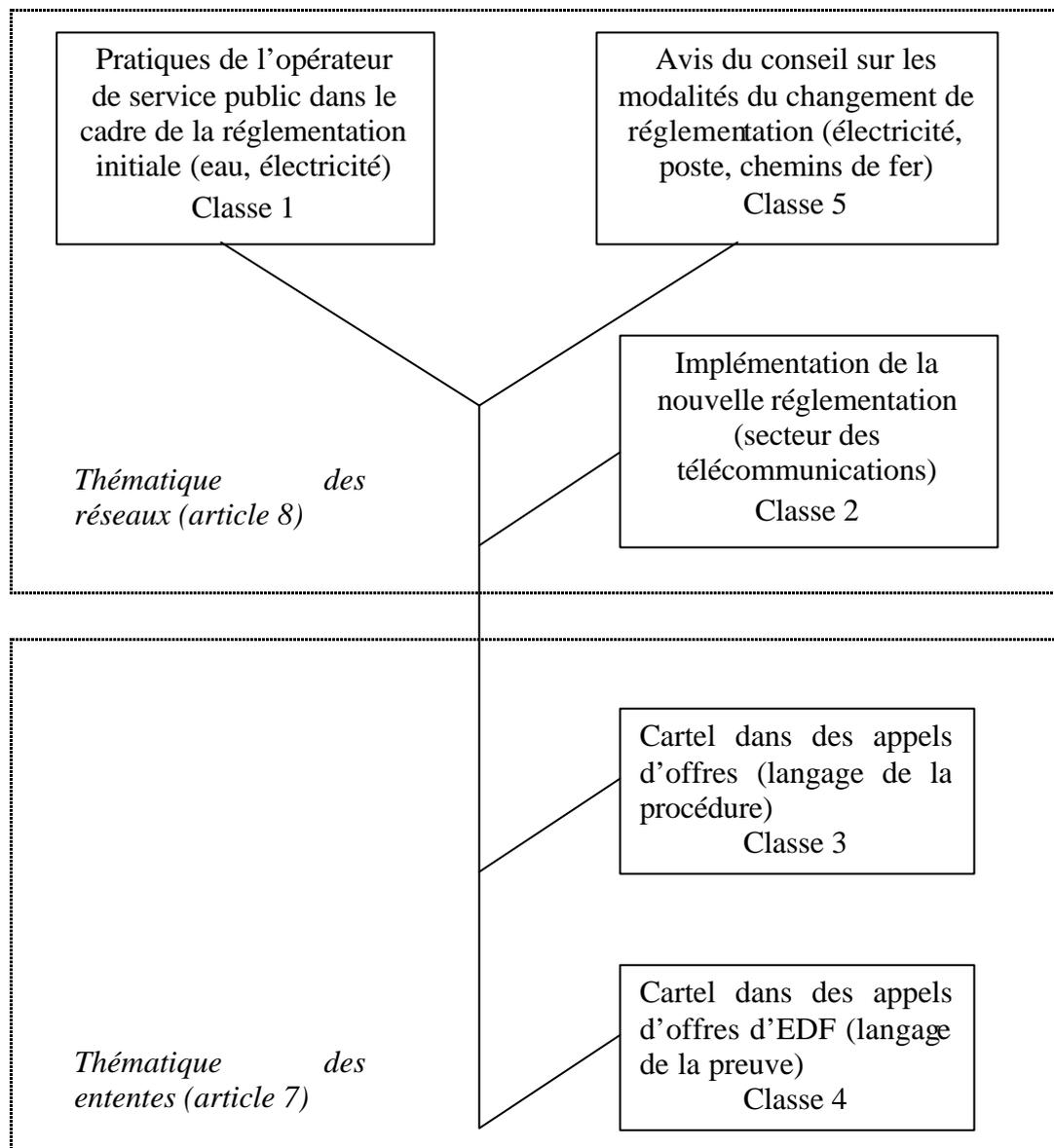
Cette section se propose d'exploiter les résultats d'un traitement de l'ensemble de la base de données relative au Conseil de la Concurrence exploitée avec le logiciel d'analyse lexicale "Alceste". Il s'agit donc d'observer le classement des actes juridiques et leur projection dans le plan. Le logiciel permet de diviser les diverses familles de mots constitutives du corpus en plusieurs classes ou contextes.

Partant du dendrogramme de l'annexe 42 nous nous proposons d'identifier les diverses classes ainsi dégagées. Notre hypothèse que nous étayerons durant cette section est que les classes 1, 5 et 2 correspondent respectivement aux affaires concernant les opérateurs de service public dans le cadre de la convention initiale de réglementation (classe1), dans la préparation du basculement réglementaire (classe 5) et enfin dans le cadre de la mise en œuvre pratique de cette nouvelle réglementation (par commodité, nous emploierons, faute de mieux, le terme d'implémentation). Les classes 3 et 4 correspondent, quant à elles, aux

---

<sup>622</sup> Didry C., (1998), « Les comités d'entreprise face aux licenciements collectifs : trois registres d'argumentation », *Revue française de Sociologie*, XXXIX-3, pp.495-534.

agissements de constructeurs d'équipements électriques dans le cadre d'appels d'offres de syndicats d'électrification rurale (classe 3) ou d'EDF-GDF (classe 4).



L'annexe 42 précise par quel raisonnement nous avons identifié les différentes classes obtenues à partir de l'analyse lexicale. Nous chercherons donc à déduire de premières conclusions de l'examen de la composition des différents registres lexicaux. Nous présenterons les classes dans l'ordre de leur regroupement pour faire ressortir les classes homogènes.

### Classe n°1 : Pratiques des opérateurs de services publics dans le cadre de la convention de réglementation initiale.

La classe n°1 explique 18 % du corpus. Elle est celle qui se rapproche le plus de ce que nous avons dénommé la tradition juridique du service public à la française. Il s'agit d'un monde "juridique" lié aux collectivités territoriales, aux concessions, et aux litiges liés à la voie publique. Il s'agit souvent d'initiatives du concessionnaire cherchant à étendre le périmètre de ses prestations ou à consolider ses chances de reconduction. Nous retrouvons, dans la mesure où ces pratiques sont souvent anticoncurrentielles, un vocabulaire de la sanction lié aux actions contraignantes de l'Etat, comme garant de l'ordre public économique. Nous avons au final une classe qui regroupe le contentieux opposant l'Etat aux délégataires de service public. Nous sommes dans le registre de la contrainte et des sanctions pénales. C'est pour cela, comme nous le verrons dans la projection dans le plan défini par les deux principaux vecteurs propres, que nous nous situons près de l'origine des deux axes, assez près des condamnations des firmes de construction électromécaniques impliquées dans des ententes anticoncurrentielles dans l'électrification rurale ou dans les appels d'offres d'EDF.

Nous pouvons donc au titre d'une première déduction mettre en évidence le fait qu'il s'agit d'actes relatifs au contentieux et au contrôle de secteurs caractérisés par des délégations de service public. Cette classe regroupe les agissements des opérateurs dominants dans le cadre d'une réglementation que nous qualifierions de stable. Il n'est nulle part question de déréglementation dans cet échantillon. Nous pouvons cependant relever le fait qu'il s'agit principalement de comportements anti-concurrentiels mis en œuvre par des délégataires de services publics. Les comportements visés se rattachent surtout aux ententes. Cette analyse est confortée si nous considérons les firmes à la base de la formation de la classe.

### Classe n° 5 : Avis du Conseil sur les modalités du changement de réglementation (électricité, postes et chemins de fer)

Cette classe, représentant 40 % de l'information, regroupe l'ensemble des avis, décisions et mesures conservatoires rendus par le Conseil de la concurrence en vue de préparer le basculement de convention de réglementation. Il s'agit des actes visant à ouvrir les réseaux à la concurrence en évitant les abus de position dominante des opérateurs historiques. Ce sont

principalement des avis formulés préalablement à la transposition de directives européennes ou suite à des demandes de syndicats professionnels ou de concurrents potentiels souhaitant une ouverture « équitable » du marché.

### Classe n° 2 : implémentation de la nouvelle réglementation, notamment dans le domaine des télécommunications

Cette classe regroupe 25.2% de la base. Il s'agit d'une des classes les plus importantes de notre corpus. La spécificité de cette classe par rapport aux classes 1 et 5 tient au fait que nous ne sommes plus dans le registre du dommage à l'économie dénoncé par l'Etat, mais dans le domaine du dommage à des tiers. Les dénonciateurs sont alors des entreprises privées. Ces plaintes sont à l'origine d'une jurisprudence contribuant à parfaire la réglementation elle-même. C'est la dernière étape de la construction du nouveau cadre réglementaire. L'architecture réglementaire a été élaborée par le gouvernement, appuyé notamment par les avis du Conseil de la Concurrence quant à la régulation du secteur et quant à la transposition des directives européennes. Le "gros œuvre" a été le fait notamment de l'autorité de régulation au travers de l'encadrement et du contrôle des pratiques de l'opérateur dominant et de la construction des dispositifs réglementaire. Ce sont les opérateurs privés qui vont couronner l'édifice en assurant une sorte de finition de la législation, de précision et d'enrichissement de celle-ci, à travers les contentieux spécifiques. Le nombre de modalités juridiques relatives à l'irrecevabilité et au classement des affaires montre que nous sommes sortis de l'intervention étatique menée à l'encontre des cartels, dans le cadre d'une législation bien posée et conduisant très souvent à la condamnation des pratiques. Nous sommes ici dans une législation balbutiante, en cours de construction, opposant des intérêts particuliers. Le Conseil contribue alors à régler des litiges entre particuliers, nous sommes plus dans une construction de la réglementation de type jurisprudentielle, selon les approches autrichiennes.

Il s'agit ici de l'implémentation elle-même des principes juridiques découlant de la nouvelle convention de réglementation (la dérégulation elle-même) dans le domaine des télécommunications. On ne discute plus en terme de service public, de concessions, plus même en terme d'introduction de la concurrence, de nouvelle réglementation. La dérégulation est acquise. Le conseil intervient comme une instance d'activation du nouveau cadre réglementaire au travers des litiges de son ressort et de son activité de

“construction de la concurrence” aux côtés de l’ART. La présence d’une convention au sens fort du mot est attestée par la présence d’un vocabulaire strictement technique et commercial. Les principes de bases de la réglementation sont acceptés par tous.

Les deux classes suivantes ne se rattachent plus à la problématique de la réglementation des industries de réseau mais à des litiges liés à la construction électrique.

### Classe n° 3 : cartels dans les appels d’offres

Cette classe est comparativement moins importante que les précédentes. Elle ne représente que 9.7% des formes lexicales. Il s’agit d’un contexte relatif à la sanction des ententes dans le secteur différencié dans le cadre de l’application standard du droit de la concurrence et donc marqué par une forte prégnance du vocabulaire de la procédure.

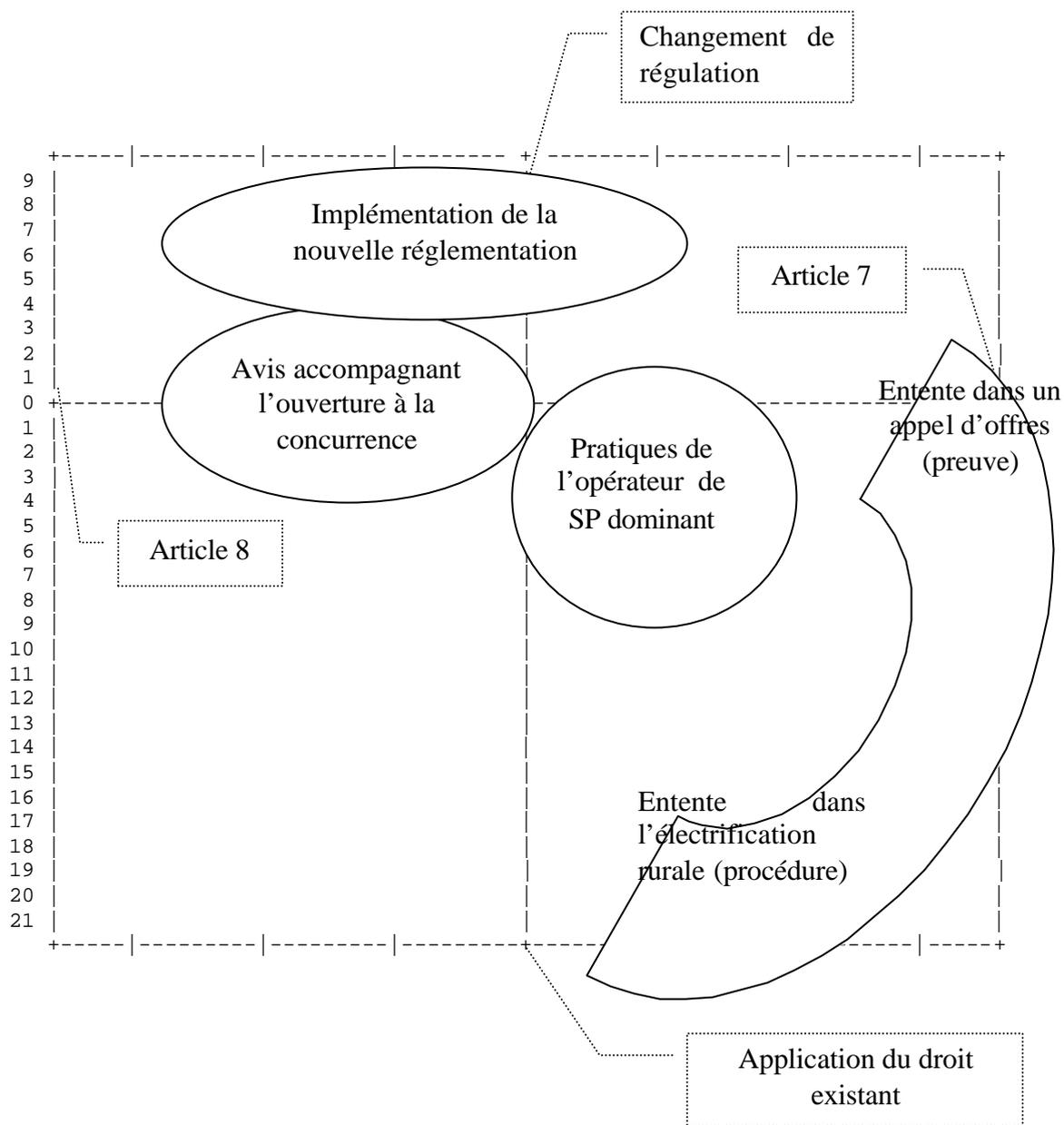
Il convient, dans cette classe, de la sanction dans le cadre d’une application « normale » du droit de la concurrence dans le domaine de la répression des pratiques anticoncurrentielles des entreprises que celles-ci agissent ou non (plutôt non d’ailleurs) dans le secteur non différencié. Il s’agit principalement d’applications de l’article 7 (ententes). Le vocabulaire est celui de la procédure juridique. L’analyse économique a un part mineure du fait du caractère “routinier” ou du moins balisé de ce type de décision. Nous pouvons appuyer cette position, en pointer la place marginale des avis dans la construction de ce contexte. Nous pouvons noter que la dénonciation pour cartel concerne principalement (dans notre échantillon) la construction électrique, seule catégorie qui ne correspond pas réellement à une industrie de réseau. L’application de l’article 7 s’accompagne donc souvent de la demande et de l’application de sanctions pécuniaires. Cette classe recouvre les pratiques de collusions dans le domaine d’appels d’offres d’électrification rurale. L’une des caractéristiques de ce contexte est l’accent mis sur les procédures juridiques mises en œuvre par le Conseil de la Concurrence.

#### Classe n° 4 : Entente dans les appels d'offres d'EDF

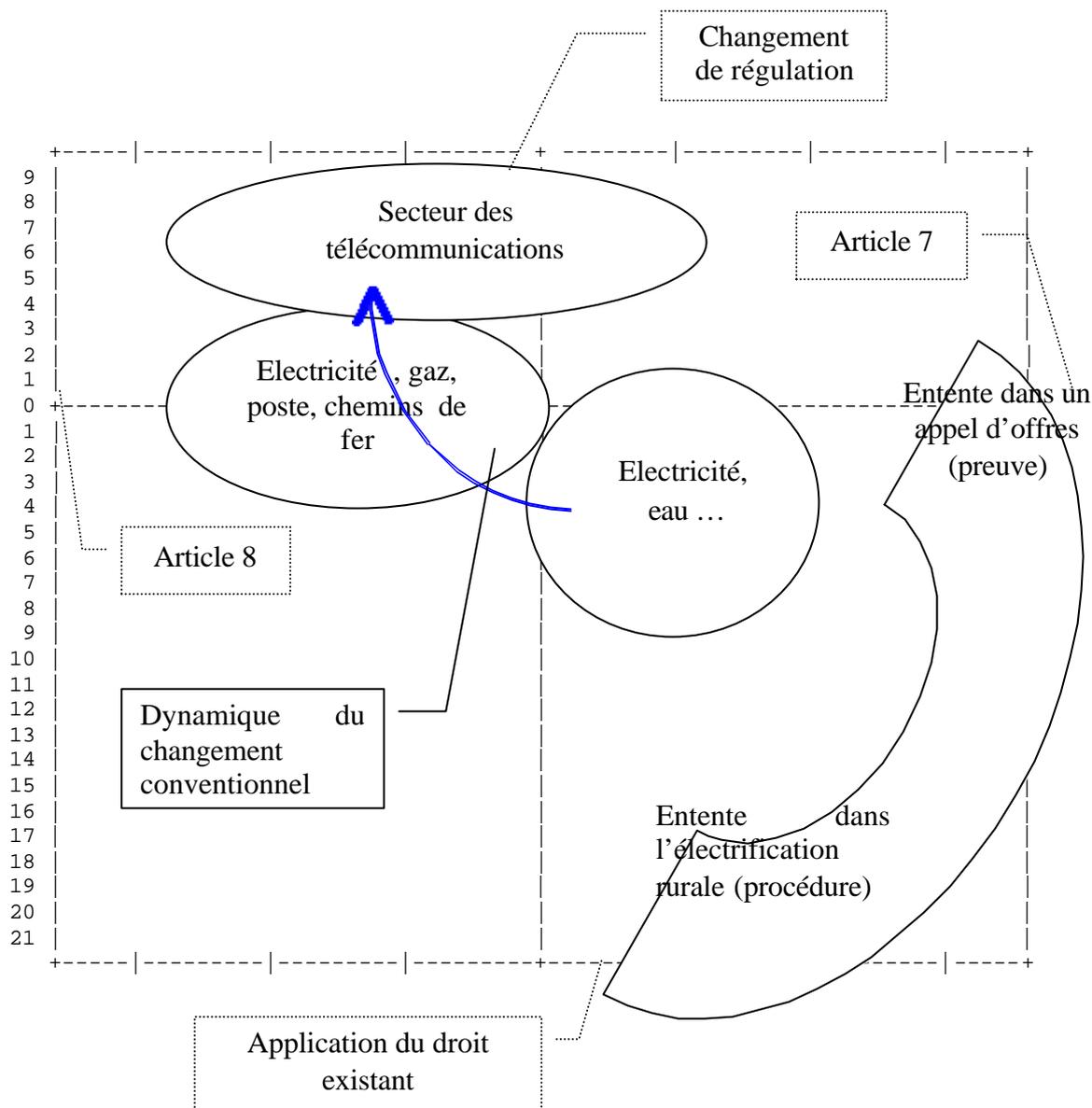
Cette classe, comme la précédente, se singularise par son faible poids (7% de notre corpus). La classe 4 s'apparente à la classe 3 en ce sens qu'elle recouvre, elle-aussi, les condamnations de pratiques de sociétés de construction électrique dans le cadre de concertations autour d'un appel d'offres. Les divergences tiennent ici au fait que la victime des pratiques est EDF-GDF et non plus les collectivités territoriales (nous ne sommes plus dans le contexte de l'électrification rurale) et au fait que l'argumentaire ne se fait non plus en fonction de la procédure mais fait beaucoup plus appel à la syntaxe de la preuve. Elle se distingue de la classe 3 dans la mesure où elle fait plus appel à une thématique matérielle qu'à une thématique de type juridique assez proche somme toute des réseaux de service public. En effet, la classe 3 se rattachait à la problématique de l'électrification rurale. Autre différence, purement lexicale celle-ci, la classe 4 fait référence à un registre "urbain", alors que la classe 3 se rattachait à un monde "rural".

#### *Analyse en composantes principales élaborée à partir de l'analyse lexicale*

Le logiciel Alceste permet de construire à partir de la classification élaborée une analyse en composantes principales. Nous présenterons la projection des différentes classes et variables dans le plan défini par les deux vecteurs propres ayant la plus forte qualité explicative. Le premier axe explicatif est construit à partir d'un vecteur propre expliquant 37.78 % de l'inertie. Le second axe explique, quant à lui, quelques 24.77 % de l'inertie. La projection des classes et modalités dans le plan orthonormé défini par ces deux vecteurs propres va nous permettre de les identifier. La projection obtenue par le logiciel est présentée en annexe 42. Nous produisons ici une projection simplifiée dans laquelle nous avons fait ressortir les grands ensembles constitutifs de notre base. Le positionnement des classes dans le plan nous permettra de déduire une dynamique possible du changement conventionnel à partir des classes de l'analyse lexicale. Cette dynamique est celle que nous avons pressentie à travers les autres traitements que nous avons appliqués à notre base.



Le passage de l'identification des classes à une typologie sectorielle permet de dégager une dynamique susceptible de caractériser l'ensemble des industries de réseau.

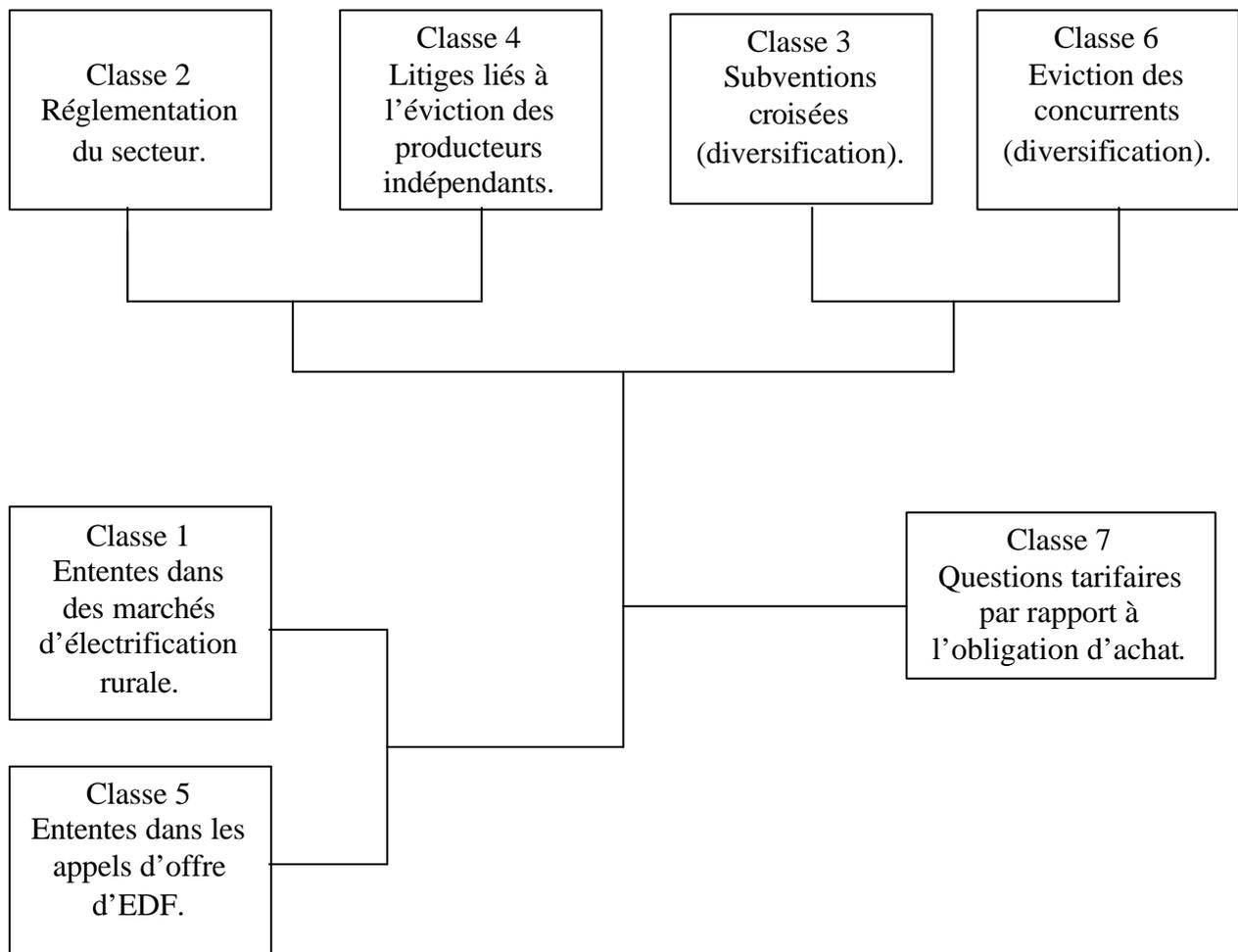


La projection dans le plan défini par les vecteurs propres des formes lexicales utilisées par le logiciel apporte des éléments additionnels quant à l'identification des ensembles (voir annexe 42). La dynamique du changement de convention de réglementation semble donc aller du centre de notre plan vers le nord à travers le quadrant nord-ouest. Cette dynamique permet de passer d'un vocabulaire qui semble celui de la concession de service public à un vocabulaire lié à la nouvelle économie des réseaux (séparation des segments), pour enfin converger vers le monde des télécommunications, caractérisé par la concurrence des opérateurs de services.

#### **IV.5.2 Analyse lexicale du corpus de décisions, mesures conservatoires et avis du Conseil de la Concurrence limitée à l'électricité et à la construction électrique.**

Cette seconde analyse lexicale se limite au seul champ de l'électricité. Elle s'attache donc à deux secteurs. Le premier est celui de la construction électrique. Le second est celui de la production, du transport et de la distribution de l'énergie électrique.

Le dendrogramme obtenu après l'analyse lexicographique du corpus juridique permet de mettre en évidence pas moins de sept classes.



Les classes 1 et 5 sont relatives à des ententes dans le domaine de la construction électrique. Les classes 2 et 4 d'une part, puis 3 et 6 d'autre part, traitent des abus de position dominante qu'est susceptible de mettre en œuvre l'opérateur dominant. Le sous-groupe formé par les

classe 2 et 4 concerne les dimensions légales de cet éventuel abus et traite donc plutôt des questions de réglementation. A l'inverse, les classes 3 et 6 se rapprochent plus des dimensions stratégiques et comportementales de ces abus. Il ne s'agit plus du monde du droit, de l'architecture réglementaire mais du domaine de la stratégie de l'opérateur historique face à ses nouveaux concurrents (classe 6) ou sur des marchés hors du périmètre de son monopole légal (classe 3). La classe 7 relative aux questions de politique tarifaire de l'opérateur de service public provient du contentieux lié à l'obligation d'achat.

Les classes 1 et 5 se rattachent au vocabulaire du contentieux juridique autour des cartels. La dominante lexicographique est du domaine tantôt de la preuve (classe 1), tantôt de la procédure (classe 5). Les classes 2 et 4 mobilisent un registre qui est celui de la réglementation du secteur. La classe 2 est spécifiquement consacrée à la question de la régulation de l'électricité. La classe 4, relative aux abus de position dominante dénoncés par les producteurs autonomes comme des barrières à l'entrée), se rattache aussi au vocabulaire de la réglementation du secteur. Cette affiliation est le fruit de la prégnance du vocabulaire lié à l'obligation légale d'achat. Les classes 3 et 6 mettent plutôt en avant un vocabulaire de type stratégique lié aux diversifications d'EDF. Celles-ci ne font parfois pas écho au changement de réglementation (classe 3). Le lexique utilisé se ramène donc aux subventions croisées. A l'inverse, quand ces diversifications sont corrélées au changement réglementaire, ces opérations sont interprétées comme des opérations d'éviction de la concurrence. Le lexique mobilisé n'est ni plus ni moins celui de la théorie des marchés disputables. La classe 7 est bâtie autour d'une question relative au respect par EDF du cadre théorique allaisien. La question vient en fait des modifications de structures et de niveaux tarifaires mis en œuvre par Edf et pénalisant les producteurs autonomes. Le vocabulaire utilisé ici est celui de la théorie économique de la tarification.

Une question qui peut se poser après ce rapide survol tient à l'absence d'une classe spécifique pour l'abondant contentieux opposant EDF aux producteurs autonomes. Les actes juridiques relatifs au respect de l'obligation d'achat sont dispersés du fait de la concomitance de trois facteurs :

1. Les demandes d'avis et les décisions contestant la fixation des tarifs forment une première catégorie. Il s'agit d'industriels dénonçant l'abus de position dominante d'EDF. Le vocabulaire comme nous l'avons vu est celui du marginalisme.

2. Les litiges classiques /obligation d'achat n'apparaissent pas ici car l'échantillon débute en 1997. Les actes 94-MC-14, 95-MC-06 et 95-MC-15 sont du registre de l'obligation d'achat prévue dans la loi de 1946. Le contentieux s'inscrit donc dans le champ de l'application du droit.
3. Les décisions et mesures conservatoires relatives aux producteurs indépendants sont en partie confondues dans les faits (et ce depuis 1997/1998) avec les décisions relatives aux barrières à l'entrée mises en œuvre par EDF pour écarter les compétiteurs potentiels. Ceci atteste de l'évolution du contentieux et donc de la question de l'obligation d'achat de l'espace de survivance de convention à celui d'élément de basculement. Il ne s'agit plus de la mise en œuvre d'une précédente convention de réglementation, mais des litiges liés à la préparation de la libéralisation du marché.

Afin de démontrer ces diverses hypothèses nous nous proposons de mettre en évidence la composition et donc la nature des classes avant de réaliser une interprétation des résultats à partir de la traduction graphique des sorties de l'analyse lexicale. Le tableau suivant nous permettra d'apprécier le "poids" de chacune des classes en ramenant chacune d'elle à la part d'u.c.e. contenus dans le texte qu'elle regroupe.

Classe	Pourcentage en terme d'UCE expliquées
1	20.6
2	17
3	16
4	14.9
5	16.6
6	8.8
7	6.1

Si nous regroupons ces classes selon le modèle que nous avons esquissé en introduction, nous pourrions voir le poids relatif de chacune des thématiques dans notre corpus.

Thème des ententes (article 7) : classes 1 et 5 (ces deux classes recouvrent le secteur de la construction électrique)	37.2 %
Thèmes liés aux réseaux électriques	62.8 %
<i>dont</i>	

Argumentaire de la réglementation : classes 2 et 4	31.9 %
Argumentaire de l'abus de position dominante : classes 3 et 6	24.8 %
Thème de la tarification optimale de service public	6.1 %

Le poids secondaire de la théorie marginaliste peut s'expliquer de deux façons. D'un premier point de vue, les premières décisions intégrées au corpus (1996) sont contemporaines de la directive européenne 96/92/CE. Les litiges dès lors se placent dans le champ de l'inéluctable libéralisation du marché français. Autre angle d'analyse possible, celui de considérer que les plaintes ressortissantes de l'ancienne réglementation ne pouvaient être efficacement étayées sur le domaine de la théorie économique pure et de ce fait passaient plus souvent sur l'argumentaire, un peu plus juridique, du principe de spécialité. Nous présenterons ici les différentes classes. L'annexe 43 donne le détail de la formation de celles-ci.

1. Réglementation du secteur électrique et litiges afférents au respect de l'obligation d'achat (classe 2 et 4)

Ces deux classes sont liées du fait de la prégnance du registre juridique dans le domaine des relations entre EDF et les producteurs autonomes. En effet, l'obligation d'achat s'appuie sur la loi de rationalisation de 1946 et sur le décret de 1955. Le contentieux lié à l'obligation d'achat se retrouvera dans la classe 6. Il s'agira cependant d'un autre registre, celui de l'éviction de concurrents potentiels. Les saisines des producteurs autonomes auront alors pris acte du changement réglementaire.

- Classe 2 : Réglementation du secteur électrique

Il s'agit d'une classe qui correspond à la phase préparatoire du processus de libéralisation. Les termes spécifiques à la classe et les termes les plus usités permettent d'étayer cette hypothèse. Le vocabulaire de la nouvelle économie des réseaux prédomine, notamment quant aux conditions à mettre en place pour autoriser l'accès des tiers au réseau.

- Classe 4 contentieux lié à l'obligation d'achat d'EDF

Cette classe regroupe les abus de position dominante dont les producteurs autonomes accusent EDF, mais aussi certaines diversifications entreprises par l'opérateur historique. Le point

commun et le facteur unifiant de l'ensemble de cette classe réside dans le fait que cette stratégie est dénoncée comme une barrière à l'entrée ou une entreprise d'éviction de concurrents dans le cadre de la préparation de l'ouverture du marché.

2. Contentieux lié aux diversifications d'EDF : problématiques des subventions croisées et des tentatives d'éviction des concurrents (classes 3 et 6)

- Classe 3 : litiges liés aux diversifications d'EDF ; dénonciations de subventions croisées

La classe 3 est relative aux pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par l'opérateur dominant dans ses diversifications. Il s'agit de violation du principe de spécialité et de mise en place de subventions croisées pour conquérir des marchés hors du monopole légal.

- Classe n° 6 : litiges liées aux diversifications d'EDF ; tentatives d'éviction des concurrents

Il s'agit d'une classe regroupant des opérations de diversification considérées comme constitutives de barrière à l'entrée. Lorsque ces diversifications s'accompagnent de clauses d'exclusivité, EDF est accusée d'instaurer au travers elle des mécanismes protecteurs face à l'ouverture du secteur à la concurrence.

3. Tarification de l'électricité (classe 7)

Cette classe est issue d'une demande d'avis formulée par le syndicat des producteurs autonomes d'électricité thermique. Elle porte sur la conformité de la politique d'EDF aux principes de la tarification marginaliste. Elle se distingue des autres classes dans la mesure où elle mobilise un registre issu de la doctrine économique d'EDF. Le SNPIET reprend donc le langage du modèle allaisien dans la mesure où il s'agit de montrer que les variations tarifaires d'EDF s'écartent de sa propre doctrine pour servir un but d'éviction des producteurs autonomes.

#### 4. Ententes dans les appels d'offres pour les équipements électriques (classes 1 et 5)

- Classe 1 : ententes dans le secteur de l'électrification rurale

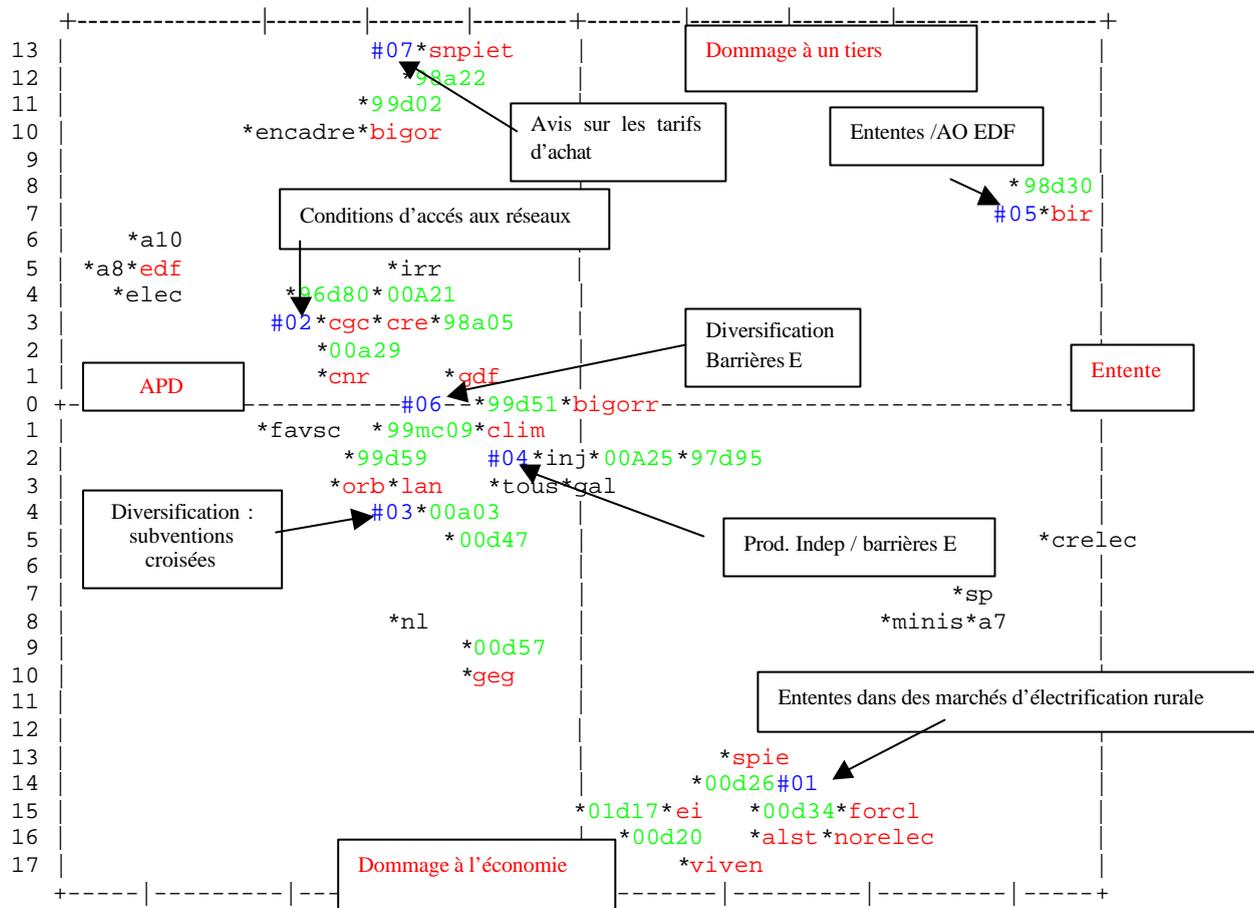
La classe 1 se rapporte aux ententes constatées dans des marchés principalement d'électrification rurale. L'une de ses spécificités tient au primat du langage de la procédure juridique.

- Classe n° 5 : ententes dans les appels d'offres d'EDF

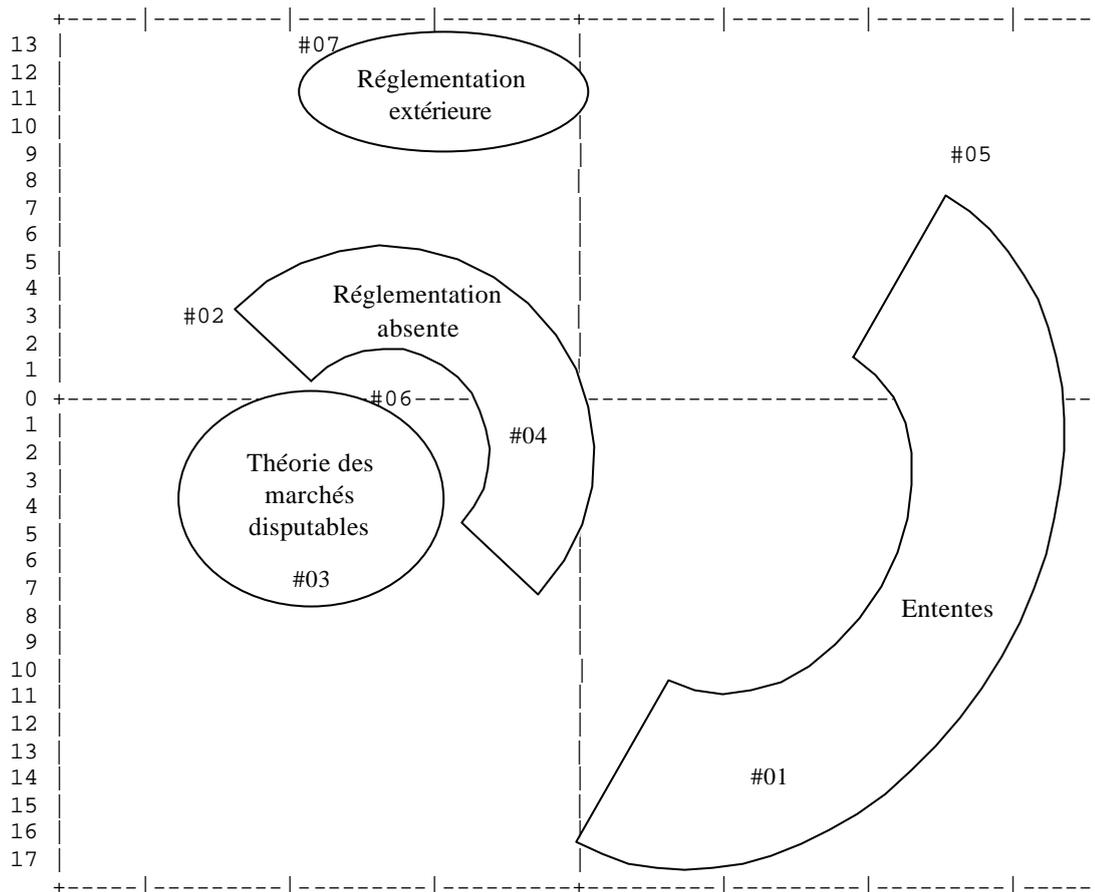
Cette classe regroupe les ententes entre constructeurs d'équipements électromécaniques dans le cadre d'appels d'offres d'EDF. La spécificité par rapport à la classe 3 tient au fait que le langage juridique ici mobilisé est celui de la preuve et non pas de la procédure judiciaire.

*Projection dans le plan défini par les vecteurs propres du corpus d'actes relatifs à l'électricité*

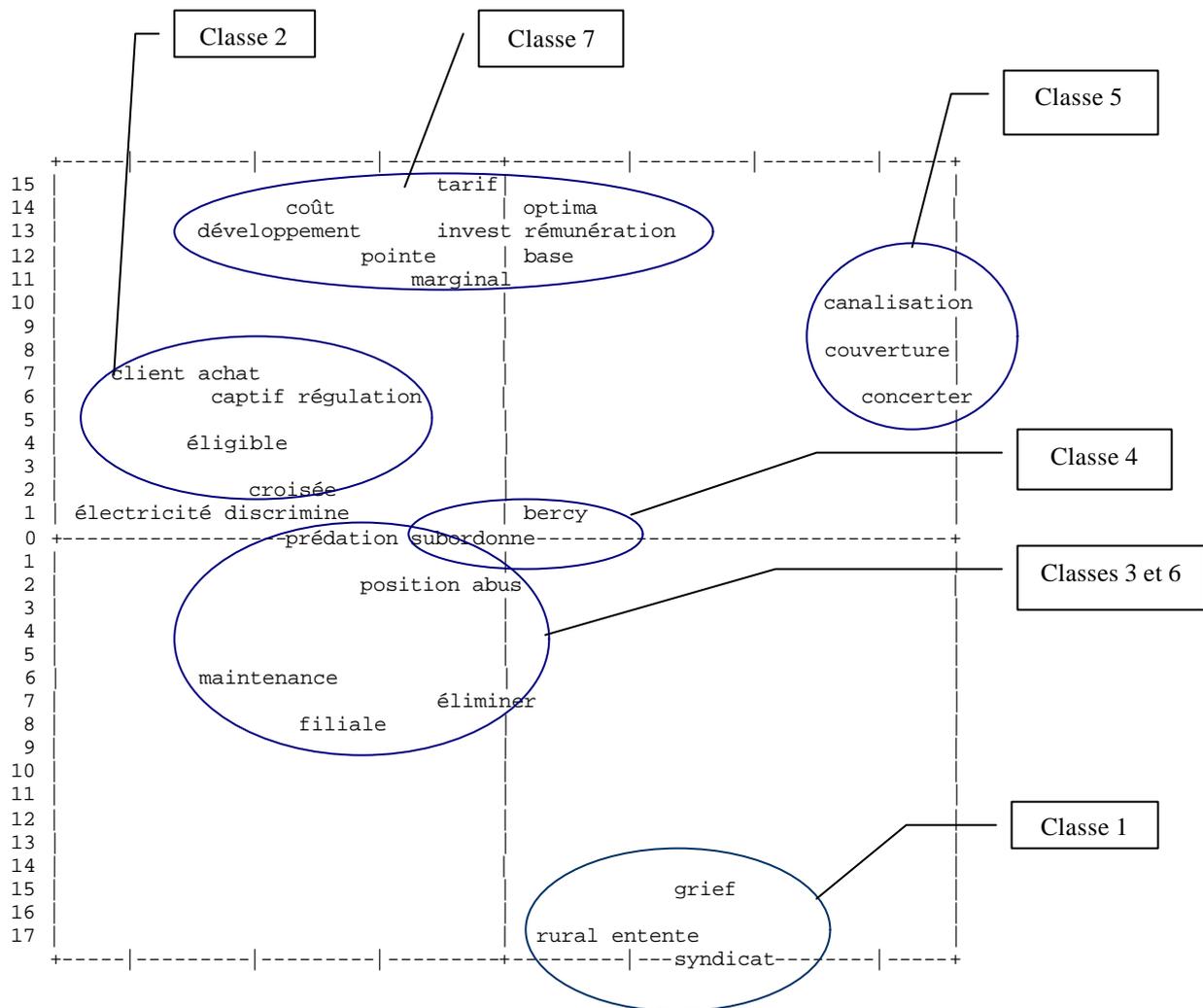
Le logiciel Alceste permet de réaliser à partir de la classification opérée sur le corpus juridique une analyse en composantes principales. Celle-ci ne porte que sur les classes de vocabulaire et non sur les actes juridiques eux-mêmes. De ce fait cette analyse se distingue radicalement de l'analyse en composantes principales que nous venons de mettre en œuvre sur notre corpus juridique. Cependant, les deux vecteurs propres les plus significatifs sont identifiés de la même façon que les précédents. Le premier vecteur propre explique quelque 31.21 % de l'inertie et semble pouvoir s'interpréter comme opposant les abus de position dominante aux ententes anticoncurrentielles. Le second vecteur propre explique 17.35 % de l'inertie et peut être identifié à partir de l'opposition dommage à l'économie / dommage à des tiers. Les classes, actes judiciaires et variables étoilées à la base de notre analyse sont présentées dans cette projection dans notre annexe 43. Nous nous présenterons ici qu'une version simplifiée de celle-ci.



Les regroupements de classes permettent de faire apparaître les ensembles suivants. Ceux-ci peuvent encore être regroupés en deux grands groupes. Le premier se situe principalement du côté gauche, c'est-à-dire, l'abus de position dominante. Il s'agit de l'ensemble du contentieux lié au réseau électrique. Le second ensemble s'inscrit dans le côté droit, celui des ententes anticoncurrentielles. Il s'agit des cartels créés par les firmes électromécaniques dans les appels d'offres d'EDF ou des syndicats d'électrification rurale.



Nous pouvons aussi projeter certains des termes les plus significatifs de chaque classe dans les quatre quadrants définis par les deux principaux vecteurs propres.



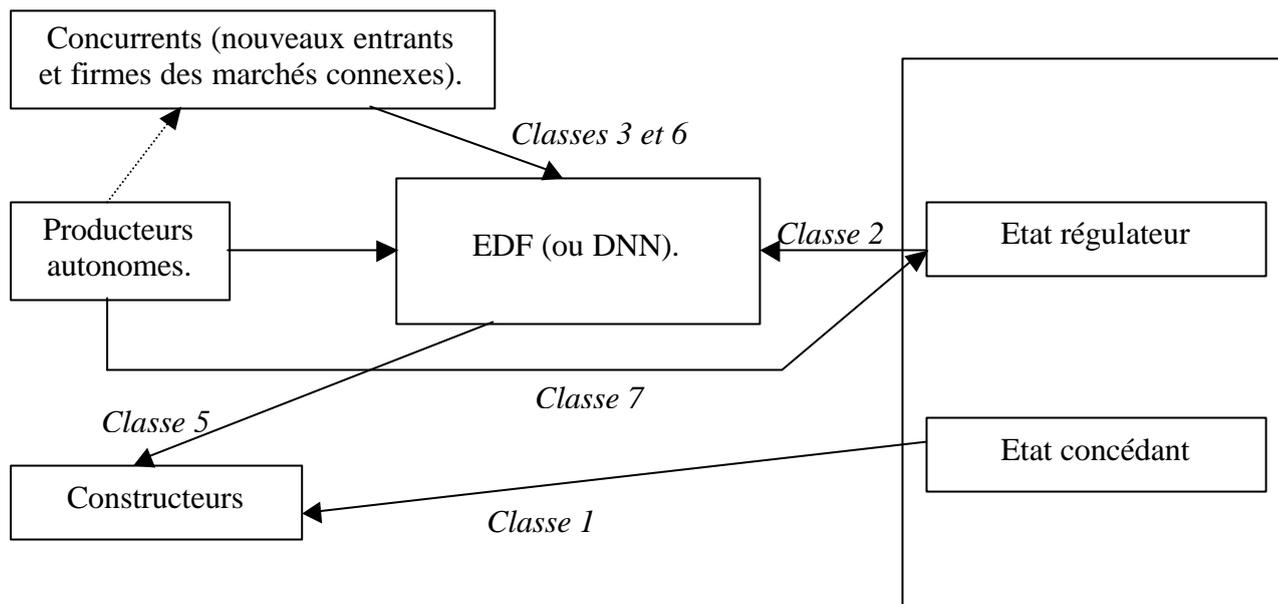
Le graphique ci-dessus met en regard des exemples de vocabulaires spécifiques et les classes dégagées par l'analyse lexicale.

### *Principaux enseignements de l'analyse lexicale appliqués au secteur électrique*

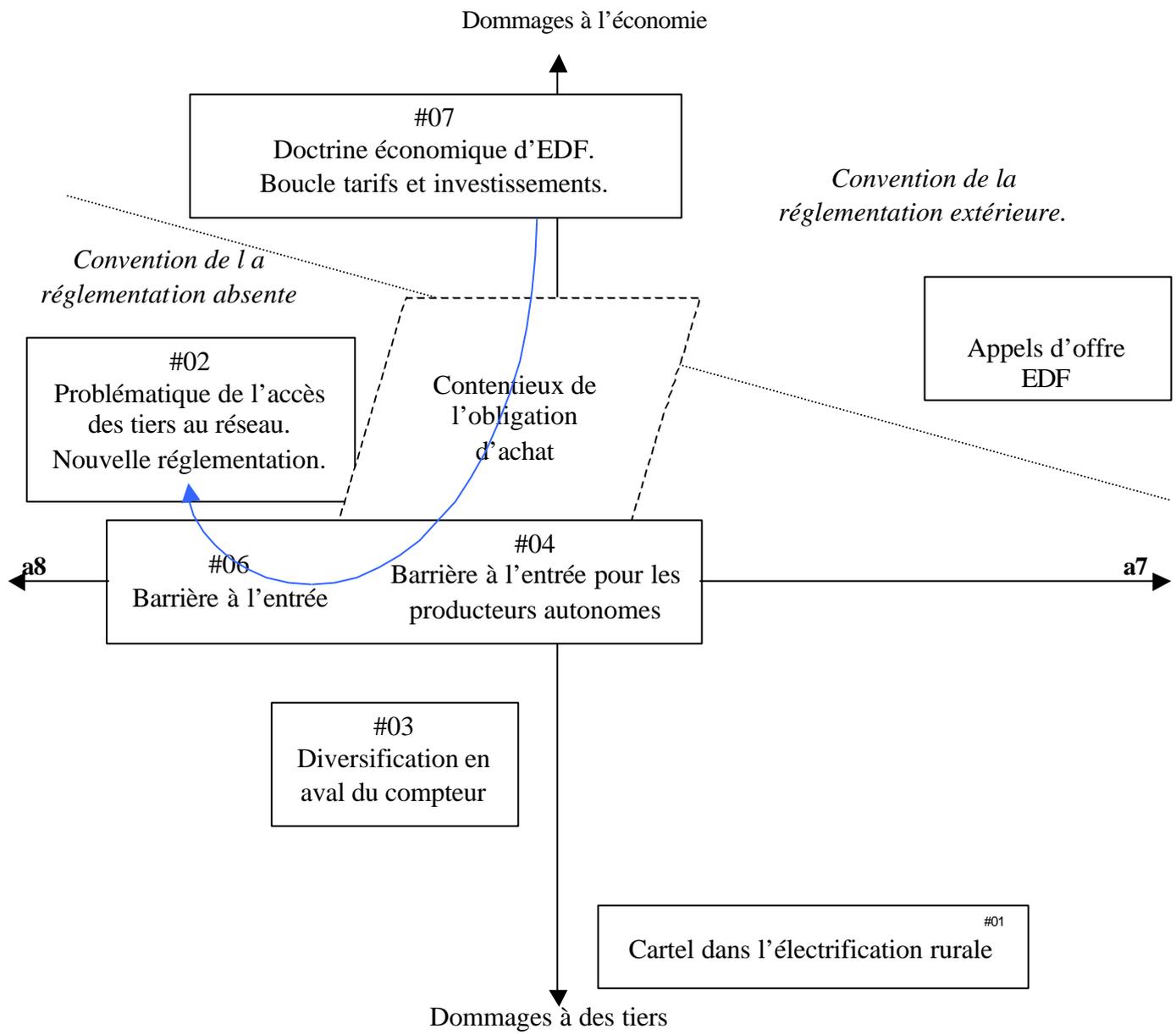
L'examen du corpus relatif au seul contentieux du secteur électrique nous permet de mettre en évidence trois principaux registres d'action dans les actes du Conseil de la Concurrence, correspondant à trois configurations distinctes du marché considéré.

Type de contentieux	Registre des actes	Convention de réglementation	Référent théorique	Dénonciateur	Types d'actes	Tendances
<u>Secteur différencié</u> Construction électrique	Ententes dans les appels d'offres (classes 1 et 5)	Application du droit commun de la concurrence	Concurrence pure et parfaite	Administration	Décisions	Indépendant
<u>Secteur en cours de différenciation</u>  *réglementation sectorielle	Réglementation du secteur électrique et litiges sur l'obligation d'achat (classes 2 et 4)	Transition vers la convention de réglementation absente  Accent sur la structure du marché	Nouvelle économie des réseaux et théorie des marchés disputables	Administration et concurrents	Avis et décisions	Croissance (cl.2) Baisse (cl.4)
* contrôle de la stratégie d'EDF	Dénonciations de subventions croisées et de tentatives d'éviction dans le cadre de diversifications (classes 3 et 6)	Accent sur la stratégie des firmes				Stabilité à court terme (cl.3) et à moyen terme (cl.6)
<u>Secteur non différencié</u> Tarification de service public	Questions sur les tarifs d'achat de l'électricité (classe 7)	Convention de la réglementation extérieure	Théorie du rendement social	Syndicats professionnels	Avis	Disparition

Il est possible de présenter le réseau d'acteurs déduit de la structure des registres d'argumentation dans le domaine électrique. Chaque type d'acteur est relié par chaque classe de contentieux juridiques constitutifs de notre échantillon.



L'analyse lexicale appliquée au secteur électrique nous permet de projeter dans le plan les types de litiges et de confirmer nos intuitions quant à la trajectoire du secteur électrique dans la dynamique initiée par le changement conventionnel. Le graphique suivant nous permettra de mettre en parallèle l'évolution de la problématique de la production autonome, les classes dégagées par l'analyse lexicale et les diverses conventions de réglementation. La problématique du soutien d'EDF à la recherche et développement des PME fera l'objet de notre dernier chapitre. Nous verrons comment, cette question peut se lire dans le cadre d'analyse défini par la pluralité des conventions de réglementation.



## Conclusion

Nous nous proposons, dans cette conclusion, de revenir sur la caractérisation de nos conventions de réglementation. Nous insisterons sur l'importance des processus de régulation juridique dans l'action économique et sur ses liens avec la dynamique du changement institutionnel. Nous aborderons, ensuite, les questions de la justice et le rôle des débats de sciences économique dans les processus de changement réglementaire. Enfin nous nous interrogerons sur la dynamique de l'électricité française.

## I. Validation du cadre théorique et conclusions empiriques

### a. Convention de réglementation et systèmes d'acteurs

Apprécier la diversité des conventions de réglementation envisageables et remettre en perspective les expériences de réglementation situées nous conduit donc à conclure à la pluralité des structures institutionnelles de réglementation du secteur électrique. Pour entamer notre conclusion, il est opportun de retracer les différents schémas institutionnels d'interaction que nous avons dégagés de notre étude historique (chapitre I), de l'analyse du corpus d'actes du Conseil de la Concurrence (chapitre IV).

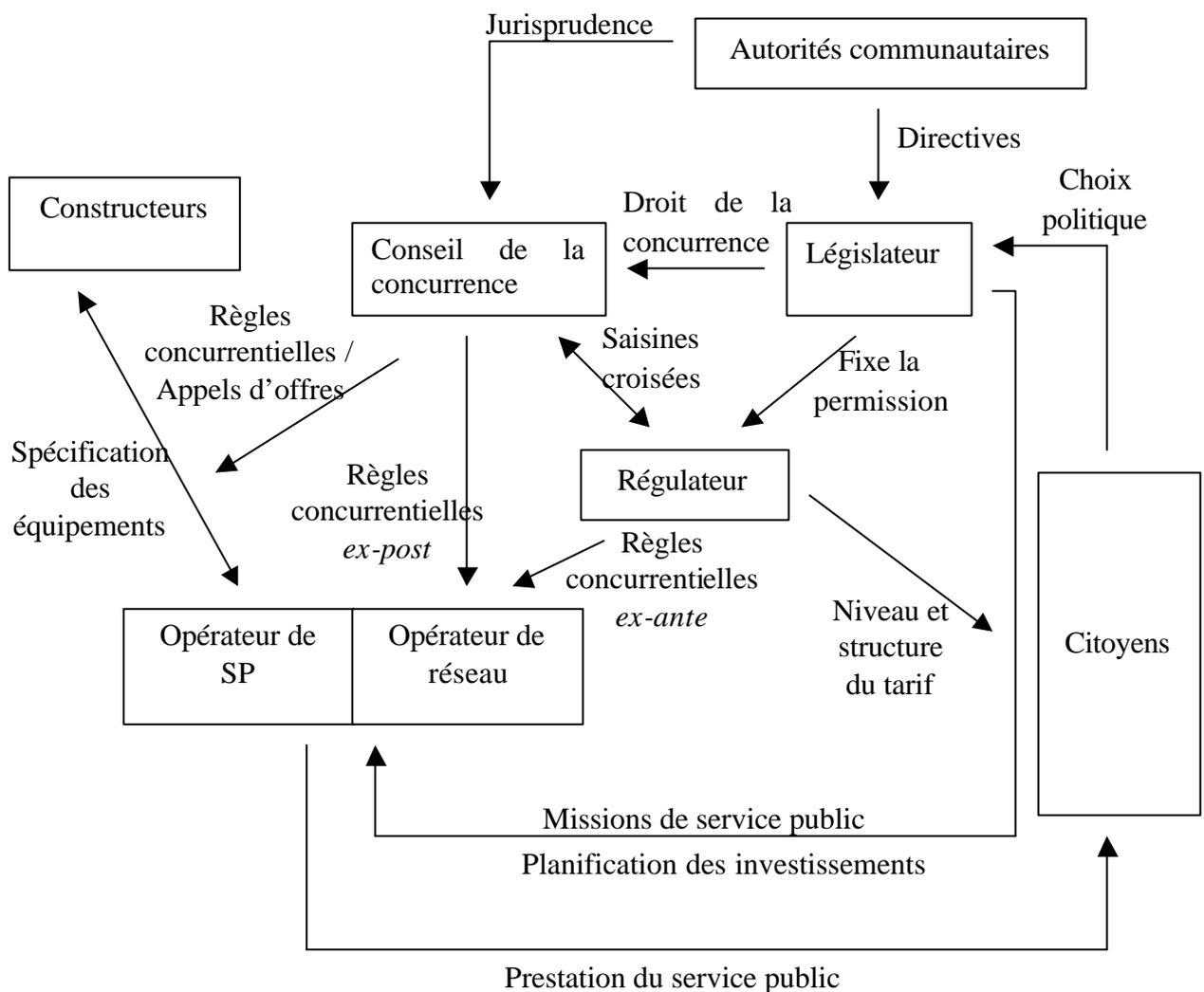
Il est possible de relier les diverses conventions de réglementation à des schémas institutionnels d'interactions. Nous nous proposons de mettre en évidence les logiques d'interactions institutionnelles relevant de chaque convention de réglementation. Nous présenterons, tout d'abord, ce qui nous apparaît être le cadre général de régulation des services publics dits de réseau<sup>623</sup>. La dynamique de ces secteurs ne peut se comprendre que dans le cadre d'un contexte d'action institué par les règles de droit. Ce modèle général posé, nous envisagerons ses diverses déclinaisons, identifiées à partir de notre analyse. Nous présenterons, dans un second temps, le cadre d'interaction actuel, tel qu'il émerge de notre analyse des avis, décisions et mesures conservatoires du Conseil de la concurrence et de l'étude de la législation en vigueur. Les schémas suivants détailleront les cadres déduits de nos analyses historiques. Nous présenterons la convention initiale de réglementation de service public, telle qu'elle prévalait avant la Grande Guerre. Nous nous attacherons ensuite à

---

<sup>623</sup> Kirat T. et Baye E., (1998), *op. cit.*

la dérive de celle-ci vers une convention de réglementation extérieure, à travers les interventions croissantes des pouvoirs publics dans la réglementation du secteur. Cette convention de réglementation extérieure, telle qu'elle a été appliquée au travers du modèle EDF fera l'objet d'une présentation. Enfin, nous envisagerons, à partir de notre second chapitre, ce que pourrait être un schéma d'interaction relevant d'une convention de réglementation absente.

- Le contexte d'interaction émergeant de notre analyse



Ce schéma détaille le système d'interaction prévalant dans le système électrique français. Le cadre législatif en vigueur est le fruit de la transposition de la directive européenne. Une délégation de pouvoir réglementaire se fait au profit de la Commission de Régulation de

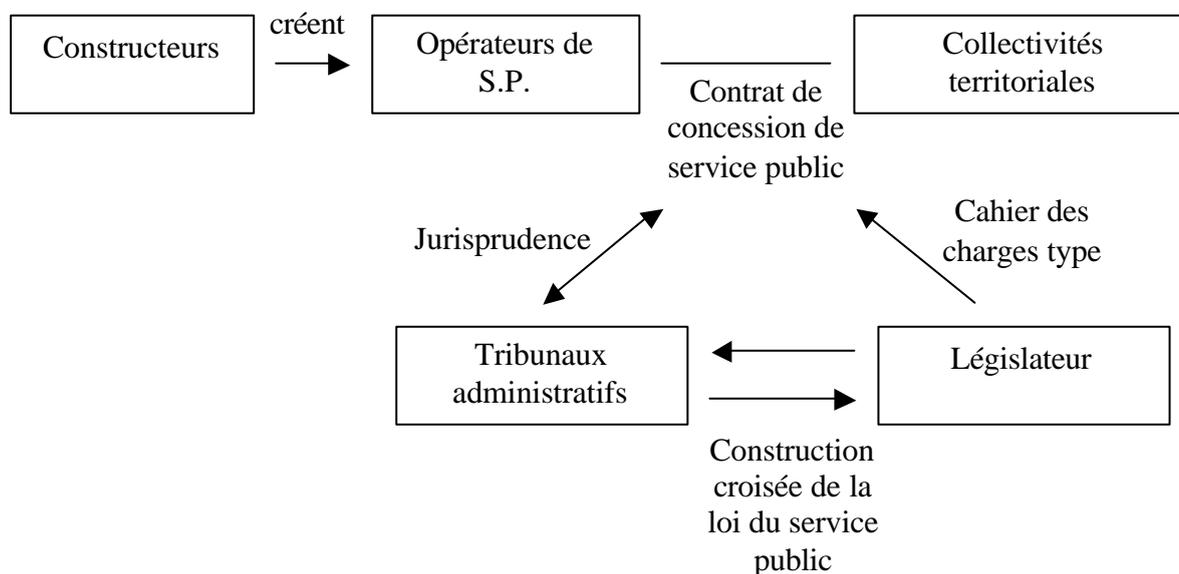
l'Electricité. Quatre pôles sont donc à l'origine de la constitution du cadre législatif et réglementaire "instituant" le cadre d'action du secteur électrique. Il s'agit de l'Etat *stricto sensu*, de la Communauté européenne, via les directives, de la Commission de Régulation, via son pouvoir réglementaire et indirectement le Conseil de la Concurrence, de par ses avis préalables. Outre une régulation *ex ante* assurée par cette autorité de régulation, une seconde régulation se fait *ex post* par l'application du droit de la concurrence. Trois acteurs sont à l'origine de ce second cadrage juridique. Il s'agit de la Commission de Régulation, du Conseil de la Concurrence et, indirectement, de la Cour de Justice des Communautés Européennes, dont la jurisprudence est intégrée par le Conseil de la Concurrence. L'un des traits saillants qui apparaissent dans le schéma est la perte du monopole d'action de l'Etat Central en matière de choix de politique industrielle (soumise au Conseil de la Concurrence et à l'Union Européenne), en matière de choix de service public et en matière de politique énergétique nationale. Le choix social exprimé par les élections est donc "contrôlé" par trois instances ne ressortissant pas directement d'un choix démocratique. Il s'agit de la Commission Européenne (et de la CJCE), la Commission de régulation de l'Electricité et le Conseil de la Concurrence, c'est-à-dire deux autorités administratives indépendantes. Au-delà de ce problème de contrôle démocratique, se pose la question de l'éviction de la politique industrielle et de la politique d'indépendance énergétique nationale au profit du seul droit de la concurrence.

Peu ou prou, le nouveau cadre institutionnel du secteur électrique français se rapproche d'un hybride des prescriptions des quatre conventions de réglementation que nous avons mises en évidence. Le cadre institutionnel emprunte la majeure partie de ses caractéristiques à la convention de la réglementation absente. Nous retrouvons la logique de la nouvelle économie des réseaux et de la construction d'un marché concurrentiel via les règles d'organisation édictées par une autorité de régulation. Les deux précédentes conventions de réglementation ont laissé une abondante sédimentation dans la structure institutionnelle du secteur. La place des collectivités territoriales dans l'attribution des concessions de distribution n'a jamais été remise en cause depuis la loi de 1906. De la même façon, la prégnance de la convention de réglementation extérieure ne doit pas être sous-estimée. La loi de 2000 laisse la possibilité à l'Etat d'exercer une influence notable sur le secteur. De la même façon, les directives européennes et les déclarations de la Commission montrent qu'une politique énergétique active n'est en rien proscrite par l'Europe, loin s'en faut. L'Etat peut disposer de puissants leviers d'actions. Le fait qu'il ne profite pas actuellement des potentialités offertes par le

cadre institutionnel atteste bien de la prégnance de la convention de réglementation absente. L'Europe intervient encore comme un bouc-émissaire de décisions acceptées au niveau national et justifiées devant les électeurs comme une contrainte extérieure. Si la convention de la réglementation absente semble devoir prévaloir, le dessaisissement du législateur au profit d'autorités indépendantes semble relever en partie d'une convention de réglementation autrichienne dans laquelle les règles publiques ne doivent pas émaner du peuple souverain mais doivent être dégagées de la pratique du juge judiciaire. Nous sommes encore bien loin de ce cas idéal-typique, mais le jeu de la jurisprudence que nous avons mis en évidence entre la CRE, le Conseil de la Concurrence et la CJCE, peut être à l'origine d'un tel mécanisme. Rappelons que nous aurions pu intégrer dans ce schéma les concurrents de l'opérateur historique devant accéder au réseau. Ils font aussi l'objet de la régulation mise en évidence.

Ce cadre d'action institutionnel mis en évidence, nous nous proposons d'étudier l'évolution historique de celui-ci, tel qu'il ressort de notre analyse.

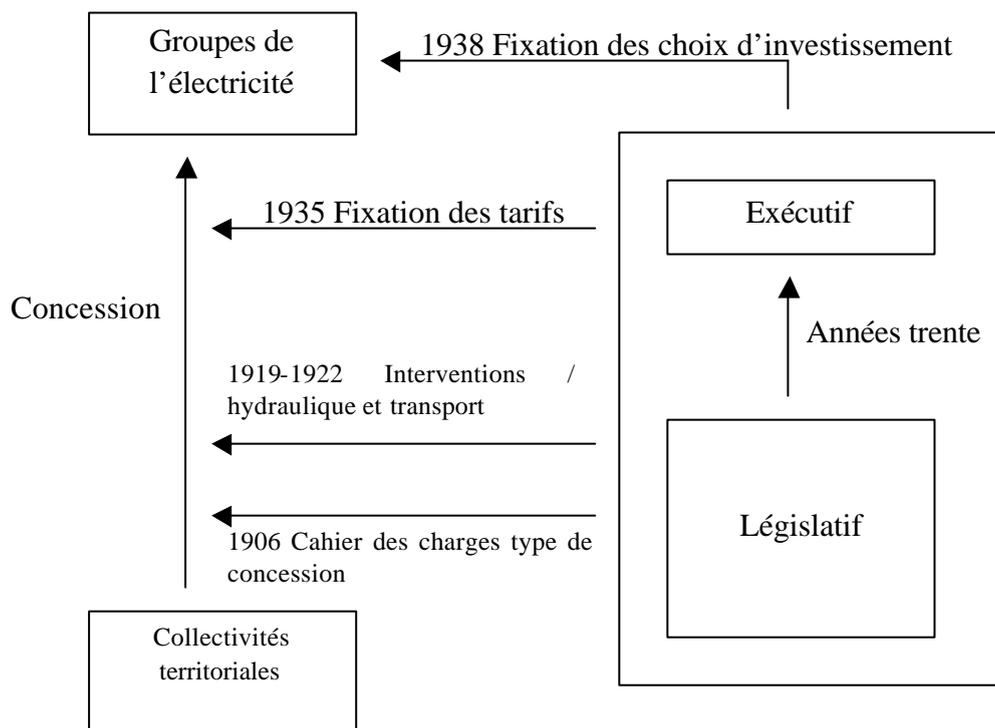
- Le cadre d'action de la convention originelle de service public



Ce schéma présente les principales caractéristiques du cadre institutionnel du service public de l'électricité tel qu'il prévalait, dans le cadre de la convention de la réglementation de service public. Le contrat de concession occupe la place centrale du mécanisme de réglementation. Il est issu de la construction essentiellement jurisprudentielle de la loi du

service public. Le cadre institutionnel procède donc d'une construction croisée entre l'Assemblée (et non l'exécutif) et les tribunaux administratifs. L'application et la construction de la réglementation sont donc de natures situées.

- Cadre d'action de la convention de service public "dégradé"<sup>624</sup>

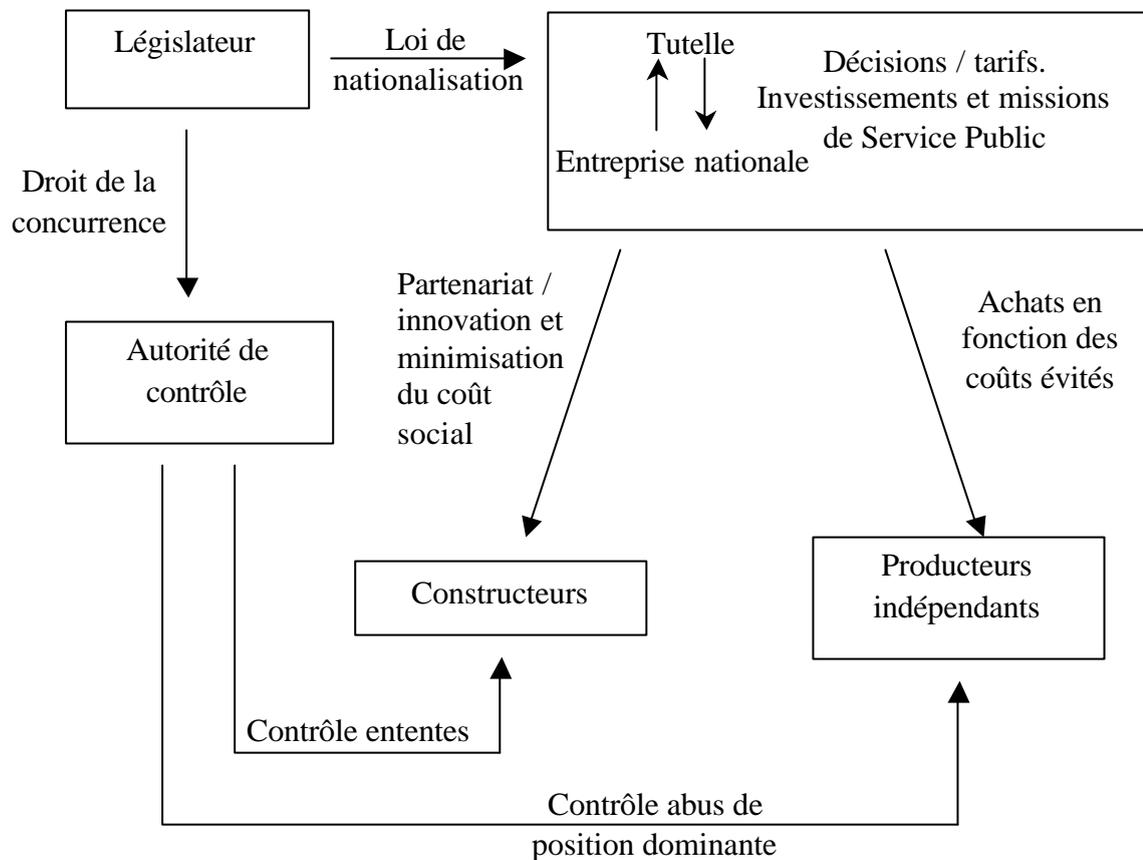


Est ici retranscrite la traduction institutionnelle de la dynamique conventionnelle qui a fait basculer le secteur électrique de la convention de service public à la convention de réglementation extérieure. La succession des interventions publiques qui ont conduit à déplacer le lieu de réglementation du secteur d'un tête-à-tête entre les collectivités territoriales et les opérateurs, vers un dialogue asymétrique entre les groupes de l'électricité et le gouvernement lui-même. Il s'agit de bien insister sur le parallélisme du déplacement entre la commune et l'Etat avec celui s'opérant entre la société d'électricité et le groupe. La dynamique technologique intrinsèque du secteur conduit tout d'abord à l'émancipation des sociétés d'électricité vis-à-vis des constructeurs d'équipements. Peu à peu, les indivisibilités

<sup>624</sup> Corail (de) J.-L., (1954), *op. cit.*

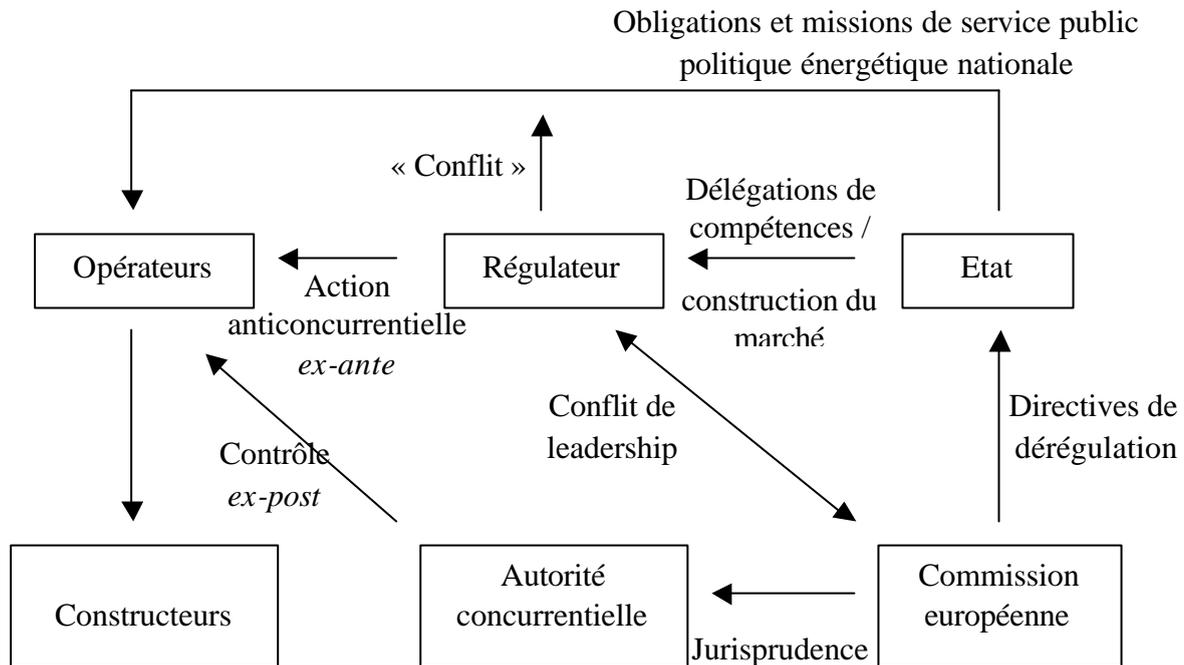
techniques vont mener à la concentration du secteur autour de vastes holdings, avant de nécessiter la coalition de ceux-ci autour de projets de dimension nationale. Cette course à la taille procède certes d'une dynamique technique favorisant les économies d'échelle. Elle répond aussi à une dynamique purement conventionnelle qui traverse l'ensemble de l'histoire de la Troisième République. Le rôle premier va peu à peu se déplacer des communes à l'Assemblée puis au gouvernement lui-même. Si la loi de 1906 consacre le rôle des collectivités territoriales et incarne la traduction institutionnelle de la convention de la réglementation de service public, il n'en demeure pas moins qu'elle marque la première immixtion du législateur dans le secteur électrique. Nous ne sommes plus dans le cadre d'une négociation bilatérale entre la commune et la compagnie d'électricité. Le cahier des charges doit respecter un modèle type déterminé par le législateur. L'expérience de la Grande Guerre va conduire à la montée en puissance de l'Assemblée dans la construction du cadre institutionnel de l'électricité française. De la loi de 1919 à celle de 1922, le législateur va défendre voire imposer l'intérêt national dans la marche de l'industrie. La crise des années trente constituera un nouveau choc externe qui préparera les esprits à la convention de la réglementation extérieure (songeons aux conférences du groupe X-crise). L'exécutif va dès 1932 (plan Marquet) se substituer au législatif. L'intervention publique va alors devenir plus systématique et plus contraignante. En 1935, le décideur public va imposer la structure et le niveau des tarifs (et non plus en fixer le modèle légal comme l'Assemblée l'avait fait pour l'Index Economique Electrique). Trois ans plus tard, ce sera au tour des investissements productifs des firmes d'être impulsés et contrôlés par l'exécutif. Le dirigisme des vichyssois aidant, le secteur électrique tombera comme un fruit mûr dans le secteur nationalisé en 1946.

- Schéma d'action de la convention de la réglementation extérieure



Ce schéma présente les principales caractéristiques du contexte d'action qui prévalait jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix. Le dialogue étroit entre la firme nationalisée et sa tutelle (il s'agit d'un modèle dans lequel la firme est intégrée au régulateur) permet la définition d'une politique socialement optimale de la part de celle-ci. L'optimalité sociale des choix du monopole se traduit dans les produits résultants de ses équipements théoriques (les investissements et les tarifs) et de ses équipements productifs. Les objectifs de politique industrielle induisent une étroite collaboration avec les constructeurs autour des paliers techniques, des équipements innovants et de l'exportation. Ce contexte d'action n'est pas seulement institué par la loi de nationalisation. Le droit de la concurrence s'applique avec une intensité croissante au fil de la période. L'autorité en charge de la concurrence s'attache aux ententes pouvant se faire jour dans les marchés d'EDF et au respect par cette dernière de l'obligation d'achat imposée au profit des petits producteurs. Dès 1946, l'ensemble des acteurs de la libéralisation du secteur est présent.

- Convention de la réglementation absente



Ce schéma présente ce que pourrait être, à terme, la traduction institutionnelle de la convention de la réglementation absente. Les principales prescriptions de la nouvelle économie publique appliquée aux réseaux (chapitre II) ainsi que l'expression des souhaits du Conseil de la Concurrence, tels qu'ils nous sont apparus dans notre étude de la jurisprudence (chapitre IV), se retrouvent ici. Deux traits saillants doivent à notre sens être soulignés. Le premier réside en la dichotomie entre le régulateur et l'autorité concurrentielle. L'un intervient *ex ante*, l'autre *ex post*, mais tous deux ont pour mission d'appliquer le droit de la concurrence afin de promouvoir l'établissement de marchés de concurrence pure et parfaite. Si nous étions dans un cadre autrichien, cette construction relèverait d'une "fatal conceit". Ces deux institutions n'auraient pas lieu d'être. Le juge judiciaire les remplacerait avantageusement en veillant *a posteriori* au respect des règles de juste conduite. Le second trait saillant tient aux conflits possibles pouvant éclater entre différents pôles. Le premier pourrait se faire jour entre le régulateur et le décideur public quant aux décisions relatives au service public, à la politique énergétique nationale et surtout à leur mise en œuvre. Deux logiques, deux missions, pour ne pas dire deux conventions, risquent à terme de s'opposer. A moins que le second, faisant sienne la convention de l'Etat absent, n'abdique de cette prétention. Le second conflit pourrait opposer le régulateur national (ou l'ensemble des régulateurs nationaux) à la Commission elle-même, si celle-ci venait à se concevoir comme le régulateur européen. Les conséquences de cette tension ne pourraient être favorables que si la

Commission traduit en impulsions déterminées ses réflexions prometteuses sur la politique énergétique européenne.

#### b. Le pluralisme des conventions de réglementation

Nous proposons de synthétiser les principales caractéristiques des conventions de réglementation et d'envisager les différentes déclinaisons de ce modèle d'analyse.

- Les quatre conventions de réglementation

Quatre conventions de réglementation ont été dégagées de notre analyse. Si les deux principales conventions de réglementation, l'extérieure et l'absente, répondent au système électrique français avant et après la loi de modernisation du service public de l'électricité de février 2000, deux autres conventions se sont peu à peu dessinées au fil de l'étude. La convention de réglementation de type "autrichien" correspondrait à une étape ultérieure du processus de "marchéisation" de l'électricité. Cette réglementation se justifierait dans une phase où l'électricité ne nécessiterait pas de régulation sectorielle spécifique. Il s'agirait d'une convention de réglementation qui prendrait acte de la réussite du projet prométhéen de la réglementation absente, c'est-à-dire la création de marchés concurrentiels. Dans une telle situation, l'électricité serait un secteur comme un autre et sa régulation serait assurée par le droit commun de la concurrence. Les télécommunications néo-zélandaises peuvent illustrer ce processus. Il n'en demeure pas moins qu'une telle issue est des plus improbables en matière électrique du fait de l'impossibilité de s'abstraire de l'infrastructure essentielle et des nombreuses externalités. La dernière convention de réglementation que nous avons identifiée correspond au modèle originel du service public à la française. Les potentialités offertes par celui-ci tendent à montrer qu'un service public fort peut survivre à la "désétatisation" d'EDF si tant est que les collectivités territoriales jouent un nouveau rôle dans le système électrique, que le Parlement consolide les obligations de service public et que la Commission Européenne s'engage pleinement dans la promotion d'une politique communautaire en matière d'énergie et de services publics.

- Développements possibles du modèle

Nous nous proposons ici de lancer quelques pistes pour affiner et préciser notre analyse. Un premier tableau représente la sphère de l'action des dispositifs juridiques découlant des constructions institutionnelles. Saisir les règles en action suppose de s'attacher à l'activité des organes de réglementation (agences, tutelle administrative, tribunaux civils...). Le second tableau correspond aux organisations, il permet de saisir la logique du fonctionnement des firmes dans les différents cadres de pensée et d'action mis en évidence.

	Réglementation substantielle	Réglementation procédurale
Action publique visant à promouvoir des choix collectifs	Tutelle publique Ministère des finances et de l'industrie  <b>Modèle français (1946-2000)</b>	Juridictions administratives vérifiant la conformité des délégations de service public avec la loi  <b>Modèle français (1906-1935)</b>
Action publique se bornant à imposer le respect des règles de concurrence	Agence de réglementation indépendante visant à construire un marché de concurrence pure et parfaite  <b>Modèle britannique</b>	Réglementation par le seul droit de la concurrence Primat des juridictions civiles (ou hybrides juridictions judiciaires / organes de régulation)  <b>Modèle allemand</b>

Ce tableau correspond à un essai de classification de l'application concrète de la réglementation. A la distinction opérée entre les deux théories de la connaissance succède une distinction entre une réglementation animée par une rationalité de type substantielle et une rationalité de type procédurale. A la première correspondront des règles publiques les plus précises et les plus prescriptives possibles (il s'agit de la recherche d'une "réglementation complète", comme l'on parlerait d'un système de marchés complets). A la seconde répondra une réglementation réflexive fondée sur le jeu de la jurisprudence. Le second axe de distribution des conventions de réglementation repose sur les finalités de la réglementation.

Dans une première approche, le rôle de la réglementation est de porter des choix collectifs que les mécanismes de marché ne peuvent faire émerger. La réglementation doit donc promouvoir l'intérêt général. Selon que la réglementation appartienne de logique substantielle ou procédurale, les modalités de l'action publique seront différentes. Cette différence peut s'apprécier par la comparaison entre le modèle EDF et le modèle des services publics concédés. A l'opposé de cette approche, il est possible de ne voir en la réglementation qu'un moyen de s'assurer que le marché soit à même de faire émerger lui-même ces choix. En d'autres termes, l'intérêt général est déterminé par les seuls mécanismes de marché. L'opposition entre nos conventions de réglementation est alors fondée sur la chronologie de cette action publique. Si elle intervient *ex ante*, nous sommes dans le cadre de la nouvelle régulation du secteur. Il faut construire et maintenir des marchés concurrentiels pour permettre ce fonctionnement. Si, au contraire, la réglementation n'intervient qu'*ex post*, pour sanctionner les entraves à ce fonctionnement, nous aurons une convention de réglementation fondée sur l'application du droit commun de la concurrence.

Ces deux dimensions recouvrent l'opposition entre la rationalité substantielle qui anime le projet constructiviste régulateur et la rationalité procédurale d'une régulation jurisprudentielle. Dans le premier cas, nous retrouvons un schéma régulateur proche du modèle britannique, et donc européen. Une agence de réglementation indépendante se trouve en charge d'assurer la transition vers une structure de marché concurrentielle. L'objectif de la réglementation est donc de permettre la définition de l'intérêt général par les jeux de marchés. La différence avec l'approche néo-zélandaise (prise ici comme une approximation de la convention autrichienne) tient au fait que la réglementation ambitionne de diriger le secteur vers cet idéal théorique. Dans la seconde approche, cette convergence ne peut être le fruit que d'un cheminement progressif assuré par l'activation des règles concurrentielles par les tribunaux. La rationalité de la réglementation devient procédurale. Ce ne sont plus des organes spécialisés en charge de construire un marché parfait qui sont au cœur de la réglementation, mais simplement des juridictions concurrentielles ou civiles qui feront émerger celui-ci par la sédimentation de leurs décisions.

	Action planifiée	Action distribuée
Action collective	Monopole public intégré verticalement (tutelle éventuellement incluse)  <b>Modèle du Monopole Public</b>	Concessions locales dont les termes sont négociés de façon située dans le cadre de la loi du service public  <b>Modèle de la Concession</b>
Action individuelle	Construction de marchés walrasiens avec commissaire-priseur  <b>Modèle du pool de l'électricité</b>  (accès des tiers au réseau réglementé)	Accords purement bilatéraux de type autrichien  <b>Modèle des contrats bilatéraux</b>  (accès des tiers au réseau négocié)

Ce schéma correspond au niveau organisationnel. Il s'agit donc de déterminer la structure industrielle de la fourniture de la prestation. Nos deux axes se déclinent à nouveau. A l'opposition des deux théories de la connaissance correspond maintenant la distinction entre action planifiée et action distribuée. Dans le premier cas de figure le régulateur est capable de déterminer une structure de marché et d'organisation des transactions qui permet d'orienter optimalement le marché. A la distinction établie entre la reconnaissance d'un intérêt général, qui transcende les intérêts individuels, et la reconnaissance comme seul intérêt général du résultat du marché correspond la distinction entre l'action collective et l'action individuelle. Nous déclinons donc nos catégories jusqu'au niveau de l'action économique et de la rationalité que l'anime. Cet affinement nous permet d'atteindre la strate organisationnelle. De cette façon, nous sommes en mesure d'identifier plus finement les traductions concrètes de nos quatre conventions de réglementation.

A l'intersection de l'action collective et de l'action planifiée correspond le modèle EDF. Dans la convention de réglementation extérieure, la firme publique base sa stratégie sur son calcul économique (i.e. la planification) de façon à réaliser l'intérêt général, tel qu'il découle des prescriptions du modèle théorique. Cet intérêt ne peut émerger des mécanismes spontanés du marché. Il s'agit en ce sens d'une action collective. Ce modèle fait écho à la construction du monopole public telle que nous l'avons retracée dans notre chapitre I.

Le croisement de l'action planifiée et de l'action individuelle nous mène à la situation actuelle. Sa traduction la plus parfaite fut, à notre sens, l'expérience britannique initiale de libéralisation du marché de l'électricité en 1990. Le modèle du pool de l'électricité reprend à la perfection la logique de construction de marchés walrasiens. L'existence d'un commissaire priseur assure que les échanges ne se font qu'au prix d'équilibre. La centralisation des offres et des demandes la veille des échanges et la fixation de prix d'équilibre *ad hoc* prenait tout son sens dans cette logique. L'action était planifiée en ce sens que le régulateur se devait d'organiser des marchés parfaits (nous retrouvons la logique pointée dans notre sous-section III.1.1) et si possible complets (au comptant et à terme). La désaffectation pour les modèles de pool, incarnée par le revirement britannique, ne signifie pas pour autant une rupture avec ce cadre d'action. Un marché de l'électricité couplé avec un accès des tiers au réseau réglementé se situe parfaitement dans cette logique.

Si l'action est distribuée, nous retrouvons un modèle de marché fondé sur les contrats bilatéraux. Dans cette logique, l'accès des tiers au réseau ne peut être que négocié. Ce bilatéralisme fait écho à la convention de la réglementation autrichienne. Dans un tel marché, le mécanisme de prix ne peut recourir à un système de commissaire priseur. Le prix n'est pas une donnée qui commande aux échanges, mais, au contraire, la résultante des négociations et des transactions bilatérales. Si l'option de l'accès des tiers négocié à l'infrastructure essentielle semble devoir peu à peu s'effacer devant l'option réglementée, la question de la fixation des prix de l'électricité demeure encore dans le débat public<sup>625</sup>.

La faillite de l'opérateur américain Enron et la crise californienne ont relancé les interrogations sur le négoce de l'électricité (le *trading*) et sur la volatilité des prix. Le débat, tel qu'il est traité dans la presse économique, fait écho à l'opposition entre convention de la

---

<sup>625</sup> Fabra P., (2002), "L'autre affaire Enron", *Les Echos*, 7 juin.

réglementation absente et convention de la réglementation autrichienne. La volatilité des prix est au cœur des débats<sup>626</sup>. Parmi les arguments avancés à l'encontre de la fixation instantanée des prix sur les marchés de l'énergie, l'opposition de Maurice Allais à la cotation continue sur les marchés boursiers est reprise par la presse. Maurice Allais s'était opposé à l'introduction de la cotation continue à la bourse de Paris en 1987. Il lui préférait la modalité du *fixing*. A son sens, la confrontation de l'ensemble des offres et des demandes à un instant donné permettait de baser les transactions sur un prix significatif et d'éviter les variations inopportunes de prix. Nous retrouvons ici le cœur même de l'opposition entre néo-classiques et autrichiens quant à la nature du mécanisme des prix. Le modèle du pool britannique ne reposait sur rien d'autre que sur cette logique de *fixing*, selon laquelle l'ensemble des transactions doit se faire au prix d'équilibre résultant de la confrontation par le commissaire-priseur de l'ensemble des offres et des demandes. C'est cette logique qui fait écrire à l'éditorialiste du journal *Les Echos* : « *retenons ceci : la loi économique générale, c'est pour un marché donné l'unité de prix* ». A l'inverse, dans une logique de marché autrichienne, le prix n'est que la résultante de l'ensemble des transactions bilatérales qui se sont déroulées sur le marché. Dans un modèle d'interaction, la cotation continue reflète la connaissance "socialisée" par le processus de marché.

Au croisement de l'action collective et de l'action distribuée, nous retrouvons la logique de la réglementation de service public. Les concessions sont négociées de façon située mais s'insèrent dans le cadre général de la loi du service public telle qu'elle émerge des choix politiques du législateur et de la jurisprudence des tribunaux administratifs.

Les conventions de réglementation caractérisées, nous pouvons nous attacher aux enseignements qu'il est possible de tirer de notre travail. Nous reviendrons tout d'abord sur des considérations de méthode. Nous verrons pourquoi l'économie du droit a constitué, à notre sens, une clé d'entrée pertinente pour notre étude. Ces enseignements méthodologiques tirés, nous nous attacherons aux impacts de ces mutations sur le service public et sur le devenir de l'opérateur historique, Electricité de France.

---

<sup>626</sup> Notons qu'en Californie, le prix du mégawatt-heure fluctuait de 35 dollars en période creuse à 7000 en heure de pointe.

## II. Enseignements de notre analyse

- Les enseignements de l'observation juridique d'une dynamique de changement réglementaire

Deux éléments peuvent être déduits de notre étude quant à la dynamique du changement réglementaire tel qu'il peut être saisi au travers de l'action juridique. Le premier correspond au phénomène de passage de relais dans le processus de cristallisation institutionnelle du changement conventionnel. Nous avons mis en évidence au travers de l'étude de la jurisprudence du Conseil de la concurrence que le processus de mise en place du nouveau cadre réglementaire mobilise successivement des acteurs bien distincts. Dans une phase préparatoire au basculement réglementaire, marquée par la nécessité de transposer une directive européenne, le gouvernement saisit le Conseil de la concurrence de façon consultative. Dans une première phase, la nouvelle législation votée par le Parlement occupe une place centrale. Dans la phase suivante, consacrée à la définition des modalités pratiques de la loi, le Conseil de la Concurrence et l'autorité de réglementation se partagent la production du droit. La phase initiale de la mise en œuvre de la nouvelle réglementation sera assurée par les saisines de l'autorité de réglementation et des syndicats professionnels. L'intérêt général n'est plus invoqué pour motiver le changement conventionnel. Il s'agit de l'intérêt de la branche. Celui-ci est, de plus, souvent confondu avec celui des entreprises concurrentes de l'opérateur historique. Dans la dernière phase du changement réglementaire, l'application de la réglementation est assurée par le jeu de la jurisprudence du Conseil de la concurrence. Celle-ci est le fruit des saisines contentieuses des entreprises, ambitionnant de faire valoir leurs intérêts.

Cette dernière source de production de la règle nous conduit à mettre en exergue le rôle des autorités administratives indépendantes dans le processus de changement réglementaire. Celles-ci, du fait de leurs prérogatives et de leur adossement au droit de la concurrence, peuvent être à l'origine de processus de régulation juridique automatique au fil des saisines contentieuses des nouveaux entrants. Ce phénomène particulièrement observable pour la CJCE, se retrouve dans notre échantillon. Il renforce notre conviction selon laquelle l'étude de la production de règles des autorités administratives indépendantes offre un accès privilégié à la compréhension du changement réglementaire.

Notre parti pris de privilégier les recours des acteurs économiques devant le Conseil de la concurrence repose sur l'hypothèse que l'activation des droits donnés par la loi est à la fois un outil précieux de connaissance (dans la mesure où l'action en justice induit une formulation des intérêts et des raisons d'agir), mais aussi l'un des moteurs premiers de la dynamique du changement réglementaire. Nous avons vu que la convention de réglementation du service public était en grande partie issue de la jurisprudence des tribunaux administratifs et des actions des particuliers pour faire valoir leurs droits (songeons à Léon Duguit à la tête d'une association de quartier pour obtenir le maintien d'un arrêt de tramway). L'action des particuliers et des intérêts constitués devant les tribunaux constitue à la fois un facteur de mise en œuvre de la législation mais aussi de précision et d'évolution de celle-ci.

Le jeu de la jurisprudence est l'un des principaux moteurs de la dynamique de cristallisation des conventions de réglementation à partir de textes législatifs généraux. La position d'Henri Lepage<sup>627</sup>, est tout à fait évocatrice de cette logique : « *les nuances et les ambiguïtés présentes dans [la] rédaction [de la directive], la flexibilité de ses dispositions, sa complexité, sont souvent interprétées comme une faiblesse. Nous pensons que c'est au contraire ce qui fait sa force. Ce qui importe (...) [c'est] la dynamique subtile et presque subreptice d'évolution<sup>628</sup> qu'elle introduit dans tous les pays en raison précisément de toutes les imprécisions, de toutes les ambiguïtés, de toutes les nuances que le texte recèle et qui permettront peu à peu à certains acteurs de se créer – en particulier par le jeu de la jurisprudence – des espaces de plus en plus grands de choix, malgré et en dépit de la résistance de certains pouvoirs nationaux* ». En d'autres termes, le caractère général et trop faiblement prescriptif de la directive (du fait du principe de subsidiarité) apparaît comme une opportunité d'accélération de la déréglementation grâce aux saisines contentieuses des juridictions concurrentielles nationales et de la CJCE au nom du droit européen de la concurrence. Le rôle des actions judiciaires dans l'évolution et l'approfondissement de la structuration du cadre réglementaire est considéré comme le meilleur point d'appui pour achever la libéralisation du secteur : « *il nous semble que, paradoxalement, le plus important n'est pas le nouvel "ordre" électrique que la directive va permettre d'organiser dans les différents pays membres mais plutôt le "désordre" que ses silences, ses blancs, ses ambiguïtés, ses nuances, ses bornages mal définis, risquent de semer en générant des revendications, des conflits, des rivalités, des jalousies porteuses d'une jurisprudence finalement favorable à l'affinement progressif des*

<sup>627</sup> Lepage H., (1998), *op. Cit.*

<sup>628</sup> Souligné par l'auteur.

*procédures de concurrence et à leur élargissement à de nouveaux espaces de décisions* ». On ne saurait réaliser un aussi efficace plaidoyer en faveur de l'utilisation de données jurisprudentielles pour étudier les dynamiques de changement institutionnel.

Cette préférence accordée à "l'incomplétude dérégulatoire" nous permet de revenir sur le rôle central que jouent les juridictions en charge de l'application du droit de la concurrence dans le processus de libéralisation des services publics. La dynamique mise en évidence pour le Conseil de la Concurrence n'est que la "transposition nationale" de celle qui prévaut devant la Commission européenne et la Cour de Justice de Luxembourg. Elie Cohen a parfaitement analysé le phénomène de libéralisation "automatique" à l'œuvre à partir des législations et juridictions communautaires<sup>629</sup>. La Commission et la Cour de Justice délibèrent, à l'instar du Conseil de la Concurrence français, sur la seule dimension concurrentielle. Les éléments relatifs à la politique industrielle ou à un "intérêt général" européen n'occupent qu'une place secondaire. Le fait que ces approfondissements jurisprudentiels de la libéralisation du cadre réglementaire s'appuient sur la mobilisation de textes généraux régissant le droit européen de la concurrence rejoint les analyses de Lepage. C'est le caractère général des textes qui favorise les saisines contentieuses. Celles-ci sont soumises à des juridictions jouissant de pouvoirs exorbitants du droit commun<sup>630</sup> et ne jugeant qu'en fonction du seul droit de la concurrence. Les saisines contentieuses sont donc à la source d'un « *expansionnisme de la norme juridique*<sup>631</sup> », reposant sur des articles généraux et flous du Traité de Rome. L'activité juridique constitue une source bien plus redoutable que l'activité législative elle-même en matière de libéralisation. Celle-ci est d'autant plus facilitée que les textes négociés par les représentants des Etats s'en tiennent à des considérations générales et ne posent aucun principe d'organisation explicite des services publics. Chaque imprécision, loin de laisser des degrés de liberté aux Etats, offre des marges de manœuvre aux actions en justice des divers intérêts constitués pour s'assurer, via la sédimentation jurisprudentielle, une libéralisation sans cesse plus complète des secteurs en question.

L'existence d'une jurisprudence réalisant une sorte de libéralisation automatique de l'espace économique européen pose le problème du choix politique. Si, tant aux niveaux nationaux qu'europeens, les instances en charge de l'application du droit de la concurrence sont

---

<sup>629</sup> Cohen E., (1995), *op. cit.*

<sup>630</sup> Par exemple, la Direction Générale en charge de la concurrence peut s'autosaisir de tout sujet et cumule les pouvoirs d'instruction et de sanction.

<sup>631</sup> Cohen E., *Ibid.*

devenues les acteurs centraux des processus de libéralisation, cela n'a pu se faire à l'encontre des volontés des pouvoirs publics. En d'autres termes, il convient de souligner que ce n'est pas l'application du droit de la concurrence en lui-même qui pose problème. L'exemple de la coordination entre EDF et les constructeurs d'équipements électromécaniques au début des années cinquante montre à quel point le droit de la concurrence est indispensable à la réalisation de l'intérêt général. Le principal problème réside dans le fait qu'il n'existe plus son contrepoids indispensable : la politique industrielle. Le durcissement de la position d'EDF vis-à-vis des constructeurs ne visait pas à construire, via l'application du code des marchés publics, des marchés de concurrence pure et parfaite à partir d'un marché oligopolistique. Le but de l'action des pouvoirs publics était de susciter une dynamique vertueuse de développement conjoint, basée sur l'efficacité technique et la conquête de parts de marché à l'étranger.

Le basculement de convention de l'Etat peut expliquer la passivité des pouvoirs publics face à cette libéralisation "automatique". Peut-être la technicisation et l'externalisation de certains dossiers permettent-elles de faire l'objet d'un choix collectif quant aux missions que la société souhaite confier à l'Etat ? Nous sommes dans une logique radicalement différente de celle de la convention de service public. Le désengagement de l'Etat suscité par le basculement conventionnel repose en grande partie, comme nous le verrons, sur l'exclusion hors du domaine de la science économique de toutes préoccupations autres que celles liées à l'efficacité productive.

Au final, le caractère trop général des textes européens, une exploitation mal-raisonnée du principe de subsidiarité et le caractère embryonnaire des politiques industrielles européennes, créent des opportunités d'accélération de la libéralisation des services publics par le seul jeu des saisines des juridictions concurrentielles. Comme l'écrit E. Cohen, « *ce mécanisme juridique est extraordinairement puissant car il se nourrit de sa logique interne, des principes de l'économie de marché, de l'initiative décentralisée des agents économiques, voire même de la politique masquée des gouvernements nationaux. Il constitue une fantastique excroissance à partir de quelques articles du traité de Rome qui étaient tombés en désuétude*<sup>632</sup> ». Le recours aux autorités concurrentielles joue donc un rôle central dans le basculement conventionnel à l'œuvre notamment dans certaines nations, telles la France, dans lesquelles la

---

<sup>632</sup> Cohen E., (1995), *Ibid.*, p.189.

volonté de renoncer au modèle actuel des services publics n'est pas la résultante d'un choix politique clairement formulé. La jurisprudence du Conseil de la Concurrence constitue donc l'une des voies d'accès privilégiées pour comprendre le basculement de la réglementation du secteur électrique. L'étude des actes du Conseil de la Concurrence nous a permis de nous situer au cœur du "processus de régulation juridique automatique" cristallisant le basculement conventionnel.

- La nouvelle organisation électrique : quelle place pour la justice ?

La réflexion sur le processus de libéralisation du secteur électrique nous conduit à nous interroger sur le rôle de l'action publique vis-à-vis de ce que Maurice Allais appelait les optimums de rendement et de répartition. Le basculement conventionnel que nous avons mis en évidence remet en question le rôle de l'action publique dans la recherche de la promotion de l'intérêt général considéré tant dans ses aspects productifs que sociaux. Notre propos sera ici d'évoquer quelques éléments de réflexions quant à l'objectif de justice sociale sous-jacent à la réforme de l'électricité.

Il s'agit de s'interroger sur la place de la justice dans la nouvelle convention de réglementation. Suppose-t-on que la construction et la préservation permanente de la pureté d'un marché de concurrence pure et parfaite, même contre sa dynamique spontanée par l'Etat (ou le régulateur), vont concilier naturellement les deux objectifs d'optimum de rendement et d'optimum de répartition ? Suppose-t-on après Pareto et Allais qu'il s'agit dans un premier temps de réaliser un équilibre général, maximisant l'efficacité de l'économie (optimum de rendement) avant de mettre en place des mécanismes redistributifs en vue de tenir compte des objectifs de justice (optimum de répartition) ? Auquel cas, il faut s'interroger sur la forme optimale des transferts nécessaires. En effet, comme l'exigeaient déjà les dirigeants d'EDF dans les années cinquante ces impératifs redistributifs devaient passer par la fiscalité et non par le prix de l'électricité. Encore faudrait-il pour être cohérent avec le reste de l'analyse que la fiscalité ne soit point trop distortive et n'affecte point excessivement le comportement spontané des agents économiques.

La notion de service public, dont le monopole national se réclamait, portait en elle une certaine conception de la justice, mais aussi une certaine logique de l'action publique.

L'objectif de réduction des inégalités pouvait être atteint par une intervention directe dans les mécanismes économiques. En quelque sorte, la logique était celle d'une redistribution efficace. L'Etat n'hésite pas, dans ce cadre, à intervenir dans l'économie, pour améliorer à la fois son efficacité et son équité, que cela soit dans le secteur de l'électricité ou par l'établissement de salaires minima. A l'inverse, introduite dans le cadre d'une politique visant à maximiser l'efficacité productive, nous pouvons nous interroger sur la nature profonde de la philosophie du service universel. Visant à garantir un accès minimal à certains biens, le service universel ne serait-il pas témoin d'une logique de redistribution pure ? Le régulateur laisserait alors opérer pleinement les mécanismes marchands avant de mettre en place un mécanisme de transfert entre les consommateurs visant à garantir ce minimum aux plus démunis.

L'objectif de justice est-il considéré comme un produit joint de l'efficacité ou constitue-t-il un impératif sacrifié sur l'autel d'un paradigme théorique ? Il s'agit de s'interroger sur les principes de justice portés par la notion de service universel et de se demander si la notion ne masque pas en fait une mise en place de standards minimums «de survie» en garantissant aux agents les prestations strictement nécessaires. Nous pourrions citer les politiques menées vis-à-vis de l'approvisionnement des ménages les plus modestes ou les formules appliquées en Angleterre et au Pays de Galles pour le pré-paiement des consommations électriques. D'une certaine façon, le service universel ne saurait se concevoir d'une façon cohérente que par le biais d'une simple compensation fiscale après le libre jeu des marchés. Il s'agirait de ne point perturber l'équilibre instantané du marché en opérant des transferts au niveau des dotations initiales des agents (c'est-à-dire en laissant les prix se fixer librement au niveau du marché et en organisant des transferts fiscaux notamment par le biais d'un impôt négatif ou d'un quelconque revenu minimum de citoyenneté). Dans ce cadre, il faut abandonner toute velléité de redistribution. Il convient de mettre en évidence les contradictions de cette approche (où l'intervention publique est indispensable et permanente pour créer le marché et assurer les objectifs de justice, alors qu'elle est réputée créatrice de distorsions) par rapport au modèle autrichien (où ces objectifs n'ont plus lieu d'être) et au modèle originel de service public dans lequel les objectifs de justice n'ont pas à être portés par le monopole public mais sont négociés de façon subsidiaire entre les acteurs à travers les cahiers des charges de régie et de concession et garantis par la jurisprudence des tribunaux administratifs.

- Les dynamiques possibles de l'électricité française

Deux voies d'évolution peuvent être rapidement envisagées pour ce qui est du devenir du système électrique français. L'une, optimiste, met l'accent sur une possible réinvention du service public à la française au travers d'un service public territorialisé. La seconde, plus pessimiste, mais malheureusement plus réaliste traite de la dynamique industrielle d'Electricité de France.

- L'espoir d'une réinvention du service public à la française

La prise en charge de nouveaux biens communs, de nouveaux services publics territorialisés (développement local, environnement...) peut être à la source d'un avantage concurrentiel de long terme pour les firmes. Ces biens communs situés s'ancrent notamment dans la coordination entre le producteur et l'utilisateur, c'est-à-dire entre la firme productrice d'électricité et les collectivités locales. Le passage d'une conception centralisée du service à une conception territoriale, attentive aux demandes des collectivités locales et des tissus d'entreprises correspondants est au cœur de la question du redéploiement des dispositifs d'action d'EDF. Le renforcement du rôle des collectivités territoriales fait sens à la fois eu égard à l'expérience de celles-ci vis-à-vis de la gestion des délégations de services publics mais aussi par rapport aux pratiques des nations de l'Europe du Nord. L'application d'une certaine subsidiarité permettrait une meilleure prise en compte des nouveaux besoins sociaux et la mise en œuvre de solutions "situées".

EDF et la puissance publique pourraient entrer dans une logique de service public "réflexif", qui serait héritier des principes posés par Léon Duguit. La définition des missions d'un tel service public se ferait de manière délibérée avec les partenaires locaux. Elle n'exclurait pas l'intervention de l'autorité publique. Celle-ci se limiterait à poser *ex ante* les grands principes et exigences du service public, fixant le cadre dans lequel les collectivités territoriales peuvent déployer leurs actions. La puissance publique pourrait continuer à apporter son soutien financier (sous forme d'abondements ou dotations globales) aux actions des collectivités territoriales. L'Etat se désengage d'un type d'action central et dirigiste, ce qui ne signifie ni l'apparition d'une libéralisation sauvage, ni le renoncement à toute initiative et action (législative, réglementaire et financière) de sa part. La Directive n'interdit pas, conformément au principe de subsidiarité, que l'Etat puisse rénover les formes des services publics, pourvu

qu'il respecte l'égalité devant la concurrence. S'appuyer sur une conception rénovée du service public qui s'ancre dans le cadre situé des collectivités territoriales (notamment via les délégations de service public) permettrait de mettre en place des formes de concurrence par la qualité dans le secteur électrique plus respectueuses de l'intérêt général. La déclaration sur les services d'intérêt économique général, approuvée au Conseil européen de Nice, peut aller dans ce sens. Celle-ci indique : « *l'accomplissement des missions des services d'intérêt économique général doit s'effectuer dans le respect des attentes légitimes des consommateurs et des citoyens, qui souhaitent obtenir les prix abordables, dans un système de prix transparent, et qui sont attachés à un égal accès à des services de qualité indispensables à leur insertion économique, territoriale et sociale* ».

Trois caractéristiques d'un service public rénové peuvent être dégagées<sup>633</sup> :

- *Sa logique est réflexive*<sup>634</sup>.

L'intervention publique directe dans sa version étatique n'a plus lieu d'être un passage obligé. L'intérêt général se construit en situation, de façon délibérative et subsidiaire : via la hiérarchie des tribunaux administratifs, du local au national, c'est-à-dire jusqu'au Conseil d'Etat, via la réflexivité portée par la jurisprudence, via enfin la les débats et les décisions des instances démocratiques aux différents niveaux.

- *Il s'ancre dans les territoires.*

La satisfaction des nouveaux biens communs que sont l'environnement, les énergies propres ou renouvelables, les économies d'énergie, le développement local et celle de leurs implications en terme d'innovation exigent qu'ils soient définis dans un périmètre collectivement maîtrisable. De même leur réalisation doit pouvoir être évaluée et saisie à un niveau proche du terrain.

- *Il repose sur la négociation (ou la délibération).*

Les objectifs, la rédaction des cahiers des charges, les règles de tarification doivent rendre compatibles des intérêts non spontanément convergents, ceux des particuliers, ceux des

---

<sup>633</sup> Marty F. et Salais R., (2001), *op cit.*

<sup>634</sup> Salais R., (1998), «A la recherche d'un fondement conventionnel des institutions », in *Institutions et Conventions, la réflexivité de l'action économique*, Raisons pratiques, n°9, éd. EHESS, Paris.  
Deakin S. et Pratten S., (1999), « Reinventing the market ? Competition and regulatory change in Broadcasting », *Journal of law and society*, volume 26, n° 3, September, pp. 323-350.

collectivités locales, ceux des opérateurs. La réglementation de service public ne passe plus par la propriété étatique d'un monopole verticalement intégré. Elle se concentre sur l'encadrement des délibérations relatives aux objets précédents.

Il s'agirait d'un basculement d'une convention de réglementation extérieure (l'Etat définit seul l'intérêt général de façon extérieure à la coordination privée) vers une convention de réglementation de "service public" dans laquelle l'acteur public n'agit que de façon subsidiaire et n'intervient que pour soutenir la coordination spontanée des acteurs.

Les diverses conventions de réglementation ne sont pas incompatibles les uns avec les autres et peuvent coexister, à des degrés divers dans une même situation économique. Une action publique visant à promouvoir de nouveaux biens communs n'est pas impossible à mettre en œuvre, y compris dans un cadre institutionnel et concurrentiel marchand. La situation a été observée au Royaume-Uni au travers d'un programme de l'OFFER visant à promouvoir une utilisation plus efficace de l'énergie. Ce programme a fait l'objet d'un rapport du National Audit Office<sup>635</sup>, l'équivalent de notre Cour des Comptes, en 1998. Le programme de l'OFFER consistait à mettre en œuvre à travers les opérateurs privés un plan d'amélioration de l'efficacité énergétique, financé par une taxe prélevée sur les factures d'électricité. Le programme, lancé en 1994, consistait principalement en la distribution d'ampoules électriques à faible consommation et en l'isolation des domiciles privés. Les effets attendus pour les consommateurs devaient être une baisse de la facture mensuelle, des économies d'énergie et une élévation de la température moyenne des domiciles privés britanniques. Le programme, évalué en 1998, laissa apparaître un succès en terme d'économies d'énergie. Les domiciles furent mieux chauffés et les effets redistributifs furent présents comme le montre le fait que 50 % des financements allèrent vers les ménages à bas revenus. Cependant, le fait que les modalités pratiques de mise en œuvre du plan furent laissées entre les mains des compagnies fit apparaître de nettes différences. Certaines eurent pour but de réduire la consommation de pointe et d'autres développèrent des usages de l'électricité, certes économes, mais qui ne contribuèrent pas à réduire la facture des usagers. Certaines compagnies s'engagèrent dans une politique de développement des débouchés, qui n'était donc pas favorable à l'intérêt général. Le régulateur s'inscrivait dans une logique de prise en charge de biens communs

---

<sup>635</sup> National Audit Office (NAO), (1998), *The office of electricity regulation : improving energy efficiency financed by a charge on customers*, report by the comptroller and auditor general, 31 July.

situés (l'accès à l'électricité des ménages à bas revenus), les entreprises dans une stricte logique de maximisation de la demande.

Cet exemple indique qu'il est avantageux de laisser ouverts les choix futurs, ne serait-ce par le fait que ceci permet l'acquisition future d'informations autorisant un meilleur éclairage des décisions. Mais aussi que cela exige certaines précautions stratégiques. Les premières relèvent de la firme, les autres de la puissance publique. La firme peut avoir avantage à se ménager pendant un temps plusieurs axes de développement stratégique, ne serait-ce que pour diversifier les risques. Divers cadres d'actions peuvent coexister au même moment dans une situation donnée. La coexistence inévitable de diverses logiques au sein d'une même situation suppose de penser le futur de l'action publique et des stratégies des firmes selon une logique polycentrique. Les clés de la réussite seront l'adoption de structures souples aptes à gérer la diversité, mais aussi une prise ferme de responsabilité de la part de la puissance publique pour mettre en place un service public rénové dans le sens d'une territorialité.

- Interrogations sur la dynamique concurrentielle d'Electricité de France

La dynamique de secteur électrique français dans le cadre de la nouvelle convention de réglementation n'en demeure pas moins difficile à apprécier. Il convient de s'interroger sur le coût et la durabilité du besoin en réglementation induit par la nouvelle convention. De la même façon, l'avenir du système électrique français dépendra en grande partie du rôle futur des autorités communautaires en matière d'encadrement des réseaux et de définition d'une politique énergétique commune. L'avenir de l'ancien opérateur historique est peut-être clarifié avec l'horizon d'une éligibilité totale des consommateurs. EDF pourra devenir un groupe multi-énergies et multi-services et lutter à armes égales avec ses concurrents européens.

Deux questions demeurent. La première a trait aux charges de service public qui lui incombent et notamment l'obligation d'achat en faveur de certaines sources d'énergie. Les tarifs d'achat de l'électricité éolienne, par exemple, posent un double problème. Est-il légitime qu'EDF subisse le fardeau financier de devoir racheter l'énergie électrique à un prix dépassant le prix de production lui-même et le prix de la fourniture de cette même électricité par des équipements bien plus performants ? De la même façon, l'Etat doit-il encourager des choix d'investissement non fondés sur l'efficacité technique ?

La seconde question porte sur la stratégie même d'EDF. Nous avons vu que sa stratégie de croissance externe souffre du double handicap de susciter des polémiques politiques et de ne pas lui permettre d'atteindre une véritable taille critique sur les marchés étrangers. L'endettement de la firme, ainsi que des options de ventes, conclues peut-être de façon hasardeuse, font craindre qu'EDF ne reproduise le scénario catastrophe de France Télécom<sup>636</sup>. Lors du rachat d'Italenergia, EDF aurait garanti la valeur de la participation de Fiat à 38.6% pour les trois années à venir pour un montant de 4.8 milliards d'euros. Or, il apparaît que la valorisation actuelle d'Italenergia ne permet pas de valoriser la part de Fiat à plus de 3.6 milliards d'euros. EDF risque donc de devoir verser la différence. La firme s'est donc engagée dans la même stratégie risquée que France Télécom pour acquérir des positions de force à l'international. Outre que ces stratégies ne maximisent en rien la valeur pour l'actionnaire, outre qu'elles ne participent en rien aux missions de service public, elles exposent les opérateurs historiques à des risques jusqu'ici inconnus. Cette situation, couplée au niveau d'endettement de la firme, est d'autant plus malvenue que les *utilities* voient leurs notations financières s'éroder. La politique de croissance externe des groupes de l'électricité européens a conduit les agences de notation à baisser leurs évaluations de leurs dettes. Les acquisitions de ces dernières années (31 milliards d'euros pour le seul RWE) se sont en effet soldées par une nette croissance de l'endettement. A l'instar des télécommunications, la stratégie d'expansion internationale s'est traduite par le rachat de compagnies à des cours nettement excessifs. De la même façon, les compagnies d'électricité ont vu leur taux d'endettement net rapporté aux capitaux propres augmenté significativement. Il est à craindre que le mimétisme réglementaire, que nous avons pointé entre les secteurs des télécommunications et de l'électricité, se retrouve dans la dynamique des firmes du secteur. Si EDF, voulant faire de l'Europe son marché domestique, n'arrive pas à concilier sa mutation en firme multi-utilités avec la clair-voyance financière, il serait possible que sa trajectoire se calque définitivement sur celle de France Télécom, pour le meilleur et pour le pire...

---

<sup>636</sup> Dixon H., (2002), « Pari à haut risque », *La Tribune*, 14 juin.

## Bibliographie

Allais M., (1943), *A la recherche d'une discipline économique*, Paris, ateliers Industria, 920 p.

Allais M., (1947), *Le problème de la coordination des transports et la théorie économique*, Bulletin du P.C.M, octobre.

Allais M., (1948), « Le problème de la coordination des transports et la théorie économique », *Revue d'économie politique*, mars-avril.

Allais M., (1951), « Problèmes posés par l'application de la théorie du coût marginal », Cours de l'Ecole des Mines, Leçon 9, document 93, septembre.

Allais M., (1981), *La théorie générale des surplus*, Economie et sociétés, cahiers de l'ISMEA, série EM, n° 8, tome I.

Allais M., (1998), *Economie et intérêt*, seconde édition, éditions juridiques et économiques, Clément Juglar, Paris, 800 p.

Allen D., (1992), « Le débat d'idées, avant et après le démantèlement d'ATetT », *Réseaux*, revue du CNET, n°56.

Andriani B. et Zagury P., (2001), « Powernext : vers un marché mature de l'électricité en France », *Les Echos*, 26 novembre.

Armentano D., (1995), « Antitrust Reform : Predatory Practices and the Competitive Process », *Review of Austrian Economics*, 8 (1), pp.35-74.

Armstrong M. et Vickers J., (1995), « Competition and Regulation in Telecommunications », in Bishop M. et al. *The Regulatory Challenge*, Oxford University Press, Oxford, pp. 283-308.

Averch H. et Johnson L., (1962), « Behaviour of the firm under regulatory constraint », *American economic review*, 52, December, pp.1052-1069.

Axelrod, (1984), *The evolution of co-operation*, Basic Books, New York.

Banal M., (1996), «L'équipement électrique de la France à la Libération», in Morsel H., *Histoire de l'électricité en France, tome III, 1946-1987*, Fayard, Paris, pp. 97-182.

Barale F., (2000), «Critique de la nouvelle économie des réseaux et de son principe de séparation de l'infrastructure et des services », *Revue d'économie industrielle*, n°91, 1<sup>er</sup> trimestre, pp.7-24.

Bardon G., (1951), « Les pointes de puissance sur le réseau électrique français », *Revue française de l'énergie* n°26, décembre, pp.73-77.

Barjot D., (1996), «Le financement des entreprises de production-transport-distribution de l'électricité de 1919 à 1946 », *Bulletin d'Histoire de l'Electricité*, n° 25.

Baron D. et Myerson R., (1982), « Regulating a Monopolist with Unknown Cost», *Econometrica*, n° 50, pp. 911-930.

Bataille C. et Galley R., ( 1999), *L'aval du cycle nucléaire. Tome II : les coûts de production de l'électricité*, Assemblée Nationale – Sénat, Office Parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques.

Baumol W., Panzar J. et Willig R., (1982), *Contestable markets and the theory of of industry structure*, Harcourt, New York

Baumstark L. et Bonnafous A., (2000), « La relecture théorique de Jules Dupuit par Maurice Allais face à la question du service public », in Dockès P., *Les traditions économiques françaises, 1848-1939*, éditions du CNRS, pp. 397-415.

Bazzoli L., (2000), *L'économie politique de John R. Commons. Essai sur l'institutionnalisme en sciences sociales*, L'Harmattan, paris, 234 p.

Béchillon (de) D., (2002), « Genèse et structure de la responsabilité sans faute de l'Etat en droit administratif français », in Kirat T., (sd.), *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, LGDJ, Paris.

Becker G., (1983), « A theory of competition among pressure groups for political influence », *Quarterly journal of economics*, 98(3), August, pp.371-400.

Bellon B., (1993), « Cent ans de politique antitrust aux Etats-Unis », *Revue d'économie industrielle*, n°63, 1<sup>er</sup> trimestre, pp.10-24.

Bergougnoux J., (2000), « Comment le régulateur gagnera sa légitimité », *Sociétal, Services publics et marché, l'ère des régulateurs*, n° 30, 4<sup>e</sup> trimestre, pp.49-54.

Bergougnoux J., (2001), *Rapport du groupe d'experts sur la tarification de l'accès aux réseaux de transport et de distribution de gaz*, Commission de Régulation de l'Electricité, 30 avril.

Berthonnet A., (1998), « La tarification du transport de l'énergie électrique entre 1920 et 1945 : la recherche d'une réponse à une logique de complexification croissante » *Bulletin d'Histoire de l'Electricité*, n°32, décembre, pp.53-92

Boiteux M., (1949), « De la tarification des pointes de demande », *Revue générale de l'électricité*, tome 58, n° 8, août, pp. 321-340.

Boiteux M., (1951), « La tarification au coût marginal et les demandes aléatoires », *Cahiers du séminaire d'économétrie*, n°1, Editions du CNRS, pp.56-69.

Boiteux M., (1951), « Le revenu distribuable et les pertes économiques », *Econometrica*, vol 19, n° 2, avril, pp. 112- 133.

Boiteux M., (1952), « La vente au coût marginal dans un environnement imparfait », *Econometrica*, vol. 20, avril, p.318.

Boiteux M., (1956) « La politique des prix », Cours au collège libre des sciences sociales et économiques. Cours consacré aux « enseignements de la science économique moderne et problème de la planification concurrentielle ».

Boiteux M., (1956), « La vente au coût marginal », *Revue française de l'énergie*, décembre, n° 81, pp.113-117.

Boiteux M., (1956), « La théorie du rendement social », cours au collège libre des sciences sociales et économiques.

Boiteux M., (1956), « Sur la gestion des monopoles publics astreints à l'équilibre budgétaire », *Econometrica*, janvier.

Boiteux M., (1993), *Haute tension*. Paris, Odile Jacob.

Boiteux M., (1996), « Concurrence, régulation, service public. Variations autour du cas de l'électricité », *Futuribles*, janvier, n° 205, pp.39-60.

Boiteux M., (1999), « Services publics : monopole ou concurrence ? », *Commentaire*, n° 88, vol. 22, hiver 1999-2000, pp.893-900.

Bourgeois L., (1998), *Solidarité*, Presses du Septentrion (réédition).

Boyer M., (1995), « La réglementation incitative », Cahiers du Centre Inter-universitaire de recherche en analyse des organisations (CIRANO), n° 95c-1, février, Montréal, 26p.

Brousseau E., Petit P. et Phan D., (1996), *Mutations des télécommunications, des industries et des marchés*, ENSPTT- Economica, Paris, 553p.

Burmeister A., (1994), « Marchés publics et politique technologique : le concept de "demand-pull public" », *Revue française d'économie*, 2, volume IX, printemps, pp.187-220.

Callon M., (1998), *The laws of the markets*, Blackwell publishers, Oxford, 278 p.

Chaldwick E., (1859), "results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe : of Competition for the Field, as Compared with the Competition within the Field of Service", *Journal of Royal Statistical Society*, n° 22, pp.381-420.

Chamberlin, (1933), *The theory of monopolistic competition*, Harvard university press.

Champsaur P., (1996), *Rapport du groupe d'expertise économique sur l'interconnexion et le financement du service universel dans le secteur des télécommunications*, ministère délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace.

Chevalier J., (1994), *Science Administrative*, PUF-Thémis, p.158.

Chevalier J., (1997), *Le Service Public, Que sais-je ?*, Paris, 120p.

Chrétien P., (1998), « Vacuité de la notion juridique de service public », *Sociétés contemporaines, Service public et service universel*, n° 32, octobre, pp.11-23.

Coase R., (1946), «The marginal cost controversy », *Economica*, n° 13, pp.169-182.

Coase R., (1960), «The problem of social cost », *Journal of Law and Economics*, n° 3, pp.1-44.

Coase R., (1988), *The Firm, the Market and the Law*, Chicago university Press.

Cohen E., (1995), « L'Europe entre marché et puissance. Le cas des politiques de l'industrie. Spécialisation, technologie, concurrence, commerce extérieur », in Mény Y., Muller P. et Quermonne J.-L., *Politiques publiques en Europe*, L'Harmattan, Paris, 352p.

Cohen E., (2000), « De la réglementation étatique et administrative à la régulation », *Paysans*, n°261, mai-juin.

Colli J.-C., (1986), *Cent ans d'électricité dans les lois*, *Bulletin d'histoire de l'électricité*, numéro spécial, juillet, 178p.

Colson C., (1960), *Morceaux choisis*, Dalloz, Paris.

Commissariat Général du Plan, (2001), « La régulation des industries énergétiques », *Cycle de conférences de politique énergétique organisé conjointement par le Commissariat général du Plan et la direction générale de l'Energie et des Matières premières*, 3 septembre.

Commission de Régulation de l'Electricité, (2001), *Rapport d'activité*, juin.

Commission européenne, (1999), *Second rapport au Conseil et au Parlement européen sur l'harmonisation des législations (Directive 96/92/CE relative aux règles communes pour le marché intérieur de l'électricité)*, Bruxelles.

Commission européenne, (2001), « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité », COM (2001)-125, 2001-0077 et 0078 (COD), Bruxelles, le 13 mars.

Commission européenne, (2001), « Vers un marché unique de l'énergie en 2005 », IP/01/356, Bruxelles, le 13 mars.

Commons J.R., (1907), « The Wisconsin public-utilities Law », *The American Economic Review*, 36, August, pp.221-224.

Commons J.R., (1910), « How Wisconsin regulates her public utilities », *The American Economic Review*, n°42, August, pp.215-217.

Commons J.R., (1924), *Legal foundations of Capitalism*, The Mac Millan Company.

Commons J.R., (1925), « Law and economics », *Yale Law Journal*, vol. 37, n° 2, pp. 139-178.

Commons J.R., (1939), « Twentieth century economics », *Journal of Social Philosophy*, October, pp.29-41.

Commons J.R., (1950), *The Economics of Collective Action*, The University of Wisconsin Press, réédition 1970.

Commons J.R., (1954), *Institutional economics*, Mac Millan.

Comte R., (1955), « Historique de l'index économique électrique national », *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 7<sup>ème</sup> année, n° 72, juillet.

Corail (de) J.-L., (1954), *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif*, LGDJ, 347 p.

Curien N., (2000), *Economie des réseaux*, Repères- La découverte, Paris.

Curien N., (2000), « Service Universel et concurrence : une cohabitation nécessaire », *Sociétal*, n° 30, 4<sup>e</sup> trimestre, pp. 86-90.

Custos D., (2001), « Agences indépendantes de régulation américaines (*Independent Regulatory Commissions ou IRC*) et autorités administratives indépendantes françaises (AAI). L'exemple de la *Federal Communications Commission (FCC)* et de l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART) », Colloque de la revue *Politique et management public*, Nice, octobre.

Deakin S. et Pratten S., (1999), « Reinventing the market ? competition and regulatory change in broadcasting », *Journal of law and society*, vol. 26, n°3, September , pp 323-350.

Debreu G., (1952), « The classical tax-subsidy problem », *Econometrica*, January, 20, p.100.

Delache X. et Chitour E., (1999), « Ouverture à la concurrence et évaluation des coûts dans le secteur des télécommunications », *Troisièmes entretiens* de l'Autorité de Régulation des Télécommunications, Paris, 27 mai.

Demsetz H., (1968), « Why regulate utilities ? », *Journal of law and economics*, 11, pp.55-66.

Derycke P.H., (1996), « William S. Vickrey, prix nobel d'économie 1996, trois aspects de l'œuvre », *Revue d'économie régionale et urbaine*, 5-1996.

Deschamp L., (2000), « Des centrales solaires spatiales des années 1900 à demain », *Bulletin d'histoire de l'électricité*, n° 35, pp.79-100.

Dessus G., (1949), « Apologue du bois et de la mine. Les principes généraux de la tarification dans les services publics », *Revue Générale de l'Electricité*, n° 12, décembre.

Dessus G., (1949), « Les principes généraux de la tarification dans les services publics », Congrès de Bruxelles, Unipede.

Dessus G., (1954), « A propos des réformes tarifaires », *Revue française de l'énergie*, octobre, pp.8-14.

Diamond P.A., (1967), « The role of a stock market in a general equilibrium model with technological uncertainty », *American Economic Review*, 58, September, pp.759-776.

Didry C., (1998), « Les comités d'entreprise face aux licenciements collectifs : trois registres d'argumentation », *Revue française de Sociologie*, XXXIX-3, pp.495-534.

Dosi G., (1988), « Sources, procedures and microeconomic effects of innovation », *Journal of Economic Literature*, vol. XXVI, September, pp.1120-1171.

Du Marais B., (2001), « L'Etat à l'épreuve du principe de concurrence : analyse et prospective juridique », Colloque *Politiques et Management Public*, Nice, octobre.

Dubouchet P., (1998), *La pensée juridique avant et après le Code Civil*, L'Hermès.

Duguit L., (1907), « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *Revue du Droit Public et la Science Politique en France et à l'étranger*, pp. 412-439.

Dupuit J., (1844), « De la mesure de l'utilité des travaux publics », reproduit dans la *Revue française d'économie*, vol. X, printemps 1995, pp.55-94.

Dutraive V., (1995), « De l'analyse contemporaine des institutions aux institutionnalistes américains : un cheminement rétrospectif », introduction à Corei T., *L'économie institutionnaliste. Les fondateurs*, Economica, Paris.

Eccles R., (1982), « Quasi-firms in the construction industry », *Journal of economic behaviour and organizations*, March.

Ecosip, (1993), sous la direction de V.Giard et de C.Midler, *Pilotage de projets et entreprises - diversités et convergences*, Paris, Economica.

Edel F. et Lotter F., (1998), « Equité et service téléphonique universel aux Etats-Unis : une analyse en terme de justice locale », working paper 98-11, ATOM, Université de Paris I.

Encoua D. et Koebel P., (1987), « Réglementation et déréglementation des télécommunications », *Revue Economique*, n° 2, mars.

Lieb-Doczy E., (2002), « The E.On-Ruhrgas Merger : The German Government Decides Against Competition », *Energy Regulation Brief*, National Economic Research Associates, August.

Feldstein M., (1972), « Equity and efficiency in public sector pricing : the optimal two parts tariffs », *Quarterly journal of economics*, 86, pp.175-187

Finon D., (1997), « La concurrence dans les industries électriques : l'efficacité au prix de la complexité réglementaire ? », *Cahier de recherche IEPE*, n°12, mars, 29p.

Foldvary F., (1994), *Public Goods and Private Commodities – The Market Provision of Social Services*, Edward Elgar, Aldershot.

Foxall G., (1986), « A conceptual extension of costumer-active paradigm », *Technovation*, n° 4, pp.17-27.

Frison-Roche, M.A., (2000), « La victoire du citoyen-client », *Sociétal, Services publics et marché, l'ère des régulateurs*, n° 30, 4<sup>e</sup> trimestre, pp.49-54.

Gabszewicz J., (1993), *La concurrence imparfaite*, Repères- La découverte, Paris.

Gagné R., Lanoie P., Michaud P.-C. et Patry M., « Les coûts de la réglementation : une revue de littérature », Cirano, cahier de recherche, série scientifique, 2001s-55, Montréal, octobre, 55p.

Gagnepain P., (2000), « La nouvelle théorie de la régulation des monopoles naturels », *Revue française d'économie*, n° 4.

Garceries S., (1998), « Service public et droit communautaire. Une nouvelle "crise" de la notion de service public en droit administratif français », *Sociétés Contemporaines*, n° 32, pp.37-56.

Garcia M.-F., (1986), « Le marché des fraises en Sologne », *Actes de la recherche en sciences sociales*.

Gaspard R. et Massé P., (1952), « Le choix des équipements énergétiques et la production d'Electricité de France », *Revue Française de l'Energie*, n° 35, octobre, pp. 5-15.

Gegax D. et Novotny K., (1993), « Competition and the electric utility industry : an evaluation », *The Yale journal on Regulation*, vol 10, n° 63, pp.63-87.

Gilardi F., (2001), « Policy Credibility and Delegation of Regulatory Competencies to Independent Agencies : A comparative Empirical Consideration », *11<sup>e</sup> colloque de la revue Politique et Management Public : "Reconfigurer l'action publique : big-bang ou réforme"*, Nice, octobre.

Glachant J.M. et Finon D., (2000), « why do the European Union's electricity industries continue to differ ? A new institutional analysis », in Ménard C., *Institutions, Contracts and Organizations. Perspectives from New Institutional Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, Royaume-Uni, pp. 313-334.

Glachant J.M. , (1994), *Le marché et le hors-marché. Une analyse économique des entreprises publiques françaises*, Publications de la Sorbonne, Paris, 250p.

Glachant J.-M., (1998), « L'électricité en Grande Bretagne : une industrie privée et un service public partiel », *Sociétés contemporaines*, numéro spécial *Service public et service universel*, n° 32, octobre, pp. 97-108.

Glachant J.-M., (2000), *Les réformes de l'industrie électrique en Europe*, Commissariat Général du Plan, Paris, juin.

Glachant J.-M., (2002), « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseau », *Revue Economique*, vol. 53, n° 3, mai, pp. 425-435.

Glais M., (1993), « Analyse typologique des ententes illicites soumises à l'appréciation des autorités concurrentielles françaises et communautaires », *Revue d'économie industrielle*, n° 63, 1<sup>er</sup> trimestre.

Glais M., (1997), « Droit de la concurrence et stratégie des firmes », *Encyclopédie de gestion*, Economica.

Glais M., (2001), « Marchés contestables », Jessua C., Labrousse C., Vitry D. et Gaumont D. (s.d.), *Dictionnaire des sciences économiques*, PUF, Paris, 1054 p.

Gönenç R., Maher M. et Nicoletti G., (2000), « Mise en place et effets de la réforme de la réglementation : leçons à tirer et problématique actuelle », *Revue économique de l'OCDE*, n° 32, 2000/1.

Green J.R. et Teece D.J., (1998), « Four approaches to telecommunications deregulation and competition : the USA, the UK, Australia and New Zealand », *Industrial and Corporate Change*, vol.7, 4, p.623.

Green R., (1998), « Electricity deregulation in England and Wales », in Zaccour (s.d.), *Deregulation of electric utilities*, op. cit.

Grossman S. et Hart O., (1986), « The Costs and the Benefits of Ownership : a Theory of Vertical and Lateral Integration », *Journal of Political Economy*, 94, pp.691-719.

Groupe X-crise, (1981), *X-crise, de la récurrence des crises économiques*, Economica, Paris.

Guglielmi G.J. et Koubi G., (2000), *Droit du service public*, Domat, Droit Public, Montchrestien, Paris, 585 p.

Guilhon B. et Gianfaldoni P., (1990), « Chaînes de compétences et réseaux », *Revue d'Economie Industrielle*, n° 51, 1<sup>er</sup> trimestre.

Guyer P., (1996), « Pionere der ökonomie des öffentlichen sektors » in *neue Zürcher Zeitung*, 12/13-10/1996, reproduit par *Problèmes économiques*, n° 2534, 17 septembre 1997.

Hahn R. et Hird J., (1991), « The costs and benefits of regulation : review and synthesis », *Yale journal on regulation*, vol 8, n°1, hiver, pp. 233-277.

Hamilton W.H., (1932), « Institutions », in Seligman E. et Johnson A., *Encyclopaedia of Social Science*, New York, Mac Millan, pp.84-89.

Hammond E., Helm D. et Thompson D., (1989), « Competition in electricity supply : has the energy act failed », in Helm D., Kay J. et Thompson D. (dir.), *The market for energy*, Oxford, Clarendon Press, pp.157-176.

Hart O., Schleifer A. et Vishny R., (1996), « The Proper Scope of Government Theory and an application to Prisons », mimeo, Harvard University.

Hayek F., (1945), « The use of knowledge in society », *American Economic Review*, 35 (4), pp.519-530.

Hayek F., (1946), "*The Meaning of Competition*", Stafford Little, lecture, Princeton University, May.

Hayek F., (1952), *Scientism and the study of society*, Glencoe, Illinois, The Free Press, traduction française : *Scientisme et sciences sociales. Essai sur le mauvais usage de la raison*, 1991, Pocket, Agora.

Hayek F., (1973), *Droit, législation et liberté*, Quadrige, PUF, Paris, nouvelle édition 1995.

Hicks J., (1942), « Consumer's surplus and index numbers », *Review of economic studies*, vol. 9, summer, pp. 126-137.

Hirshleifer J., (1989), « Investment decision criteria. Public decision », working paper 571, UCLA Dept. of Economics, August, 12 p.

Hodgson G.M., (1998), « The Approach of Institutional Economics », *Journal of Economic Literature*, volume XXXVI, number I, March, pp.166-192.

Holström B. et Tirole J., (1991), « Market liquidity and performance monitoring », Mimeo Yale University and Massachusetts Institute of Technology.

Hopkins T.D., (1996), « Regulatory costs in profile », *Policy study*, Center for the study of American business, Saint Louis, August.

Horwitch M., (1987), « Grands programmes, l'expérience américaine », *Revue française de gestion*, printemps, pp. 54-69.

Hotelling H., (1938), « The general welfare in relation to problems of taxation and of railway utility rates », *Econometrica*, vol. 6, July, pp.242- 269.

Hubert P., (2001), « Année 2000- Evolution Législative. Le Conseil de la Concurrence », *Les Notes Bleues de Bercy*.

Isla-Pernin A., (1999), « Stratégies des acteurs et interprétation des règles dans la réglementation européenne de la concurrence », in Kirat T. et Serverin E., *Droit et action économique*, Presses du CNRS.

Jaffe A.B., Paterson R., Portney R. et Stavins R., (1995), « Environmental regulation and the competitiveness of U.S. manufacturing : what does the evidence tell us ? », *Journal of Economic Literature*, vol. 33, n°1, pp.132-163.

Jarrell G, (1978), «The Demand for State Regulation of the Electricity Utility Industry», *Journal of Law and Economics*, October, 21(2), pp. 269-295.

Joskow P.L., (1991), «The role of transaction cost economics in antitrust and public utility regulatory policies » *Journal of law, economy and organization*, vol. 7.

Kahn A., (1971), *The economics of regulation : principles and institutions*, New York, John Wiley.

Kirat T., (1998), *Economie du Droit*, Repères-La Découverte, Paris, 123p.

Kirat T., (2001), « Le pragmatisme, l'économie et l'intelligence des règles juridiques : leçons de la méthode institutionnaliste de John Rodgers Commons », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, n° 47, décembre, pp 1-22.

Kirat T., (2002), *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, LGDJ, à paraître

Kirat T. et Baye E., (1998), *Modes de gestion des services publics de l'eau et de l'assainissement et innovation technologique. Analyse économique comparée France-Japon*, Rapport de recherche n° 97N62/0048, pour le programme "systèmes écologiques et développement durable", CNRS, Lyon, avril, 130p.

Kirat T. et Serverin E., (2000), *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, Paris, 237 p.

Kirzner I., (1978), «Government regulation and the market discovery process » in *Perils of regulation : a market process approach*, University of Miami, School of law, Coral Gables, FL, section IV, pp.13-19.

Kirzner I., (1984), « Prices, the communication of knowledge and the discovery process », in Leube K. et Zlabinger A., *The Political Economy of Freedom, Essays in Honour of F.A. Hayek*, München und Wien, Philosophia Verlag, pp. 193-206.

Knittel C., (1999), «The Origins of State Electricity Regulation: Revisiting an Unsettled Topic », *Boston University, Department of Finance*, September, 18p.

Kydland F.E. et Prescott E.C., (1977), « Rules rather than Discretion: the Inconsistency of Optimal Plans, *Journal of Political Economy*, vol.85 , n° 1,pp. 473-491.

Laffont J.J., (1986), « La nouvelle économie de la réglementation, dix ans après », *Revue d'économie industrielle*, numéro exceptionnel, *Economie industrielle, développements récents*, pp. 331-336.

Laffont J.J., (1995), « Sur l'économie politique de la réglementation », *Réseaux, Revue du CNET*, n° 72/73.

Laffont J.J., (2000), « Etapes vers un Etat moderne : une analyse économique », rapport n°24 du Conseil d'Analyse Economique, actes du colloque de décembre 1999, *L'Etat et la gestion publique*, La documentation française, juin.

Laffont J.J. et Tirole J., (1993), *A theory of incentives in procurement and regulation*, the MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 705p.

Laffont J.J. et Tirole J., (1996), « Creating Competition through Interconnection – Theory and Practice », *Journal of Regulatory Economics*, n° 10, pp.614-641.

Laffont J.J. et Tirole J., (2001), « Le risque réglementaire », *Risques*, n° 46, avril-juin.

Lanthier P., (1988), *Les constructions électriques en France : financement et stratégie des six groupes industriels internationaux 1880-1940*, doctorat d'histoire sous la direction de Maurice Lévy-Leboyer, Paris X-Nanterre.

Lanthier P., (1993), «L'électricité en France : marchés, réseaux, pouvoirs publics (1880-1940), *Bulletin d'Histoire de l'Electricité*, n° 22, pp. 187- 201.

Lanthier P., (1996), « Le financement de la production et du transport de l'électricité à la fin des années trente », in *La nationalisation de l'électricité en France op cit.*

Larroque D., (1997), *Histoire du service de la production thermique d'Electricité de France*, tome I, 1946-1973, AHEF, Paris.

Launay (de) L., (1916), « Problèmes économiques d'après-guerre: les forces naturelles », *Revue des deux mondes*, 1<sup>er</sup> mars, p175.

Lepage H., (1998), « Electricité et concurrence : les enjeux de la directive européenne », *document de travail*, Institut Euro 92, mars, 35 p.

Les Notes Bleues de Bercy, (2000), «Le service public de l'électricité », n° 178, 1<sup>er</sup> au 15 mars.

Lévêque F., (1998), *Economie de la réglementation*, Repères- La découverte, Paris, 125 p.

Lévy-Leboyer M., (1988), « Le système électrique français (1880-1940) », *Revue française de gestion*, septembre-octobre, pp. 88-99.

Littlechild S., (1981), « Misleading Calculations of the Social Costs of Monopoly Power », *The Economic Journal*, 91 (362), June, pp.348-363.

Littlechild S., (1986), *Economic regulation of privatised water service*, HSMO, London.

Lulin E., (2002), « Voluntary Regulation : la règle privée face à la loi », *Socitétal*, n° 36, 2<sup>nd</sup> trimestre, pp. 9-14.

Majone G., (1997), «From the Positive to the Regulatory State », *Journal of Public Policy*, vol.17, n° 2, pp.139-167.

Margairaz M., (1991), *L'Etat, les finances et l'économie. Histoire d'une conversion (1932-1952)*, Imprimerie Nationale, Paris.

Margairaz M., (1998), « Companies under Public Control in France 1900-1950 », in Whiteside N. et Salais R., *Governance, Industry and Labour Markets in Britain and France. The modernising state in the mid-twentieth century*, Routledge, London.

Marquet A., (1996), « Trente ans de recherche en électrotechnique supraconductrice en France : des ambitions en dents de scie, un paysage mutant et de nouvelles perspectives », *Bulletin d'histoire de l'électricité*, n° 27, juin, pp. 149-162.

Marty F., (1999) « Electricité de France et les constructeurs de matériels électromécaniques. La construction d'un cercle vertueux de coopération(1946-1955) », *Bulletin d'histoire de l'électricité*, n° 34, décembre.

Marty F., (2001), « Les grands projets de la filière électrique dans l'entre-deux-guerres : innovation et coordination interentreprises », in Barjot D., Morsel H. et Coeuré S., (sd.), *Stratégies, gestion, management. Les compagnies électriques et leurs patrons (1895-1945)*, Fondation Electricité de France, Paris, 533 p., mai.

Marty F., (2001), « Outils de gestion, structures productives et configuration institutionnelle des marchés : l'évolution du secteur électrique », Communication à la journée d'étude L'organisation sociale de l'économie du CLERSE (Centre Lillois d'Etudes et Recherches en Sociologie et en Economie), Lille, juin.

Marty F. et Salais R., (2001), *Nous vous devons plus que la lumière. Le devenir du soutien apporté par EDF aux PME / PMI au sein d'un marché européen d'électricité ouvert et dérégulé*, Rapport pour la Direction de la Technologie du Ministère de la Recherche, janvier.

Massé P., (1984), *Aléas et progrès. Entre Candide et Cassandre*, Economica, Paris, 352p.

Matheu M., (2000), « L'Europe à l'école américaine et britannique », *Dossier Régulation, Sociétal*, n° 30, 4<sup>e</sup> trimestre, pp. 55-60.

Mélot L., (1935), « Les enseignements que l'on peut retirer en France de l'exemple du réseau britannique de transmission d'énergie », *Revue Générale de l'Electricité*, XXXVII.

Meyer J. et alii., (1959), *The economics of competition in the transportation industries*, Cambridge Ma., Harvard University Press.

Midler C., (1993), *L'auto qui n'existait pas. Management des projets et transformation de l'entreprise*, Interéditions, Paris.

Mioche G., (2001), *Qualité de l'électricité et contractualisation*, Mémoire de stage Ecole Centrale –IDHE ENS Cachan, juillet.

Morin F., (2001), Présentation de la Commission de Régulation de l'Electricité, *séminaire les dispositifs de l'action publique*, IDHE-ENS Cachan, 4 décembre.

Morsel H., (1987) « Panorama de l'histoire de l'électricité en France dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle », in *Un siècle d'électricité dans le monde*, Cardot F. (sd.), PUF, Paris.

Mougeot M., (1989), *Economie du secteur public*, Economica, Paris.

National Audit Office (NAO), (1998), *The office of electricity regulation : improving energy efficiency financed by a charge on customers*, report by the comptroller and auditor general, 31 July.

Newberry D.M. et Pollit D., (1997), « The restructuring and privatisation of the CEGB- Was it worth it ? », *The journal of industrial economics*, vol. XLV, n° 3, pp.269-303.

Newberry D.M., (1998), « Freer electricity markets in the UK : a progress report », *Energy policy*, vol.26, n°10, pp.743-749.

OCDE, (1997), « Application of Competition Policy to the Electricity Sector », OCDE/GD (97) 132.

OCDE, (2000), « Analyse comparative de l'environnement réglementaire des entreprises. L'enquête internationale de l'OCDE (PUMA) auprès des entreprises », Tech. Rep., Paris, juillet.

OCDE, (2000), *Foreign Trade by Commodities 1993-1998*, , *OECD Total, NAFTA, OECD Asia and Pacific, OECD Europe, EU15*, Paris.

Office of Management and Budget, (2000), « Report to Congress on the costs and benefits of federal regulations », Tech. Rep. *OMB report to Congress*, Washington D.C., January..

Peltzman S., (1976), «Toward a more general theory of regulation», *Journal of law and economics*, 19(2), august, pp.211-40.

Peltzman S., (1989), «The economic theory of regulation after a decade of deregulation», *Brookings paper econ act., microeconomics*, pp 1-41.

Pepermans G. et Proost S., (2000), « The liberalisation of the energy sector in the European Union », Working paper n° 2000-3, Université catholique de Louvain, novembre.

Percebois J. et David L., (2001), «les enjeux du transport pour le gaz et l'électricité : la fixation des charges d'accès », *cahier de recherche du CREDEN*, n° 01.05.21, Montpellier, mai, 29p.

Percebois J., (1997), « La dérégulation de l'industrie électrique en Europe et aux Etats-Unis : un processus de décomposition - recomposition », *Cahiers de recherche du CREDEN*, n° 97.04.08, Montpellier, juillet, 41p.

Percebois J., (1999), « L'apport de la théorie économique aux débats énergétiques », *Cahiers de recherche du CREDEN*, n° 99.11.15, novembre, 36 p.

Percebois J., (2001), « Les missions des régulateurs de services publics dans un environnement dérégulé : objectifs, contraintes et moyen », *cahier de recherche du CREDEN*, Montpellier, 12p.

Perrot A., (1995), «Ouverture à la concurrence dans les réseaux : une approche stratégique par l'économie des réseaux », *Economie et Prévision*, n° 119, pp.59-71.

Picard J.F., (1987), *Recherche et industrie, témoignages sur 40 ans d'études et recherches à EDF*, Eyrolles, 160p.

Picard J.F., Beltran A. et Bungener M., (1984), *Histoire(s) d'EDF*, Dunod, Paris.

Pineau P.O., (1998), «Peak load problem, deregulation and reliability pricing », in Zaccour G., sd., *Deregulation of electric utilities*, Kluwer academic publisher, Londres, 342 p.

Pontier J.M., (1996), « La conception française du service public », *Dalloz*, chronique, p. 9.

Posner R., (1975), « The Social Costs of Monopoly and Regulation », *Journal of Political Economy*, vol. 83, August, pp.807-827.

Posner R., (1992), *Economic analysis of law*, Little Brown, 4<sup>e</sup> édition, Boston.

Preston A., (1994), « The Economics of Rail Privatisation : an assessment », *Working Paper*, University of Leeds, Institute for Transport Studies.

Quélin B., (1992), « Trajectoires technologiques et diffusion de l'innovation : l'exemple des équipements de télécommunication », *Revue d'économie industrielle*, 62/4, pp.83-105.

Quinet E., (1999), « Libéralisme et transports – Les chemins difficiles de l'efficacité », *Commentaire*, reproduit dans *Problèmes Economiques*, « Services Publics et déréglementation », n°2640, 17 novembre.

Reinert M., (1993), « les “mondes lexicaux” et leur “logique” à travers l'analyse statistique d'un corpus de récits de cauchemars », *Langage et Sociétés*, 64, pp.5-39.

Rey P. et Tirole P., (1997), « Analyse économique de la notion de prix de prédation », *Revue française d'économie*, 1-vol. XII, hiver 1997, pp.3-32.

Richardson G.B., (1972), « The organisation of industry », *The Economic Journal*, Septembre.

Rizzo M., (1985), « Rules versus Cost-Benefit Analysis in common law », *Cato journal*, vol. 4, n°3, pp.865-884.

Rutherford M. et Samuels W., (1996), *John R. Commons. Selected Essays*, Routledge, London.

Salais R. et Storper M., (1993) *Les mondes de production. Enquête sur l'identité économique de la France*, éditions de l'EHESS, 467 p.

Salais R., (1998), « A la recherche du fondement conventionnel des institutions », in Salais R., Chatel E. et Rivaud-Danset D., *Institutions et conventions, la réflexivité de l'action économique*, Raisons pratiques, n°9, éd. de l'EHESS, Paris.

Samuelson P.A., (1964), « Principles of efficiency – discussion », *American Economic Review*, 54, May, pp. 93-96.

Sauvy A., (1947), « A propos de la coordination des transports - répartition d'un objectif de production entre deux activités », *Revue d'économie politique*.

Scheurer F., (1988), « Producteurs, distributeurs, entrepreneurs et constructeurs des entreprises électriques liées in Cardot F., *Des entreprises pour produire de l'électricité*, AHEF-PUF.

Schotter A., (1981), *The Economic Theory of Social Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge MA.

Siddayao C., (1995), « Pricing Transmission in a Reformed Power Sector : Can U.S. Issues be generalized for Developing Countries ? », *Cahiers de recherche du CREDEN*, Montpellier, 35p.

Steiner F., (2000), « Regulation, Industry Structure and Performance in the Electricity Supply Industries », *Economic Department Working Papers*, n° 238, OCDE, 41 p.

Steiner P., (1999), *La sociologie économique*, Repères - La découverte, Paris, 123 p.

Stigler G. et Friedland C., (1962), « What can regulators regulate ? The case of electricity », *Journal of law and economics*, 5, October, pp.1-16.

Stigler G., (1971), « The theory of economic regulation », *Bell journal of economics*, 2, spring, pp. 3-21.

Stoffaës C., (1995), *Services publics. Questions d'avenir*, Rapport de la commission (dirigée par), Commissariat Général du Plan, Odile Jacob, La Documentation Française, 347 p.

Thiétart R.A, (1987), « Le macro management : nouveau défi pour la gestion », *Revue Française de Gestion*, printemps, p. 40.

Tirole J., (1992), « Ownership and Incentives in a Transition Economy », MIT, mimeo, Cambridge, MA.

Tirole J., (1999), « Concessions, concurrence et incitations », *Revue d'économie financière*, n°51, pp. 79-92.

Trinh M., (1997), « Privatisation et concurrence », in Perrot A., *Réglementation et concurrence*, *Economica*, Paris, pp.31-48.

Varoquaux W., (1996), *Calcul économique et électricité, Que sais-je ?*, Paris, PUF, 127p.

Vaté M., (2001), « privatisation », in Jessua C., Labrousse C., Vitry D. et Gaumont D. (s.d.), *Dictionnaire des sciences économiques*, PUF, Paris, 1054 p.

Weber M., (1922), *Economie et société*, tome I, traduction française Agora, Pocket, 1995.

Williamson O.E., (1975), *Markets and hierarchies*, NY, Free Press.

Williamson O.E., (1977), « Predatory Practices : A Strategic and Welfare Analysis », *Yale Law Journal*, 87, December, pp. 284-340.

Wilson R.B., (1998), «Design principles », in Chao H. et Huntington H., eds, *Designing competitive electricity markets*, Kluwer Academic Publisher.

Winston C., (1993), «Economic deregulation : days of reckoning for micro economists », *Journal of economic literature*, volume XXXI, number 3, September, pp.1263-1289.

Wiseman J., (1985), « Economics, subjectivism and public choice », *Market process*, (3) 2, autumn, pp.14-15.

Withfield D., (2001), *Public Services or Corporate Welfare : Rethinking the Nation State in the Global Economy*, Pluto Press.

Wolff J., (2001), «Ecole Historique Allemande », in Jessua C., Labrousse C., Vitry D. et Gaumont D. (s.d.), *Dictionnaire des sciences économiques*, PUF, Paris, 1054 p.

Wolfram C.D., (1999), « Measuring duopoly power in the electricity spot market », *American Economic Review*, vol.89, n°4, pp. 805-826.

Zaccour G., sd., *Deregulation of electric utilities*, Kluwer academic publisher, London, 342 p.

Zimmermann B., Didry C., Wagner P., (sd.) (1999) *Le travail et la nation. Histoire croisée de la France et de l'Allemagne*, édition de la maison des sciences de l'homme, Paris.

# Table des matières

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>15</b>
<b>CHAPITRE 1 : LA CONSTRUCTION DE LA CONVENTION DE LA REGLEMENTATION EXTERIEURE : ETUDE ECONOMIQUE ET HISTORIQUE AUTOUR DU "MODELE EDF" .....</b>	<b>36</b>
I.1 LOGIQUES DE LA CONSTITUTION D'UNE ENTREPRISE NATIONALE DANS LE SECTEUR ELECTRIQUE (1919- 1946) .....	38
I.1.1 <i>La convergence vers le monopole naturel à travers l'accroissement des économies d'échelle.....</i>	39
I.1.2 <i>L'action publique face à une industrie acquérant peu à peu une dimension nationale : la fixation des     règles au niveau étatique.....</i>	53
I.2 ELECTRICITE DE FRANCE COMME CRISTALLISATION DE LA CONVENTION DE LA REGLEMENTATION EXTERIEURE.....	67
I.2.1 <i>Le marginalisme comme support de la politique optimale de l'entreprise nationale de service public     .....</i>	68
I.2.2 <i>Les choix d'investissements.....</i>	89
I.3 LA RECHERCHE D'UNE OPTIMALITE SOCIALE : L'EXEMPLE DES LIENS AVEC LES FIRMES DE CONSTRUCTION ELECTROMECHANIQUE .....	103
I.3.1 <i>La recherche d'une optimalité sociale : les cercles vertueux de coopération avec le secteur de la     construction électromécanique.....</i>	103
I.3.2 <i>Le service public et l'intérêt général : qualité du produit et innovation.....</i>	125
<b>CHAPITRE 2 : L'IRRESISTIBLE ASCENSION DE LA CONVENTION DE REGLEMENTATION ABSENTE .....</b>	<b>143</b>
II.1 UN NOUVEAU PARADIGME DE L'ACTION PUBLIQUE .....	144
II.1.1 <i>Une rupture dans l'économie publique : la contestation théorique du modèle de la convention de la     réglementation extérieure.....</i>	144
II.1.2 <i>Le cadre théorique fédérateur de la nouvelle économie des réseaux.....</i>	171
II.2 LES DEFAILLANCES DU LIBERALISME CONSTRUCTIVISTE .....	196
II.2.1 <i>Critiques de la cohérence interne de la nouvelle réglementation aux points de vue économiques et     productifs .....</i>	196
II.2.2 <i>Etude du développement d'une convention de réglementation à travers les textes européens et les     diverses législations nationales.....</i>	221
<b>CHAPITRE 3 : LES CONVENTIONS DE REGLEMENTATION SITUEES .....</b>	<b>279</b>
III.1 CONTESTATION DE L'EFFICACITE ECONOMIQUE DE LA CONVENTION DE LA REGLEMENTATION ABSENTE. .....	281
III.1.1 <i>La construction de marché de concurrence pure et parfaite par des règles d'organisation.....</i>	281
III.1.2 <i>Critique du libéralisme néoclassique à partir d'une approche autrichienne de la réglementation.....</i>	291
III.2 LES APPROCHES SITUEES DE LA REGLEMENTATION.....	308
III.2.1 <i>L'institutionnalisme américain : la régulation des utilités du Wisconsin selon J.R. Commons : une     convention de réglementation pragmatique.....</i>	308
III.2.2 <i>La tradition originelle du service public à la Française : le rôle des collectivités territoriales et des     particuliers.....</i>	329
III.3 UN ESSAI DE CONSTRUCTION DES FONDEMENTS THEORIQUES DES CONVENTIONS DE REGLEMENTATION ASSISE A PARTIR DU ROLE DES INSTITUTIONS ET LA THEORIE DE LA CONNAISSANCE .....	356
<b>CHAPITRE 4 : ETUDE DE LA DYNAMIQUE DE LA REGLEMENTATION DU SECTEUR ELECTRIQUE FRANÇAIS AU TRAVERS DE L'ACTIVITE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE .....</b>	<b>364</b>
IV.1 PRESENTATION DU CADRE D'ACTION DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE .....	369
IV.1.1 <i>Procédures d'activation de la juridiction concurrentielle.....</i>	369
IV.1.2 <i>Analyse économique des griefs susceptibles d'être notifiés aux opérateurs de service public.....</i>	377
IV.2 ANALYSES DU CONTENTIEUX RELATIF A LA REGLEMENTATION DU SECTEUR ELECTRIQUE.....	382
IV.2.1 <i>Les contentieux relatifs à la convention de la réglementation extérieure : obligation d'achat et     principe de spécialité.....</i>	383
IV.2.2 <i>L'activité consultative et les contentieux liés à la dynamique du changement conventionnel :     construction et mise en œuvre de la nouvelle réglementation.....</i>	416
IV.2.3 <i>Synthèse de la position du Conseil de la concurrence en matière de réglementation du secteur     électrique.....</i>	430

IV.3 ANALYSE STATISTIQUE DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE .....	433
IV.3.1 Analyse des saisines .....	433
IV.3.2 Griefs retenus par le Conseil et dispositifs des décisions.....	458
IV.3.3 Conclusion de l'analyse du corpus.....	466
IV.3.4 L'électricité et les industries de réseaux sont-elles traitées comme des secteurs spécifiques ? .....	467
IV.4 ANALYSE EN COMPOSANTES PRINCIPALES DU CORPUS D'AVIS, DE DECISIONS ET DE MESURES CONSERVATOIRES DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE SUR LA REGLEMENTATION DE L'ELECTRICITE ET DES SERVICES PUBLICS. ....	480
IV.4.1 Analyse de l'ensemble des actes du Conseil relatifs à l'électricité et aux services publics. Une comparaison intersectorielle.....	480
IV.4.2. Analyse en composantes principales pour les actes relatifs au secteur électrique.....	499
IV.4.3 Conclusion générale de l'analyse en composantes principales.....	510
IV.5 ANALYSE LEXICALE DU CORPUS DES ACTES DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE.....	516
IV.5.1 Analyse lexicale portant sur les décisions, avis et mesures conservatoires du Conseil de la Concurrence entre 1996 et 2001. ....	517
IV.5.2 Analyse lexicale du corpus de décisions, mesures conservatoires et avis du Conseil de la Concurrence limitée à l'électricité et à la construction électrique. ....	525
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>537</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>563</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>587</b>





**PLURALITE ET DYNAMIQUE DES CONVENTIONS DE REGLEMENTATION :  
UNE ANALYSE ECONOMIQUE DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL DE LA  
CONCURRENCE RELATIVE AU SECTEUR ELECTRIQUE**

**Mots-Clefs** : Economie de la réglementation, Service Public, Libéralisation du secteur de l'électricité, Analyse économique du droit, Dynamique du changement institutionnel.

**Résumé :**

Initiée par la directive européenne de 1996 et la loi de développement et de modernisation du service public de l'électricité, la libéralisation du secteur électrique français pose les questions du devenir du service public à la française et de l'opérateur historique, Electricité de France. Cette thèse vise à mettre en évidence la pluralité des logiques de réglementation susceptibles d'encadrer le secteur électrique. Les débats théoriques éclairés par l'étude de la dynamique historique de l'électricité française et par les expériences étrangères permettent de caractériser chacune de ces logiques, que nous nommons "conventions de réglementation". Les mutations actuelles du système électrique français sont étudiées au travers de l'analyse économique de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence.

**PLURALITY AND DYNAMICS OF THE REGULATION LOGICS: AN ECONOMIC  
ANALYSIS OF THE FRENCH COMPETITION COUNCIL'S CASE-LAW ON  
ELECTRICAL MATTERS.**

**Keywords** : Regulation Economics, Public-Utilities, Electric Sector Deregulation, Law and Economics, Dynamic of Institutional Change.

Initiated by the European Directive of 1996 and the Electricity Act of 2000, the French Electric Sector deregulation raises the issue of the future of the French Public Service and of the National Firm. This PhD dissertation aims at demonstrating the existence of a Regulation frameworks plurality. Theoretical debates highlighted by historical dynamics of French electricity and international comparisons enable us to structure some "conventions of regulation" (in the sense of patterns of expectations relative to the regulation). The current mutations of the French Electrical System are analysed through the Competition Council jurisprudence.

U.M.R. CNRS Institutions et Dynamiques Historiques de l'Economie (IDHE)  
Ecole Normale Supérieure de Cachan  
61, avenue du Président Wilson  
94235 Cachan cedex  
France  
<http://www.idhe.ens-cachan.fr>