

UMR de DROIT COMPARÉ de PARIS

DROIT DE LA RÉGULATION, SERVICES PUBLICS ET INTÉGRATION RÉGIONALE

sous la responsabilité de Gérard MARCOU, Professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et de Franck MODERNE, Professeur émérite à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne

avec la participation de :

- M. BULLINGER, Professeur émérite à l'Université de Fribourg-en-Brisgau (Allemagne)
- J. COMADIRA, Professeur à l'Université de Buenos-Aires (Argentine)
- D. CUSTOS, Professeure aux Universités de Caen (France) et de Loyola (USA)
- G. DELLIS, Maître de conférences à l'Université de Droit d'Athènes (Grèce)
- F. DELPÉRÉE, Professeur à l'université Catholique de Louvain (Belgique)
- P. L. FRIER, Professeur à l'Université Paris I (France)
- J.P. GAUDIN, Professeur à l'IEP d'Aix-en-Provence (France)
- J.M. GLACHANT, Professeur à l'Université de Paris XI (France)
- E. GRAU, Professeur à l'Université de Sao Paulo (Brésil)
- A. KOZYRINE, Professeur à la Haute école d'économie, Université d'Etat de Moscou (Russie)
- H. KULLA, Professeur à l'Université de Turku (Finlande)
- E. MALARET, Professeure à l'Université de Barcelone (Espagne)
- J. McELDOWNEY, Professeur à l'Université de Warwick (Grande-Bretagne)
- U. NEERGAARD, Professeure Business School de Copenhague (Danemark)
- D. PAIVA, ATER à l'Université de Paris 1 (France)
- M.PORTO, Professeur à l'Université de Coimbra (Portugal)
- S. RODRIGUES, Maître de conférences à l'Université de Paris 1 (France)
- D. SORACE, Professeur à l'Université de Florence (Italie)
- G. TIMSIT, Professeur émérite à l'Université de Paris 1 (France)
- S. TORICELLI, Chercheur à l'Université de Florence (Italie)

***Recherche réalisée avec le soutien du GIP «Mission de recherche Droit et Justice»
et Électricité de France***

Volume 2

AVRIL 2005

DROIT DE LA RÉGULATION, SERVICE PUBLIC ET INTÉGRATION RÉGIONALE

*sous la direction de Gérard Marcou et Franck Moderne
Recherche subventionnée par le GIP « Mission de recherche Droit et Justice »*

TOME 1 : COMPARAISONS ET COMMENTAIRES

I. Introduction générale :

Droit de la régulation, service public et intégration régionale : G. Marcou

II. La régulation comme fonction

1. P. Frier : La régulation comme fonction
2. F. Moderne : Les usages de la notion de régulation dans le droit positif et la doctrine des Etats de l'Union européenne
3. D. Sorace : Régulation, besoins collectifs et concurrence
4. F. Delpérée : La régulation et la protection des usagers consommateurs

III. L'organisation de la régulation

5. J. McEldowney : Les instances de régulation
6. S. Rodriguès : Le rôle des instances européennes
7. M. Bullinger : Le contrôle juridictionnel de la régulation

IV. La régulation hors de l'Union européenne

8. D. Custos : Les Etats-Unis
9. E. Grau : Le Brésil
10. J. Comadira : L'Argentine
11. D. Païva : Mercosur et régulation
12. A. Kozyrine : La Russie

V. Regards pluridisciplinaires

13. G. Timsit : Régulation et droit
14. J.-M. Glachant : Régulation et science économique
15. J.-P. Gaudin : Régulation et science politique

TOME 2 : EXPÉRIENCES EUROPÉENNES

1. Allemagne
2. Belgique
3. Danemark
4. Espagne
5. Finlande
6. France
7. Grèce
8. Italie
9. Portugal
10. Royaume-Uni

TOME 2 : EXPÉRIENCES EUROPÉENNES

1. Allemagne (G. Bullinger), p. 2
2. Belgique (F. Delpérée), p. 26
3. Danemark (U. Neergaard), p. 55
4. Espagne (E. Malaret), p. 82
5. Finlande (H. Kulla), p. 105
6. France (G. Marcou), p. 117
7. Grèce (G. Dellis), p. 134
8. Italie (D. Sorace), p. 160
9. Portugal (M. Porto), p. 185
10. Royaume-Uni (J. McEldowney), p. 203

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche financée par le GIP « Mission de recherche Droit et Justice » (subvention n° 02.28). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction même partielle est subordonnée à l'accord du GIP.

DROIT DE LA RÉGULATION, SERVICE PUBLIC ET INTÉGRATION RÉGIONALE EN ALLEMAGNE*

Martin BULLINGER,
Professeur émérite à l'université de Fribourg-en-Brigau

1. Introduction à la notion de régulation

1. *Nouveauté dans le droit allemand*

La *régulation* („Regulierung“) ne représente pas, en Allemagne, une notion traditionnelle¹. C'est seulement à la fin des années 80 du 20^e siècle qu'elle est devenue un mot-clé du droit économique, dans le contexte de la libéralisation et de la privatisation². A l'incitation des instances européennes, l'Etat commença alors à libéraliser, c'est-à-dire à ouvrir à la concurrence des secteurs d'intérêt général comme celui de la télécommunication. De plus il se mit à *privatiser* ses entreprises dans des domaines comme celui de la Poste et de la Télécommunication qui lui avaient donné le pouvoir absolu du propriétaire ou entrepreneur unique. Or il se réservait le pouvoir de „réguler“ le service concerné pour assurer d'un côté la transition vers la concurrence et de l'autre la conservation des intérêts publics essentiels, par exemple, un service minimum abordable pour tous. La «régulation» était donc créée en tant qu'instrument d'un Etat qui n'offre plus lui-même un service d'intérêt général, mais *garantit* („gewährleistet“) que les intérêts publics essentiels seront respectés par les entreprises privées et publiques en concurrence³. Ainsi naissait le service d'intérêt général „régulé“ qui en France et au niveau européen commence à être reconnu sous le nom de service public concurrentiel⁴.

Ce sens particulier de „régulation“ fut adopté dès le début de la réforme et définitivement établi par la loi sur la télécommunication de 1996⁵ qui a créé la première *autorité de régulation* (Regulierungsbehörde)⁶. La nouvelle terminologie fut tout d'abord remarquée avec un certain étonnement par les spécialistes dans ce domaine⁷ qui entre-temps n'hésitent pas à réclamer la création d'autorités du même genre⁸ dans d'autres domaines.

Une véritable discussion sur le sens général du terme „régulation“, qui diffère des notions traditionnelles de „réglementation“ (Regelung) et de „contrôle“ (Aufsicht) se fait pourtant attendre.

* Pour leurs contributions je remercie Micheline Bullinger, Ina Stammann, Dario Mock et Stephan Neidhardt.

¹ Fritz Rittner, *Wirtschaftsrecht*, 2^e éd. 1987, ne mentionne pas encore le terme de régulation („Regulierung“) dans son index. Pour Reiner Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allg. Teil*, Heidelberg 1990, le terme de régulation („Regulierung“) n'a pas de sens précis.

² Martin Bullinger, *FS Zacher* 1998, p. 86, 87 s. Ruffert, *Regulierung im System des Verwaltungsrechts – Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation* -, AÖR 124 (1999) p. 237 et seq., ne trouve pas de sens précis à régulation (Regulierung) dans le langage juridique, à l'exception de la législation récente concernant la privatisation des postes et télécommunications; Jens-Peter Schneider, *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation*, Baden-Baden 1999, p. 36 s., considère la „régulation“ comme un nouveau terme sans sens précis, comprenant une partie de la direction de l'économie (Wirtschaftslenkung), en particulier dans le domaine de la fourniture d'énergie.

³ Voir Schuppert, *Vom praktizierenden zum gewährleistenden Staat*, in König/Benz, *Privatisierung und staatliche Regulierung*, Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk, Baden-Baden 1997, p. 539 s. (de l'Etat qui produit à l'Etat qui garantit); idem, *Die Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa: Zwischen Gemeinwohlbindung und Wettbewerb*, in Schwintowski (éd.), *Die Zukunft der kommunalen EVU im liberalisierten Energiemarkt*, Baden-Baden 2002.

⁴ Il semble que la controverse entre la France et la Commission Européenne sur la légitimité du „service public“ trouve une solution dans le concept d'un „service public concurrentiel“; voir Martin Bullinger, *L'Allemagne au secours du service public français*, *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris (Daloz) 2004; cf. Martin Bullinger, *JZ* 2003 p. 597, 603 s. Voir Stéphane Rodriguez, *Nouvelle régulation* (infra note 15) p. 459. Pourtant, le livre vert de la Commission du 21 mai 2003 n'utilise pas le terme de „service public“ pour les services d'intérêt général, parce qu'il ne serait pas suffisamment exact (KOM (2003) 270 fin., sous 19). Schwarze, *DerVerfassungsentwurf des europäischen Konvents*, Baden-Baden 2004, p. 489 ss., rapporte que certains délégués essayaient en vain de conserver la Daseinsvorsorge traditionnelle (l'équivalent du service public français) en l'exemptant des règles de la concurrence.

⁵ TKG, BGBl. I p. 1120) (cité: TKG 1996), remplacée par la loi concernant la télécommunication (cité TKG 2004) qui transforme plusieurs directives de l'EU..

⁶ Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, § 66 I TKG 1996, § 116 TKG 2004.

⁷ Scherer, un des spécialistes du droit de la télécommunication, fait remarquer qu'il s'agit d'un „terme nouveau“ pour le droit économique allemand (in Neumann/Stamm, *Wettbewerb in der Telekommunikation*, WIK 2002, p. 231, 237).

⁸ Par exemple Kurt Markert, *Verbandsvereinbarung II und Kartellrecht*, BB 2001, p. 105, 109 s.

C'est dans les traités récents sur le droit économique et dans les publications multiples sur la libéralisation et la privatisation que se trouvent les premières tentatives d'une définition⁹.

Encore moins développé est le dialogue entre juristes et représentants d'autres disciplines. En science économique on parle depuis longtemps de „régulation“ pour désigner toute influence de l'Etat sur l'économie¹⁰, sans que l'utilité d'une conception aussi vague pour une théorie juridique soit prise en considération. Par contre, l'intérêt des juristes pour les théories économiques est loin d'être débordant¹¹.

2. Origine

Quand une nouvelle loi adopte une notion jusqu'alors inconnue, il convient d'en élucider les origines. La „régulation“ de la loi sur la télécommunication¹² s'est sans aucun doute orientée à la notion *anglo-saxonne* qui porte le même nom. Aux Etats-Unis, l'une des agences indépendantes de « régulation », la *Federal Communications Commission (FCC)*¹³, avait commencé, en coopération avec le Congrès et le Département de la Justice, à transformer par étapes, en réorientant son contrôle, le monopole de fait de la télécommunication aux mains de AT&T en une concurrence efficace¹⁴. Ainsi les instances européennes et les autorités allemandes étaient enclines à suivre cet exemple en utilisant les mêmes termes juridiques¹⁵. Certes, la „copie“ européenne ne correspond pas exactement au modèle américain¹⁶. Certaines différences n'excluent pourtant pas une *parenté de base*.

Ce n'est pas pour la première fois que s'impose au niveau européen le point de vue anglo-saxon, pragmatique et orienté vers l'objectif et les résultats généraux plutôt que vers les particularités dogmatiques. Ainsi, la Commission a adopté dans son Livre Blanc du 25 juillet 2001¹⁷ le terme de „governance“ d'origine anglo-saxonne¹⁸, à côté du terme traditionnel de „gouvernement“, pour désigner (p. 9 an.1) “les règles, processus et comportements qui influent sur l'exercice des pouvoirs..., particulièrement du point de vue de l'ouverture, de la participation, de la responsabilité, de l'effectivité et de la cohérence....“. Dans la nouvelle Charte des droits fondamentaux, le „droit à une bonne

⁹ Voir Masing, Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts ..Zürich 2002 ; Hans-Heinrich Trute, en Melanges Winfried Brohm, München 2002, p. 169 ss. ; Voßkuhle, VVDSTRL 62 (2003), 266, 304 note 156; Stober, Telekommunikation zwischen öffentlich-rechtlicher Steuerung und privatwirtschaftlicher Verantwortung, DÖV 2004, 221, 223 (eine klare Abgrenzung stehe noch aus. Une analyse générale de l'utilisation du terme de « régulation » se trouve chez Martin Bullinger, DVBl. 2003, p. 1355 s.

¹⁰ En science sociale et surtout économique on utilise beaucoup plus tôt ce terme sous l'influence américaine; voir Kaufer, Theorie der öffentlichen Regulierung, München 1982 ; Boyer/Gaillard (éd.), Théorie de la régulation, Paris 1995; Knieps, Wettbewerbsökonomie – Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, Berlin/Heidelberg 2001, cite en première page une publication de Sax, 1878, qui considère les chemins de fer comme des entreprises “régulées” par l'Etat („staatlich regulierte Unternehmen“); Hoffmann-Riem, Regulierung der deutschen Rundfunkordnung, Baden-Baden 2000; Schuppert, Die Verwaltung 31 (1988) p. 415 ss. ; Jarren/Rolf H. Weber et al., Rundfunkregulierung : Leitbilder, Modelle und Erfahrungen im internationalen Vergleich, Zürich 2002) essaient d'analyser les différents sens du terme de régulation dans les différentes sciences, sans arriver toutefois à une conception juridique spécifique (p. 43 et s.). Les différentes notions de la « régulation » sont analysées surtout historiquement par J. Chevallier in Michel Miraille (éd.), La régulation entre droit et politique, Ed. d'Harvetton, 1992, p. 73 ss ; cf. Martin Bullinger, DVBl. 2003 p. 1355, 1357. J. Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, München 2004, p. 11 ss., 58 ss., argumente pour une conception assez incertaine de l'intervention de l'Etat dans le procès économique pour des objectifs économiques.

¹¹ Les juristes allemands par exemple ne semblent pas tenir compte de la nouvelle théorie de George J. Stigler pour laquelle il a reçu le prix Nobel (The theory of economic regulation, in Stigler (éd.), Political economy, Chicago 1988: régulation conçue et toujours appliquée en faveur de l'industrie).

¹² Dans les documents préparatoires de la réforme, discutés au sein du conseil juridique du Ministre des Poste et Télécommunication, le terme de „régulation“ était utilisé, et le haut fonctionnaire qui les présentait avait dès le début attiré l'attention sur le fait qu'il s'agissait là d'une nouveauté pour le droit allemand.

¹³ Les membres de la commission sont nommés par le Président avec l'assentiment du Sénat et ne sont pas obligés de suivre la politique du Président, mais sont politiquement liés à la „majorité“.

¹⁴ Cf. Masing, op.cit. (note 9) p. 2.

¹⁵ Voir supra note 12. D'abord en Angleterre et en télécommunication, avec la création de l'OFTEL. Pour une analyse détaillée et profonde voir Stéphane Rodriguez, Nouvelle régulation des services publics en Europe, London/Paris/New York (éd. tec&doc) 2000, en particulier p. 217 – 223, 257 ss., 285 ss.

¹⁶ Voir Voßkuhle supra note 9. Le modèle américain est analysé par Masing, Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts, AöR 128 (2003) 558 ss.

¹⁷ KOM (2001)428 final.

¹⁸ Origines, sens et conséquences sont analysés par Klaus König, Governance im Mehrebenenmodell, in Sommermann (éd), Aktuelle Fragen der Verfassung und Verwaltung im europäischen Mehrebenensystem, Speyerer Forschungsberichte 2003 p. 45, 71.

administration“ reflète plutôt l’idéal anglo-saxon d’une administration efficace dans l’intérêt du citoyen que le principe continental de l’administration d’un Etat de droit („rechtsstaatlich“)¹⁹.

3. *Eléments essentiels*

Ainsi pour comprendre le sens juridique de la „régulation“ en Allemagne, il convient d’analyser, en prenant en compte ses origines, les *éléments essentiels* exprimés dans la loi sur la télécommunication, éléments qui se retrouvent dans d’autres lois concernant la libéralisation et la privatisation de l’économie:

a) La régulation selon le § 2 I des *lois sur la télécommunication* de 1996 et 2004 (Telekommunikationsgesetz, TKG) est une *mission* (Aufgabe) de la Fédération qui lie donc conjointement son parlement, son gouvernement et son administration.

b) Cette „mission“ a d’abord pour objectifs l’établissement d’une concurrence à chances égales et la garantie d’un service de base à un prix abordable respectant les intérêts des usagers (§ 1, § 2 II TKG 1996 et 2004).

Il s’agit donc d’*harmoniser* des objectifs contradictoires²⁰. Ainsi, la régulation implique, à l’instar de la *planification*, un large pouvoir *discrétionnaire* et fait appel à une grande *créativité*. .

c) Sont comprises dans cette „régulation“ *toutes les mesures* qui sont prises afin d’atteindre les objectifs fixés par la loi (§ 3 no. 13 TKG 1996; § 115 I TKG 2004).

Cela signifie que:

(1) La régulation ne consiste pas seulement, comme la „réglementation“, dans l’édiction de *normes*, mais comprend aussi actes individuels et autres mesures *administratives*. Législation et administration sont réunies pour réaliser les objectifs de la loi (voir supra a)).

(2) La régulation n’est pas restreinte aux actes ayant directement un effet juridique, mais comprend toute activité susceptible de contribuer à la réalisation des objectifs de la loi.

Ainsi la régulation sort de la sphère juridique traditionnelle et prend en compte les *influences de fait*, par exemple la persuasion, les concessions financières et autres opérations concernant la préparation ou l’exécution d’une décision. L’ensemble de ces instruments de fait est aussi compris dans la „governance“²¹.

(3) Finalement, la „régulation“ n’est pas restreinte aux „actes d’en haut“ qui poursuivent *unilatéralement* leurs objectifs. La loi reconnaît toutes les mesures, donc aussi les accords. Sont ainsi légitimées toutes les formes *coopératives*, pourvu que l’autorité régulatrice ne se laisse pas „capter“ selon l’expression américaine par les porteurs d’intérêts particuliers. Ceci ouvre la voie à une *participation* active des entreprises, de plus en plus pratiquée dans l’administration moderne et qui pourrait peut-être mener à un partage éventuel de la responsabilité²². Avec ses directives récentes la

¹⁹ Voir Martin Bullinger in *Mélanges Winfried Brohm*, München 2002, S. 25 ff. Avec la Charte, le droit est destiné à être inclus dans la nouvelle « constitution » de l’EU, sans que son caractère innovateur soit clairement reconnu. Parallèlement, se manifeste dans le droit administratif allemand l’opinion qu’une décision administrative doit être non seulement légale mais aussi « bonne » dans le sens que l’acceptabilité doit être optimale (Hoffmann-Riem, *Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung*, DÖV 1997 p. 433, 439 s. ; idem in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz Baden-Baden 2002*, p. 9 ss., 23 ss.

²⁰ Voir Masing op. cit. (note 9) p. 5 et s., 7, qui accentue la mission primordiale qui serait d’établir une concurrence qui n’existe pas encore..

²¹ Cf. infra note 20.

²² Voir le Livre Blanc sur la gouvernance européenne (supra note 17, p. 13). Dans le domaine de la régulation est expressément mentionnée la „corégulation“ qui associe des mesures législatives ou des règlements contraignants à des mesures prises par les acteurs en mettant à profit leur expérience pratique, par exemple dans le domaine de la protection de l’environnement (S. 25) ; cf. Schuppert, op. cit. supra note 3, p. 566 s. Ici se fait voir une certaine assimilation du droit allemand au « standard » d’autres pays européens : voir Wahl, *Der Staat* 38 (1999) p. 495 ss., 508 ss. 515.

Commission tente de donner à la régulation et à sa procédure un caractère plus consultatif, transparent et coopératif, après les expériences positives des autorités américaines²³.

d) Pour les mesures qui *unilatéralement* produisent « d'en haut » un effet juridique, l'autorisation est précisée par la loi, en respectant ainsi l'exigence traditionnelle des droits constitutionnel et administratif à savoir le principe de légalité; il ne suffit pas que la mesure soit couverte par sa „mission“²⁴. Par des lois et des décrets parlement et gouvernement (fédéral) fixent les grandes lignes de la régulation, tandis que les détails sont l'affaire de l'autorité de régulation spécialisée (voir, par ex., les § 41 et § 71 TKG 1996, § 45 et 126 ss. TKG 2004).

Or la TKG 1996 autorisait l'autorité de régulation à imposer des conditions à l'octroi de la licence pour assurer les missions générales de la régulation (§ 8 II 2 TKG 1996), ce qui donnait à l'autorité de régulation un pouvoir discrétionnaire considérable. Comme la TKG 2004 n'exige plus de licence, elle ne règle que les conditions dans lesquelles l'autorité de régulation peut **intervenir**, en utilisant des formules qui lui donnent aussi un pouvoir discrétionnaire considérable (voir entre autres le § 21).

e) L'autorité de régulation est directement subordonnée au Ministre de l'Economie qui a donc le pouvoir de lui donner des instructions générales ou particulières. Celle-ci comme son modèle américain aurait dû pour répondre aux souhaits des experts jouir d'une certaine indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics²⁵. Il n'en existe que quelques traces : ainsi les décisions individuelles de l'autorité sont normalement prises par des chambres de trois membres qui pourraient être assimilées à un quasi-tribunal n'acceptant pas facilement d'instructions particulières (§ 132 TKG.). En ce qui concerne les instructions du Ministre, elles doivent être publiées au Journal officiel (Bundesanzeiger, § 117 TKG 2004), tandis que le § 66 V TKG 1996 l'avait seulement exigé pour les instructions générales, ce qui semble être un obstacle psychologique à un interventionnisme ministériel permanent et exagéré (cf. infra IV 3 a).

4. Définition de la régulation

La régulation représente donc actuellement en droit économique allemand

- un instrument pour contrôler une branche de l'économie libéralisée
- tout en harmonisant les exigences de la concurrence avec des objectifs contradictoires d'intérêt général
 - par des mesures utiles de droit et de fait
- appliquées avec souplesse par une autorité spécialisée semi-indépendante.

Cette notion, déjà reconnue en Angleterre, se répand maintenant en France²⁶ et dans d'autres pays d'Europe.

Il n'est pas exclu d'utiliser le terme de "régulation" dans un sens large pour désigner comme en science économique et sociale toute influence de l'Etat, ainsi que dans le sens contraire le terme de dérégulation²⁷. Or, se perdrait ainsi le sens spécifique caractérisant le passage d'un *Etat prestataire* à un *Etat garant*.

²³ Voir Koenig/Kühling, MMR 2001 p. 80, 81 s. Il semble pourtant que la TKG 2004 tente de restreindre les formes coopératives en régulant expressément quelques applications, par ex. en §§ 16 ss.

²⁴ Le principe de légalité est aujourd'hui compris avec plus de souplesse qu'au début de la „République de Bonn“ et permet selon les exigences de la matière de laisser à l'administration plus de pouvoir discrétionnaire.

²⁵ Voir aussi le Livre Blanc de la Commission (supra note 17) p. 28: les agences de régulation européennes doivent être „autonomes“ et jouir dans des limites clairement définies d'une certaine indépendance.

²⁶ Pendant ce colloque, la notion a été adoptée par G. Marcou, Essai de définition comparative de la régulation en droit, et par G. Timsit, Régulation en théorie du droit.

²⁷ Voir supra note 10.

5. Régulation et standardisation

Les particularités de la „régulation“ se manifestent clairement dans la *standardisation*, qui occupe particulièrement le personnel de l'autorité de régulation de la télécommunication.

D'un côté ont été créés des lois et des décrets, préparés par l'autorité, et surtout chargés d'assurer par des standards la sécurité des usagers²⁸. De l'autre côté existent depuis longtemps des standards pour *uniformiser* la production afin d'arriver à une compatibilité des produits, formulés par des institutions d'autorégulation privées comme le DIN (Deutsches Institut für Normung e.V.). L'autorité de régulation „encourage“ l'application de ces „normes“ dans la mesure où cette application est strictement nécessaire pour garantir aux utilisateurs un meilleur choix²⁹. Cette prudence s'impose car une standardisation excessive pourrait nuire à la concurrence³⁰.

Ceci montre que les actions de l'autorité de régulation sont largement basées sur des connaissances techniques et économiques, ce qui donne aux jugements des techniciens et des économistes une importance accrue, comparée à celle des juristes. Pour cette raison, le contrôle juridictionnel des décisions de l'autorité par les tribunaux administratifs sous un angle strictement juridique, qui prend du temps, est devenu insuffisant. Se révèlent indispensables des institutions et processus de contrôle informels pour en faire valoir rapidement les aspects techniques et économiques³¹.

6. Régulation dans le contexte d'une nouvelle théorie du droit administratif

Enfin, l'apparition de la nouvelle „régulation“ de l'économie libéralisée va de concert avec une transformation du droit administratif allemand surtout inspirée par les secteurs modernes de l'administration comme celui de la protection de l'environnement. Cette nouvelle méthode juridique déplace l'accent du formalisme traditionnel aux aspects réels, en tenant compte entre autres des causes et conséquences économiques et organisationnelles, surtout sous l'influence de la science administrative³². Il n'est pas exclu que cette nouvelle tendance s'impose au droit administratif allemand dans son ensemble³³ et fasse des *particularités* de la „régulation“ l'avant-garde du droit administratif moderne.

II. Les secteurs concernés et leur évolution récente

Différents secteurs de l'économie en voie de libéralisation et de privatisation sont concernés par l'introduction de la concurrence régulée.

Il convient de distinguer la suppression du monopole et la libéralisation d'un service assuré par l'Etat, les communes ou le secteur privé, *rentable* jusqu'à la réforme (comme celui de la télécommunication,

²⁸ Entre autres, la loi fédérale concernant émetteurs et appareils de réception (Gesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeeinrichtungen, BGBl. I 170, FTEG) du 31 janvier 2001 a pour but de faciliter par des standards le libre commerce afin de garantir la sécurité et la santé des utilisateurs.

²⁹ Selon l'art. 17 s. 1 de la directive-„cadre“ du 3 mars 2002. Plus strictes sont les dispositions de la TKG 2004 concernant l'interopérabilité des appareils de télévision et d'autres installations de télécommunication par radio-télévision selon les §§ 48 ss. de la TKG 2004.

³⁰ Cf. Christan Wey, Marktorganisation durch Standardisierung, Ein Beitrag zur neuen Institutionenökonomik des Marktes, Berlin 1999.

³¹ Un tel contrôle informel pourrait être assuré par un technicien ou un économiste. La loi allemande (TKG) ne prévoit pas de solution générale. Elle se contente de faire valoir les principes traditionnels de l'Etat de droit (Rechtsstaat) en garantissant dans un cas concret une procédure quasi-juridictionnelle qui confère à la personne *directement concernée* le droit d'être entendue (voir les §§ 134, 135 TKG 2004). De plus se trouve l'obligation de publier le projet de certaines décisions, par ex. selon § 36 TKG 2004. Le § 51 TKG 2004 crée une agence (associée à l'autorité de régulation) pour trouver des solutions à l'amiable aux disputes concernant les techniques de la radio-télévision. Généralement, le § 124 TKG 2003 donne à l'autorité de régulation la possibilité de proposer aux parties une *médiation* volontaire. La directive-cadre de l'UE pour la télécommunication oblige les Etats-membres à veiller à ce que les autorités de régulation exercent leurs pouvoirs de façon „*objective et transparente*“ (art. 3 s. 3) et donnent aux *intéressés* la possibilité de *s'exprimer* concernant le *projet de mesures aux effets considérables* sur le marché (art. 6, intitulé consultation et transparence). Les *résultats* de ces procédures de consultation doivent être publiés.

³² Cf. Gunnar Folke Schuppert, Die Verwaltung 31 (1998) p. 415 ss.; idem, Die Zukunft der Daseinsvorsorge (supra note 3); Hoffmann-Riem in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren ..., Baden-Baden 2002, p. 9 et s.

³³ Cf. J.-P. Schneider op. cit. (note 2) p. 119 s., 123 s., 525 s.

de la fourniture de l'énergie et de la radiotélévision), de celui qui était *déficitaire* (comme celui de la poste, des chemins de fer et du transport local et régional). La *régulation* rencontre des problèmes spécifiques quand elle concerne des services rentables. D'un côté, les concurrents apparaissent d'eux-mêmes. De l'autre, ceux qui détiennent le monopole profitable veulent naturellement autant que possible le conserver. En ce qui concerne les services déficitaires, des moyens doivent être trouvés pour attirer les concurrents sans risquer une détérioration du service.

1. La télécommunication

a) La télécommunication (par télégraphe³⁴ et par téléphone) fut dès le départ au 19e siècle un monopole de l'Etat fédéral géré avec les services de la Poste, sans que l'organisation et le budget aient été séparés, et passé par la suite sous la direction du Ministre des Poste et Télécommunication. Les tarifs des télécommunications étaient fixés à discrétion, de façon à compenser le déficit grandissant de la Poste³⁵ et à produire outre le remboursement des investissements une rente nette pour les caisses de l'Etat. Les services furent déterminés selon les besoins objectifs des usagers jugés compatibles avec l'intérêt public. A part quelques dispositions légales³⁶, tout était réglé par des instructions internes (Verwaltungsvorschriften).

b) A partir des années 80 du siècle dernier, la Commission Européenne a pour élargir le marché commun publié des directives initiant par étapes l'introduction de la concurrence dans le domaine de la télécommunication. Le Ministre allemand des Poste et Télécommunication avait déjà envisagé une telle réforme, surtout dans l'intention de préparer la télécommunication allemande à la mondialisation d'un marché économique en plein essort qui ne permettait pas facilement la participation d'une institution administrative nationale comme la Poste et la Télécommunication allemandes. Le Ministre, assisté entre autres par son conseil juridique³⁷, décida une réforme en plusieurs étapes. La première réforme de 1989 divisait la Poste et Télécommunication en trois départements dénommés « entreprises » dont l'une était compétente pour la télécommunication, l'autre pour la poste et la troisième pour la poste bancaire. Chaque „entreprise“ jouissait sur le plan interne d'une certaine „autonomie“. Pour la première fois, le budget séparé des trois „entreprises“ révéla l'étendue de la subvention interne de la Poste par la télécommunication. En 1994, chacune des trois entreprises fut transformée en une *société anonyme* de droit privé, autorisée par une révision de la Constitution Fédérale (art. 87 f). Pour arriver à la majorité des 2/3 au Parlement (voir art. 79 II de la Constitution), la majorité gouvernementale avait consenti à ce que la Fédération *garantisse* un service de télécommunication *adéquat et abordable* (art. 87 f I). La „Deutsche Telekom AG“ est donc devenue l'une des „entreprises“ parmi d'autres offrant des services de télécommunication en tant que „service économique privé“ (*privatwirtschaftlich*) selon l'art. 87 f II de la Constitution, avec pour privilège d'hériter de la Deutsche Bundespost de tout le réseau de la télécommunication³⁸.

Pour ouvrir la télécommunication à la concurrence, il fallut abandonner le monopole classique. La dernière étape de cette transformation fut fixée à la fin 1997. Pourtant, la loi sur la télécommunication de 1996³⁹ continuait d'exiger une „licence“ pour les réseaux de télécommunication et les services de téléphone „verbal“ (Sprachtelefondienst, § 6 TKG). Or, comme la télécommunication faisait maintenant partie de l'économie libéralisée, la *liberté du commerce* (Gewerbefreiheit, art. 12 de la Constitution) transformait le pouvoir d'accorder une „licence“ en une *obligation*, pourvu qu'il n'y ait pas d'obstacle prévalent, par ex. un manque de fréquences disponibles⁴⁰, comme pour la radiotélévision et la téléphonie mobile. Suivant les nouvelles directives de l'UE, la TKG 2004 a abandonné le contrôle préventif par la licence et instauré un régime de contrôle postérieur par des interventions ponctuelles (régulation du marché, §§ 9 ss. etc.).

³⁴ Qui sera bientôt abandonné.

³⁵ Voir infra 4.

³⁶ Comme la loi concernant les installations de télécommunication (Femmeldeanlagenengesetz, FAG).

³⁷ Parmi eux se trouvait l'auteur de ces lignes. Voir aussi supra note 12.

³⁸ Y compris les réseaux de câbles pour la télévision. Les difficultés temporaires rencontrées pour vendre ces réseaux et les transformer en réseaux de télécommunication générale sont décrites par Norbert Wimmer, ZUM 2002, p. 534 ss.

³⁹ Voir supra note 5.

⁴⁰ Ce „manque“ est en partie organisé pour réserver à l'octroi d'une licence un pouvoir discrétionnaire profitable.

L'Etat fédéral

- abandonnait ainsi son rôle de propriétaire et entrepreneur exclusif, en retenant provisoirement une minorité qualifiée d'actions de la société anonyme de télécommunication issue de la Poste fédérale (DTAG), ce qui lui donnait la possibilité, selon la loi ou les règlements de la société, d'intervenir dans les décisions d'importance de cette société,
- se réservait la „régulation“ de toute la nouvelle branche concurrentielle de télécommunication, exercée dans les limites des dispositions légales par l'autorité de régulation (Regulierungsbehörde) sous la direction du Ministre de l'Economie, le portefeuille du Ministre des Poste et Télécommunication ayant disparu.

c) La réforme a eu plusieurs résultats:

(1) Pour la téléphonie fixe, la concurrence a pour le „consommateur“ fait baisser le prix d'une façon inattendue. Les tarifs sont de plus en plus corrigés à la baisse, pour la liaison avec l'étranger jusqu'à moins d'un dixième. Tous les jours sont publiés, sur Internet, les tarifs les plus bas, et les clients les utilisent massivement en choisissant le préfixe du fournisseur le moins cher, sans être normalement obligé de s'abonner („call by call“). L'effet négatif de ce système est que les nouveaux opérateurs de téléphonie fixe sont peu incités à investir dans une extension du réseau qui leur permettrait d'établir une concurrence durable.

C'était une des raisons pour laquelle la Commission pour le contrôle des monopoles n'était pas d'avis que la „régulation“ s'est avérée superflue du fait que la concurrence dépend toujours du libre accès des concurrents au réseau de télécommunication pour la plupart aux mains de la Deutsche Telekom AG (DTAG)⁴¹. La loi (§§ 16 ss.TKG 2004) oblige surtout le détenteur d'une position forte sur le marché (eine "beträchtliche Marktmacht") à permettre à tous ses concurrents l'accès à son réseau et à chacun de ses services, à des conditions *objectivement justifiées (accès consenti)*, sous le contrôle de l'autorité de régulation qui peut, si nécessaire, en ordonner rapidement et l'accès et les conditions (*accès imposé*). Elle est de plus autorisée à intervenir dans le cas d'abus de pouvoir (§§ 42, 43 TKG 2004). Si l'autorité allemande ne réagit pas, la Commission de Bruxelles intervient, en imposant par exemple une lourde amende à la Deutsche Telekom pour avoir exigé pour l'accès d'un *concurrent* au réseau local un prix plus élevé que celui qu'un client individuel de la Deutsche Telekom doit payer pour le service complet, étouffant ainsi toute concurrence dans ce domaine⁴².

(2) En grande partie superflues se sont révélées les dispositions⁴³ garantissant des *services de base* à un prix abordable, comparé à celui de la situation antérieure (services universels). Le marché lui-même a corrigé nettement à la baisse les tarifs antérieurs qui étaient, disait-on officiellement, le minimum absolu calculé dans un esprit de service public.

(3) Quant à la téléphonie mobile, la concurrence est toujours limitée artificiellement par la restriction à discrétion des fréquences disponibles. Pour ce qui est de la nouvelle génération d'appareils transmettant aussi images et films, l'autorité de régulation en a très efficacement mis aux enchères les fréquences⁴⁴. Elle a ainsi obtenu des sommes qui se sont avérées trop élevées pour être amorties à une échéance raisonnable du fait d'une demande inférieure aux attentes. Cette évolution était en partie due à la récession économique générale et en partie à la régression de l'intérêt pour les nouveautés de la télécommunication.

⁴¹ Voir l'expertise spéciale (Sondergutachten) de la Commission pour le contrôle des monopoles « Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001, Unsicherheit und Stillstand », Baden-Baden 2002, p. 20, 24, 57 s., 85 (la régulation est plus efficace que la lente juridiction).

⁴² Badische Zeitung du 22 mai 2003, p. 6 (une amende de 12,6 millions d'euros). Voir Scherer, NJW 2003 p. 1004, 1011 s. ; Karl-Heinz Neumann, WiK Newsletter, décembre 2002, p. 1 s. Le § 42 II TKG 2004 suppose maintenant qu'il s'agit d'une utilisation abusive du pouvoir sur le marché.

⁴³ Décret du gouvernement fédéral du 30 janvier 1997 (BGBl. I p. 141).

⁴⁴ Les problèmes de cette mise aux enchères sont analysés par K. Kruhl, Die Versteigerung knapper Frequenzen, Baden-Baden 2003. Le § 62 TKG 2004 règle maintenant les conditions d'un marché des fréquences.

(4) L'expansion mondiale pour laquelle l'Allemagne a forcé la libéralisation de la télécommunication s'est dans une première phase plutôt soldée par des échecs commerciaux, surtout sous forme de fusions payées trop cher, fusions dans lesquelles est entrée la Deutsche Telekom, à l'instar d'autres grandes entreprises européennes. Ces difficultés ne doivent pas être attribuées à la « régulation » mais au management de la Deutsche Telekom.

2. La fourniture de l'énergie

En ce qui concerne l'énergie, il suffit de traiter la fourniture de d'électricité, l'approvisionnement en gaz étant réglé de manière similaire.

a) La production, le transport et la distribution de l'électricité formaient, jusqu'à leur réforme de 1998, un multiple système de petits, moyens et grands monopoles, imbriqués les uns dans les autres, consistant primitivement en plusieurs milliers et plus tard en plusieurs centaines⁴⁵ d'entreprises dont chacune s'était réservée exclusivement une part du marché. Il n'existait pratiquement pas de concurrence⁴⁶.

En premier lieu ce monopole multiforme découlait de la *propriété* de droit privé⁴⁷ des *voies publiques* qui était détenue par les communes ou autres collectivités territoriales (régions, Etats fédérés, Etat fédéral). Une commune ou toute autre collectivité ne permettait l'installation de câbles électriques sous ses voies publiques que sur la base d'un „*contrat de concession*“ exigeant, pour le droit de fournir exclusivement l'électricité, une rémunération par kW transporté et souvent, après une période d'amortissement des investissements, le transfert de l'entreprise à son profit (Heimfallrecht). Ce transfert exécuté, une ville comme Fribourg-en-Brigau pouvait combiner la fourniture exclusive de l'électricité avec le transport urbain dans une seule entreprise et ainsi subventionner ce transport en interne par la fourniture de l'électricité. La fourniture de l'électricité devenait ainsi indirectement un des facteurs du développement et de l'*intégration* locale ou régionale.

En deuxième lieu ces monopoles découlaient des multiples contrats de droit privé⁴⁸ conclus entre les entreprises de production, de transport ou de distribution pour délimiter le marché de chacune (contrats de *démarcation*) ou pour s'unir en de plus grandes unités („*Verbundverträge*“)⁴⁹. Plusieurs syndicats (Verbände) luttèrent pour les intérêts divergents des participants de ce multi-monopole qui couvrait tout le territoire national⁵⁰.

Cette évolution fut plus ou moins tolérée et même encouragée par la législation. La loi concernant l'économie d'énergie de 1935 (Energiewirtschaftsgesetz, EnWiG) n'y touchait que très peu⁵¹, et la loi contre les limitations de la concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) contenait des exceptions pour le secteur de l'énergie⁵² en faveur des contrats de concession aussi bien qu'en faveur des contrats de démarcation. Les prix étaient cependant soumis à un contrôle ministériel⁵³.

Pour justifier l'exclusion de la concurrence on se référait à des particularités de la production et du transport de l'électricité qui faisaient croire à un monopole naturel. Il s'agit notamment des problèmes

⁴⁵ Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, Tübingen 2001, p. 56 s., compte pour 1996 encore 1000 entreprises.

⁴⁶ Käufer op. cit. (note 10) remarque qu'en Allemagne la fourniture d'énergie était, avant la réforme, vu de la régulation américaine, un système de monopoles régionaux.

⁴⁷ Voir Evers, Das Recht der Energieversorgung, München 1974, p. 33 ss., qui donne un historique p. 15 et s. Cf. Pielow op. cit. (note 45) p. 570.

⁴⁸ Ces origines dans le droit privé sont analysées par Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsfürsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung, Tübingen 1998, p. 30.

⁴⁹ S'unissaient en „entreprises mixtes“ de droit privé des collectivités de droit public et des sociétés de droit privé (gemischtwirtschaftliche Unternehmen).

⁵⁰ Voir Eising, Liberalisierung und Europäisierung, Die regulatorische Reform der Elektrizitätsversorgung in Großbritannien, der EG und der Bundesrepublik Deutschland, Opladen 2000, p. 35 s.

⁵¹ Cf. Jens-Peter Schneider op. cit. (note 2) p. 72 s.

⁵² Les §§ 103, 103a GWB, dans la version du 20 février 1990 ont été supprimés dans la nouvelle loi sur l'énergie de 1998.

⁵³ Cf. Jens-Peter Schneider op. cit. (note 2) p. 72 s. Or, le consommateur n'avait pas le droit de porter plainte contre l'autorisation ministérielle d'augmenter les prix.

techniques du transport de l'électricité de plusieurs entreprises à plusieurs destinataires, de l'impossibilité de créer des réserves en stockant l'électricité, donc de la nécessité d'orienter la production et le transport à chaque instant suivant l'intensité de la consommation et de planifier celle-ci à long terme⁵⁴.

De fait sans aucune concurrence, le prix de l'électricité a atteint en Allemagne un niveau plus élevé que dans d'autres pays et a contribué à créer un facteur négatif pour l'installation d'entreprises⁵⁵. Par contre, la fourniture d'électricité a contribué à la santé financière de beaucoup de communes.

b) Après la deuxième guerre mondiale, l'introduction de la concurrence dans le marché de l'électricité s'est avérée, tout d'abord en Angleterre, techniquement possible. Juridiquement restaient comme obstacle les contrats de concession et de démarcation. Une intervention par la loi dans ces positions établies a suscité la résistance des communes et d'autres intéressés qui y voyaient une *expropriation* sans compensation de droits privés et en plus un alourdissement insupportable des conditions de leur service d'intérêt général qui était de fournir de l'électricité à un prix abordable pour tous⁵⁶ (§ 6 EnWiG 1935, § 10 Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung – Energiewirtschaftsgesetz, loi sur l'économie d'énergie - EnWG 1998).

Pour cette raison la nouvelle loi fédérale sur l'économie d'énergie de 1998 tout en déclarant que sa mission est entre autres de garantir la fourniture de l'énergie la moins chère possible, s'est contentée de garantir le minimum de concurrence imposé par la Communauté Européenne⁵⁷. Cette réforme, en coordination avec une révision de la loi contre les restrictions de la concurrence⁵⁸, a eu pour effet que les contrats de démarcation n'étaient plus valables. Les contrats pour l'utilisation des voies publiques (contrats de concession) ne restaient valables que pour un maximum de 20 ans (§§ 13, 14 EnWG), et cela sans les clauses accordant le droit exclusif de fournir de l'électricité.

La clé de la libéralisation est, comme dans le domaine de la télécommunication, l'accès au réseau de concurrents que chaque entreprise doit concéder sans discrimination (§§ 4 – 8 EnWG 1998). Cet accès doit être consenti (*verhandelter Netzzugang*). Les syndicats de l'industrie fournissant l'électricité et les associations de l'industrie consommant l'électricité ont conçu un modèle pour les critères de l'accès (*Verbändevereinbarungen I, II et finalement II plus*)⁵⁹, que l'une des autorités pour le contrôle des cartels a jugé provisoirement acceptable, mais pas définitivement compatible avec la loi⁶⁰. Pour satisfaire les intérêts concernés, une révision de la loi sur l'énergie (EnWG) de 2003 a exigé que l'accès soit accordé selon „les conditions de bonne pratique professionnelle“. Cette loi a provisoirement, jusqu'à la fin 2003, reconnu que les critères de la dernière convention (II plus) entre syndicats et associations sont des indices de bonne pratique professionnelle⁶¹. Cela a suscité des controverses⁶². Les nouvelles directives européennes de 2003 ne tolèrent plus le contrôle exclusivement postérieur des "conventions"; elles exigent un contrôle antérieur par une autorité de

⁵⁴ Cf. Jens-Peter Schneider (note 2) p. 103. Aux Etats-Unis, plusieurs grandes pannes ont fait naître une discussion sur la nécessité d'une loi fédérale instituant un contrôle des investissements dans le réseau (FAZ du 19 août 2003 p. 11). Sur les problèmes en Allemagne voir

Sturbeck, FAZ du 13 août 2003 p. 9. La sécurité de la livraison comme but légal est analysé par Koenig/Köhling/Rasbeck, ZVER 2003 p. 3 ss.

⁵⁵ Voir Heike Schweitzer, Daseinsvorsorge, « service public », Universaldienst, Baden-Baden 2001/2002, p. 316.

⁵⁶ Cf. Jens-Peter Schneider op.cit. (note 2) p. 357 s. Le Tribunal constitutionnel fédéral refusait une demande de suspendre provisoirement l'application de la loi (décision du 9 septembre 1999, NVwZ-RR 2000 p. 16).

⁵⁷ Cf. Jens-Peter Schneider op.cit. p. 413.

⁵⁸ Cf. Jens-Peter Schneider p. 475.

⁵⁹ Parmi les contractants se trouvent, à part les syndicats de fournisseurs de l'électricité, seulement l'association fédérale de l'industrie, représentant surtout les grands consommateurs; n'ont pas été invités à participer les associations des nouveaux fournisseurs d'électricité et les petits consommateurs.

⁶⁰ Un tribunal civil (Landgericht Berlin) a dernièrement jugé la convention correspondante concernant le gaz incompatible avec le GWB (décision du 3 mars 2003). Voir aussi la critique de Markert, BB 2001, p. 105 ss. Une entreprise qui fournit l'électricité à l'université de Fribourg (en dehors de sa zone normale de livraison) a demandé l'intervention de l'autorité du Land pour le contrôle des cartels (Landeskartellamt) contre l'augmentation du tarif de l'accès au réseau de Badenova, la société qui livre normalement dans la région de Fribourg (Badische Zeitung du 19 juillet 2003, p. 14)

⁶¹ www.strom-magazin.de du 21 mars 2003. Bundesgesetz (loi fédérale) zur Änderung des EnWG du 20 mai 2003, BGBl. I p. 686,

⁶² § 6 l. Cf. les contributions divergentes in Säcker (éd.), Reform des Energierechts, Heidelberg 2003. En faveur des conventions surtout Bündenbender, Verbändevereinbarungen im Energierecht, 2003

régulation qui soit "totalement indépendante du secteur de l'électricité"⁶³. L'Allemagne est en train d'adapter au moins partiellement la loi⁶⁴ à ces directives.

Les grands consommateurs industriels et commerciaux ("non résidentiels") ont profité de cette ouverture limitée, pour marchander individuellement le prix de l'électricité. Ce n'est pas le cas pour les consommateurs qu'ils soient résidentiels ou de petites entreprises; mais ils devraient avoir la possibilité réelle de changer de fournisseur pour obtenir de meilleures conditions. La transparence des conditions lors d'un changement de fournisseur doit être garantie par l'autorité de régulation; actuellement, celle-ci fait défaut si l'on compare avec les usages en vigueur dans la télécommunication⁶⁵.

A la suite d'un récent consensus des Etats-membres de l'Union Européenne, les restrictions restantes concernant la concurrence doivent être abandonnées d'ici juillet 2007⁶⁶.

3. Radio, télévision et autres „services média“

a) L'utilisation de la télécommunication pour transmettre des informations à une multitude de personnes non présentes, par le biais de la radio (après la première guerre mondiale), de la télévision (après la deuxième guerre mondiale) et plus récemment d'autres „services média“⁶⁷, fut d'abord monopolisée directement ou indirectement par l'Etat fédéral qui faisait jouer ainsi sa position exclusive dans le domaine de la télécommunication⁶⁸. Après 1945, les puissances d'occupation introduisirent deux correctifs: la radiotélévision fut *décentralisée*, passant de la Fédération aux Etats fédérés (Länder), et rendue „indépendante“ selon le modèle britannique de la BBC. Jusqu'à la création de la deuxième chaîne de télévision en 1961, il n'y avait pas de concurrence. Chaque établissement public de radiotélévision avait, selon la loi le concernant, exclusivement le droit d'émettre dans son Land ou son groupement de Länder. La mission publique (öffentliche Aufgabe) de chacun était décrite par la loi dans des termes assez généraux, son exécution supervisée en interne par un conseil (Rundfunkrat) formé des représentants des groupes sociaux majeurs et en externe par un Ministre, qui exerçait théoriquement le contrôle de la légalité⁶⁹. En outre se faisaient sentir des influences politiques informelles.

Cette radiotélévision publique était financée selon ses besoins par une redevance fixée en commun par les Länder, et progressivement mais jamais majoritairement par la publicité.

b) Dans les années 80 du siècle dernier, le monopole des établissements publics fut abandonné et remplacé par un double système qui admettait aussi des *programmes privés* financés surtout par la publicité⁷⁰. Pour les programmeurs privés, chaque Land créa sa propre autorité de régulation indépendante (Landesmedienanstalt) comprenant normalement un conseil de représentants des groupes sociaux majeurs. Ils ont formé plusieurs organes ou groupes de coordination⁷¹. Une

⁶³ Directive électricité 2003 du 26 juin 2003 (i.a. art. 23 II a: l'autorité de régulation doit fixer à l'avance les conditions et les tarifs ou les méthodes utilisées pour les fixer. Voir J.P. Schneider, ZWe R 2003 p. 381 ss.; art. 6 de la directive électricité 2003 du 26 juin 2003. J.P. Schneider/Prater, Das europäische Energierecht im Wandel - Die Vorgaben der EG für die Reform des EnWG, Recht der Energiewirtschaft 2004 p. 57 ss.; Klaus König/Theobald, Liberalisierung und Regulierung netzgebundener Güter und Dienste, FS Blümel S. 277 ss.

⁶⁴ Le projet du EnWG a été adopté par le gouvernement fédéral le 28 juillet 2004 mais va rencontrer des problèmes au Parlement. De toute façon une autorité de régulation va être créée.

⁶⁵ Voir pour les détails Masing op. cit. (note 9) p. 13 et s.

⁶⁶ Voir le rapport sur la 2465^{ème} session du Conseil (14337/02 (Presse 354): libéralisation du marché pour les clients non résidentiels d'ici juillet 2004 et pour les clients résidentiels d'ici juillet 2007, avec quelques exemptions et modifications; voir aussi art. 23 I b, c de la directive électricité 2003.

⁶⁷ La Fédération et les Länder se sont concertés pour distinguer la radio-télévision traditionnelle d'un côté, de la télécommunication des informations moins importantes pour la formation de l'opinion publique de l'autre, pour autoriser globalement cette dernière (en suivant une expertise de Martin Bullinger et Ernst-Joachim Mestmäcker, Multimediadienste, Baden-Baden 1997). Le conflit sur les compétences respectives de la Fédération et des Länder fut évité par deux réglementations presque identiques: par une convention des Länder sur les services media (Mediendienstaatsvertrag) et une loi fédérale sur les téléservices de 1997, sans que la distinction soit convaincante.

⁶⁸ Cf. Albrecht Hesse, Rundfunkrecht, 3^{ème} éd. 1999, p. 1 - 7.

⁶⁹ Voir Martin Bullinger, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks, Gütersloh (Bertelsmann Stiftung) 1999. Le contrôle de l'Etat n'a pratiquement jamais été exercé après la deuxième guerre mondiale (Albrecht Hesse op cit. p. 172).

⁷⁰ L'objectif était „de faire valoir le principe de la concurrence comme élément essentiel d'une société et d'une économie libre dans le domaine de la radio-télévision (Albrecht Hesse op. cit. p. 211.).

⁷¹ Voir Albrecht Hesse op. cit. p. 223 ss.

convention des Länder de 1989 (Rundfunkstaatsvertrag, RfStV)⁷², en perpétuelle révision, établit progressivement le cadre d'un règlement général de la radiotélévision publique et privée.

Toutefois faisait défaut une institution qui aurait pu comme le CSA en France „réguler“ l'ensemble de la radiotélévision publique et privée. Une telle „régulation“ générale aurait peut-être aidé à générer une concurrence loyale entre les deux „piliers“ de la radiotélévision. Les établissements publics justifiaient leur monopole de la redevance et l'absence de régulation efficace de leur mission publique en invoquant leur liberté constitutionnelle⁷³. Les programmeurs privés réclamaient un traitement égal parce que eux aussi, selon la jurisprudence du Tribunal Fédéral constitutionnel, étaient détenteurs d'une mission publique, quelque peu restreinte, et de la même liberté constitutionnelle sans pour autant être financés par la redevance⁷⁴. Faute d'instance commune de régulation, les programmeurs privés de radiotélévision s'adressent régulièrement à la Commission de Bruxelles pour se plaindre d'un traitement défavorable⁷⁵.

c) Le conflit s'est récemment aggravé pour des raisons techniques et financières.

L'évolution technique, surtout la numérisation de la transmission, a rendu possible une nette prolifération des programmes de type classique et l'adjonction de nouveaux services comme l'internet et la livraison de films sur commande individuelle⁷⁶. Les établissements publics de radiotélévision réclament une large participation et leur financement par la redevance, en ajoutant en grande partie les nouveaux services à leur domaine traditionnel de „radiotélévision“⁷⁷. En même temps, le financement de la radiotélévision privée et des „services média“ privés sont menacés du fait de la régression dramatique de la publicité et une réticence temporaire du public à payer pour de nouveaux services; les faillites se multiplient⁷⁸.

Les Länder, par peur qu'une telle expansion de la radiotélévision publique ne mène à une augmentation impopulaire de la redevance, ont essayé de préciser restrictivement sa mission dans la nouvelle version du Rundfunkstaatsvertrag (art. 11) et de lui imposer l'obligation de la régler et de la contrôler⁷⁹. Une autorité unique de régulation pour les deux piliers du double système, à l'exemple du CSA français, ne semble pas encore avoir été sérieusement envisagée.

4. La Poste

a) L'ancien monopole de la Poste a son origine dans les droits régaliens qui aboutirent à un monopole de l'Etat fédéral⁸⁰. Longtemps rentable, il devint hautement déficitaire, faute de rationalisation continue. L'absence de concurrents et la subvention inépuisable par la télécommunication eurent pour conséquence un management conservateur peu enclin à détériorer le paisible climat de travail. Les conditions des prestations et les tarifs étaient pour la plupart fixés par des instructions internes (Verwaltungsvorschriften), dictées par des considérations en partie sociales.

⁷² Du 31 août 1991, révisée dernièrement par la septième convention du 1er avril 2004.

⁷³ Albrecht Hesse, op.cit. (note 68) p. 211 s. s'efforce de justifier le traitement différent ; secondé par ex. par Eberle (chef du service juridique du ZDF), 64. DJT 2002, p. M 11 ss.

⁷⁴ La "mission publique" restreinte des programmeurs privés pourrait justifier une participation restreinte à la redevance mais plus difficilement une exclusion totale..

⁷⁵ Selon des rapports dans la presse.

⁷⁶ En droit allemand, on distingue maintenant (voir la loi sur la protection de la jeunesse - JuSchG) les média sur support ("Trägermedien", i.e. la presse) des télémedias, dont les services média et les téléservices (voir supra note 67; pour les détails, voir Bullinger in Löffler, Presserecht, 5ème éd. 2005 Einleitung note marg. 12 s.).

⁷⁷ Voir Albrecht Hesse op. cit. 1ère éd. p. 85 note marg. 17.)

⁷⁸ Un des piliers de la radio-télévision privée a récemment disparu avec la faillite de Kirch.

⁷⁹ Les établissements de la radio-télévision publique sont maintenant obligés de publier régulièrement un rapport sur le respect de leur mission publique, sur le modèle de la BBC, comme l'avait proposé M.Bullinger, Die Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks., Gütersloh 1997.

⁸⁰ En Allemagne, le monopole régalien fut institué par l'empereur Rudolf II en 1597 et confié à la famille de Thum et Taxis en 1615, mais pas toujours respecté par d'autres puissances. La constitution de 1871 établissait le droit exclusif du Reich à légiférer et à administrer dans le domaine de la Poste, le monopole de l'Etat fédéral étant institué par des lois fédérales. Les constitutions de Weimar et de Bonn confirmaient cet ordre juridique. Pour les détails historiques, cf. Hermann Glaser/Thomas Werner, Die Post in ihrer Zeit, Heidelberg 1990, p. 16 ss., 80 ss.

Une lettre était affranchie avec un timbre de 50 centimes seulement, tandis qu'elle aurait dû coûter, calculée normalement selon les frais réels de l'époque, le double ou le triple⁸¹.

b) La libéralisation et la privatisation, imposées par l'UE et l'art. 87 f de la Constitution, se révélaient donc difficiles. Avec un déficit élevé, on ne pouvait pas introduire la Deutsche Post AG en bourse et vendre des actions. Il fallait d'abord la rendre rentable⁸². Pour arriver à cette fin, on a ajourné l'entière libéralisation et gardé le monopole pour la plupart des lettres qui ne pèsent pas plus de 100 g (jusqu'au 31 décembre 2005, selon le § 51 de la loi sur la Poste (PostG) du 22 déc. 1997), après cette date pour celles ne pesant pas plus de 50 g. Même par la suite, le transport des lettres pesant jusqu'à 1000 g nécessitera une licence qui sera refusée si les „conditions habituelles de travail“ dans ce domaine ne sont pas garanties par le concurrent potentiel (§§ 5 et 6 III no 3 PostG).

Or, on fait maintenant tout pour rationaliser l'organisation et le travail. Ont été enlevées des milliers de boîtes aux lettres, fermés des centaines de bureaux de poste. Il n'a été retenu que ce qui représente selon la loi (§ 11 et s. et le décret du gouvernement fédéral) le minimum d'un service „adéquat et abordable pour tous“ (service universel).

Afin de se créer une réserve pour la concurrence à venir, la Poste a essayé d'augmenter les tarifs des lettres. Or, l'autorité de régulation pour la poste et la télécommunication a refusé de donner son accord et même exigé la baisse de certains tarifs. Néanmoins la Poste a récemment publié un bilan positif. Cela s'explique en partie par les entreprises de transport que la Poste a acquis à l'étranger, en poursuivant une "stratégie très agressive" (selon Le Monde du 22 avril 2004, p. 16).

5. Les chemins de fer

a) Les lignes de chemins de fer furent créées au 19^e siècle par les lois de différents Etats ou par des contrats de concession⁸³ qui accordaient le droit de croiser la voie publique et en plus d'exproprier le terrain nécessaire. L'idée primitive était, surtout en Prusse, que cette nouvelle voie, comme une route normale, pouvait être utilisée par des transporteurs différents. Cette idée ne fut ultérieurement pas jugée réalisable. Les différentes lignes, de plus en plus aux mains des Etats, ont progressivement formé un *réseau*, normalement sans lignes concurrentes. Ce réseau a été repris par l'Etat fédéral, selon l'art. 89 de la Constitution de Weimar (1919), et transformé en 1924 en une société de droit privé qui était obligée et capable, profitable qu'elle était⁸⁴, de verser aux Alliés 660 millions de marks de réparations par an. En 1939, une nouvelle loi a transformé cette société en établissement public du Reich sans personnalité juridique, confirmée par la loi de 1951 sur la „Deutsche Bundesbahn“ qui, malgré une certaine autonomie et un directoire propre, dépendait du Ministre des transports.

Plusieurs facteurs contribuèrent à ce qu'à partir des années 60 le bénéfice se transforme en déficit, dû surtout à la concurrence grandissante du transport routier des personnes et des marchandises dont la Bundesbahn ne tint pas efficacement compte pour ses services et ses installations⁸⁵. Le financement par la Fédération de certaines obligations déclarées d'intérêt public (*gemeinwirtschaftliche Leistungen*) cachait une part du déficit.

b) En 1993, sous l'influence de l'UE, la Fédération a procédé à une nouvelle „privatisation“ par étapes des chemins de fer (art. 87 e de la Constitution). Le successeur de la Bundesbahn, la Deutsche Bahn

⁸¹ Selon des informations internes.

⁸² Cette rentabilité a entre-temps rendu possible l'introduction en bourse. Selon l'art. 143 b II 2, 3 de la Constitution fédérale, la Fédération n'est autorisée à abandonner la majorité des actions sans qu'une loi fédérale donne son accord avec le consentement du Conseil Fédéral. La plupart des actions de la Fédération est « parquée » dans un groupe de banques qui est aux mains de la Fédération (KfW) ; voir FAZ du 11 déc. 2003, p. 11.

⁸³ Comme les contrats de concession pour les lignes d'électricité, ces contrats étaient fondés sur la propriété de droit privé des voies publiques à croiser. Comme les fonctions normales de la voie publique étaient affectées par un croisement avec les chemins de fer, l'autorité publique responsable devait aussi donner son accord.

⁸⁴ Voir Jürgen Müller, *Möglichkeiten der Privatisierung im Bereich der Deutschen Bundesbahn*, in Windisch (éd.), *Privatisierung natürlicher Monopole im Bereich von Bahn, Post und Telekommunikation*, Tübingen 1987, p. 308 s., 311.

⁸⁵ Voir en détail Jürgen Müller op. cit. (note 84) p. 327 s. A cause du déficit, les investissements furent réduits. La construction des lignes de trains à grande vitesse qui promettaient d'être rentables a été retardée de près de 10 ans.

AG a en 1999 été divisé en 4 sociétés anonymes, l'une chargée du transport des marchandises, la deuxième du transport grandes lignes des personnes, la troisième du transport régional des personnes et la quatrième de l'infrastructure, la Deutsche Bahn AG restant la société mère (holding). La Fédération contrôle et garantit encore une évolution adéquate de l'infrastructure dans ce domaine. Le transport régional des personnes, en partie déficitaire à cause des tarifs sociaux, est sous la responsabilité de chaque Land qui reçoit des moyens pour les subventionner⁸⁶. Cette manne financière a fait jaillir de nouvelles idées pour la création de lignes. D'autre part des opérateurs privés peuvent concourir pour l'obtention d'une licence concernant les lignes existantes. Tout citoyen d'un pays de l'UE peut en faire la demande. Or, sur les grandes lignes l'ouverture théorique à la concurrence n'eut que peu de suite, face à la position dominante de la Deutsche Bahn AG, sauf dans quelques cas comme celui de l'entreprise française de Connex en ex-Allemagne de l'Est. En ce qui concerne les lignes régionales, la Deutsche Bahn AG essaie de conclure des contrats avec les Länder qui lui garantissent une exclusivité à long terme. Cela a provoqué une intervention de la Commission européenne (Badische Zeitung du 10 mars 2004, p. 7).

La loi oblige pourtant chaque entreprise d'infrastructure ou de transport à accorder à une autre le droit d'accès à des conditions adéquates (§§ 13. 14 de la loi générale pour les chemins de fer (Allgemeines Eisenbahngesetz, AEG⁸⁷)). Si aucun accord n'est conclu, les instances de contrôle sont autorisées à intervenir. L'Office fédéral des cartels pourrait lui aussi intervenir (§ 14 III a AEG), en coopérant avec les autorités pour le contrôle des chemins de fer. Dans la pratique, ces interventions sont moins fréquentes que dans le domaine de la télécommunication.

Une „régulation“ dans le sens d'une harmonisation de la concurrence avec d'autres intérêts publics par une instance semi-indépendante n'a pas été établie. La loi générale pour les chemins de fer (AEG) confirme les traditionnelles obligations de „service d'intérêt public“ et le contrôle traditionnel de la légalité par une autorité fédérale (Eisenbahnbundesamt), quelque peu améliorée entre autres par le § 5a AEG⁸⁸. Cette autorité n'a jusqu'à présent pas le pouvoir d'organiser la concurrence et de l'harmoniser avec les autres intérêts publics qui pourrait lui donner un poids comparable à celui de l'autorité de régulation pour la télécommunication. Quelques réformes sont annoncées. Par une révision de la loi générale sur les chemins de fer (AEG) le gouvernement fédéral tente de donner à l'autorité fédérale le pouvoir d'assurer l'accès de tous les concurrents aux mêmes conditions pour l'utilisation du réseau ferroviaire en créant ainsi, au moins nominale, un vrai marché ferroviaire.; il n'est pas très clair comment la nouvelle "agence pour les tracés" ("Trassenagentur") associée au Eisenbahnbundesamt pourrait garantir un contrôle indépendant de l'accès des concurrents au réseau⁸⁹.

6. Le transport local et régional

a) Le transport local et régional assuré par les tramways, autobus et autocars, moyen d'intégration de la société par excellence, était depuis longtemps un service d'intérêt public des collectivités territoriales (communes, districts, groupements de communes etc.), géré avec d'autres services locaux ou régionaux. Il était déficitaire⁹⁰ car sa mission était principalement de satisfaire les intérêts publics (öffentliche Verkehrsinteressen), selon des critères en partie sociaux⁹¹.

b) Cette mission sociale est maintenant confrontée, dans le § 8 de la loi fédérale concernant le transport local et régional des personnes (Personenbeförderungsgesetz, PBefG, de 1990, révisée le 27 avril 2002, BGBl. I p. 1467), à celle consistant à introduire des éléments de *concurrence*. Le modèle

⁸⁶ Voir la loi sur la réorganisation des chemins de fer du 27 dec. 1993 (BGBl. 1993 I p. 2386 ss., Art. 2, § 2, 25, Art. 4, concernant le transport ferroviaire local et régional de personnes; Fehling, DÖV 2002 p. 793.

⁸⁷ Du 27 décembre 1993 (BGBl. I p. 1378), révisée dernièrement le 21 juin 2002 (BGBl. I p. 2191).

⁸⁸ §§ 2, 3 de la loi concernant l'administration du transport par les chemins de fer de la Fédération de 1993, §§ 5a, 10, 14 III a AEG.

⁸⁹ Le § 1 II AEG oblige les *gouvernements* de la Fédération et des Länder à poursuivre une politique qui rend possible une *concurrence loyale* des établissements de transport, concurrence qui entraîne une distribution *économiquement utile* des tâches. Cf. l'analyse par Test 2003 p. 79 ss., 83 : La Deutsche Bahn AG évite de mentionner dans ses horaires les lignes privées. La nouvelle loi (Entwurf eines dritten Gesetzes zur Änderung eisenbahn rechtlicher Vorschriften,, Dr 15/2743 du 23 mars 2004) n'est pas encore votée.

⁹⁰ A Fribourg-en-Brisgau par exemple près de 6 millions d'euros par an.

⁹¹ Entre autres imposés par le § 21 I, III (obligation de continuer à assurer le transport), § 39 II 2, 45 II PBefG 1990, révisé dernièrement en 2002 (voir infra b).

n'en est pas la „régulation“ comme pour la télécommunication, mais une *planification modifiée* avec quelques traces de concurrence:

L'autorité compétente pour accorder les licences est obligée de s'orienter d'après un „plan de transport régional“ établi avec la *coopération* des entreprises ayant déjà une licence. Sur cette base elle doit veiller à ce que l'ensemble du transport local ou régional soit *intégré*, les tarifs et horaires coordonnés (§ 8 III PBefG). Pour faciliter les conventions de coopération entre les entreprises de transport local ou régional, elles sont exemptées des restrictions normales concernant les "cartels" (§ 8 III 7 – 9 PBefG). Or, elles doivent être notifiées à l'autorité fédérale des cartels qui doit, avant de prendre des mesures, se concerter avec l'autorité qui accorde la licence. Cette autorité est compétente pour obliger l'entreprise à intensifier ou à modifier le transport quand l'intérêt public l'exige, à condition que cette entreprise puisse supporter une telle charge supplémentaire.

Or, selon les directives européennes, les services doivent normalement s'autofinancer („*eigenwirtschaftlich*“), c'est-à-dire être financés par la vente de billets et d'autres recettes légales (sans les subventions „internes“ traditionnelles). Si cela ne suffit pas, la licence doit être accordée à celui qui demande la subvention la plus basse et ainsi grève le moins les caisses publiques (§ 8 IV, § 13a PBefG) dont les problèmes financiers se font sentir de plus en plus. Ceci ouvre la voie à une certaine concurrence⁹².

III. Règles de fond

1. Répercussions générales dans l'ordre juridique

Passer des services d'intérêt général sans concurrence à des services soumis à une concurrence régulée a des répercussions juridiques, différentes de secteur en secteur:

a) Pour la *télécommunication et la Poste*, il a fallu revoir de fond en comble le droit applicable, pour remplacer par un régime contractuel le pouvoir „absolu“ d'offrir unilatéralement par le biais d'instructions internes (Verwaltungsvorschriften) des prestations administratives⁹³.

Les relations avec les usagers ne sont dorénavant plus régies par le droit public, mais par le droit privé⁹⁴. Le principe général est donc celui de la liberté contractuelle. Or, chaque fournisseur essaie d'imposer ses conditions générales (allgemeine Geschäftsbedingungen) elles-mêmes réglées par une loi-cadre. Pour protéger encore plus les usagers, il convient d'imposer par une loi spéciale des conditions complémentaires (voir infra III 2a).

b) Quant à la *radiotélévision*, l'ancien système juridique de la radiotélévision publique reste pratiquement intact et est seulement *complété* par un système juridique additionnel de radiotélévision privée. La concurrence entre les deux n'a été réglée que par des normes générales, sans égard à la spécificité de la radiotélévision

Les usagers ne sont traditionnellement pas en relation juridique directe avec les établissements publics compétents pour leur pays, si l'on excepte leur obligation de payer la redevance. La publicité est réglée directement avec les agences commerciales. Une relation individuelle devient cependant inévitable quand l'établissement public ou privé exige une rémunération pour chaque utilisation individuelle (PayTV etc.).

⁹² Cf. Fehling, Zur Reform der Daseinsvorsorge am Beispiel des öffentlichen Personennahverkehrs, Die Verwaltung 2001 p. 25 ss., 32 s., qui reste assez sceptique.

⁹³ Cf. Wieland in König/Benz, Privatisierung und staatliche Regulierung, Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk, Baden-Baden 1999, p. 235 s.: Transition de la direction interne (service public) à la direction externe.

⁹⁴ Cette transition était déjà ordonnée par les premières lois concernant la libéralisation de la Poste et Télécommunication.

c) En ce qui concerne l'électricité, les obligations de „service“ comme celle de fournir le courant à l'ensemble de la population (Tarifkunden) à des conditions fixes (§ 10 EnWG 1998) n'ont pas été changées. Le nouvel accès des concurrents aux réseaux jusqu'alors monopolistiques est le sujet principal des contrats ou actes de régulation.

d) Finalement en ce qui concerne les chemins de fer et le transport régional des personnes, l'ancien système juridique, dirigiste pour les chemins de fer et planifié de façon coopérative pour le transport local et régional, est resté plus ou moins intact. Les exigences de l'UE concernant la concurrence y ont été greffées sans toucher aux fonctions de service dans l'intérêt général, par ex. l'obligation de transporter à des conditions fixées à l'avance et publiées.

2. Droits des usagers, clients ou consommateurs⁹⁵

La réforme tient mieux compte des intérêts des usagers que le droit antérieur :

- Traditionnellement, l'Etat providence garantissait à ses citoyens des prestations essentielles, mais sans nécessairement leur octroyer un droit individuel à ces prestations (Daseinsvorsorge, à certains égards le pendant du service public en France)⁹⁶.

- Après la deuxième guerre mondiale et avant la libéralisation des services d'intérêt général, l'opinion se répandit que le citoyen ne devrait plus être considéré comme un objet de la bienfaisance étatique mais plutôt comme un client qu'il conviendrait de servir selon ses besoins et ses désirs⁹⁷. Il en résulte que le « citoyen » peut maintenant faire valoir les obligations que la loi imposait à son égard. Or, celui-ci ne participait ni à la conception ni à la planification de ces services.

- La réforme actuelle est en partie basée sur l'idée libérale que la concurrence entre les prestataires est en elle-même la garantie que les clients seront servis à des conditions optimales. Néanmoins les nouvelles lois contiennent des clauses protégeant directement les usagers⁹⁸. A cette attitude paternaliste correspond un droit subjectif des usagers.

Pour préciser :

a) Pour la *Télécommunication et la Poste*, la garantie de la Fédération d'assurer un service adéquat et abordable (art. 87 f I GG) n'ouvre pas en elle-même de droits spécifiques aux usagers. Les dispositions des lois sur la Télécommunication (§§ 17 et s.) et la Poste (§§ 11 et s. PostG) et les décrets du gouvernement fédéral⁹⁹ ne sont pas nécessairement conçus pour octroyer des droits aux usagers¹⁰⁰. Tout dépend de ce que la loi ou le règlement envisage de créer de droits individuels:

Le § 3 du décret du gouvernement fédéral concernant les services postaux (PDLV) dispose que le client a le droit d'exiger d'une entreprise les prestations imposées par la loi comme service universel (selon le PUDLV) dans le cadre des conditions générales. Ce n'est pas le cas, par exemple, pour l'obligation de faire parvenir aux destinataires dès le lendemain, chaque année, au moins 80 % des lettres (§ 2 PUDLV). Chacun a le droit de s'adresser à l'autorité de régulation pour proposer des mesures concernant l'amélioration; l'autorité est alors seulement obligée de répondre (§ 5 PUDLV).

Selon le § 40 TKG de 1996, celui qui offrait des services de télécommunication sans respecter la loi, les décrets, une obligation imposée par la licence ou un ordre de l'autorité de régulation, était obligé

⁹⁵ Le droit de la consommation progresse en Allemagne, mais avec un certain retard comparé à l'Angleterre et à d'autres pays. .

⁹⁶ Voir Martin Bullinger, contribution aux *Mélanges pour Franck Moderne* (supra note 4) et JZ 2003 p. 597 s..

⁹⁷ Cf. Hermann Hill, *Dienstleistungs- und Kundenorientierung der Verwaltung*, NdsVBl. 2002 p. 313, 315 (mentionnant le « Citizen Charter » en Angleterre).

⁹⁸ Cf. pour les différentes positions libérales Günter Knieps, *Wettbewerbsökonomie, Regulierungstheorie...*, Berlin/Heidelberg 2000.

⁹⁹ Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) du 15 déc. 1999, BGBl. I 2418, dans la version du 30 janv. 2002, BGBl. I 572; Postdienstleistungsverordnung (PDLV) du 21 août 2001, BGBl. I p. 2178; Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) du 11 déc. 1997, BGBl. I p. 2910, révisée le 20 août 2002, BGBl. I p. 3365. .

¹⁰⁰ Le § 11 II 4 PostG autorise l'autorité de régulation à décider si une entreprise a respecté les dispositions de la loi.

de dédommager l'utilisateur concerné *pourvu* que ceux-ci *aient comme objectif de protéger l'utilisateur* selon le § 41. Les mêmes règles se retrouvent pour la Poste (§ 38 PostG).

La directive-cadre de l'UE, concernant la télécommunication, oblige maintenant les Etats à étendre les droits des usagers¹⁰¹. La TKG de 2004 donne suite à cette exigence européenne, le § 44 de cette loi accordant le dédommagement en cas de faute à chaque consommateur ou concurrent "concerné", sans que pour autant l'objectif de la loi soit de protéger l'utilisateur.

b) En ce qui concerne l'électricité, le petit consommateur ne profite que peu de la réforme. Faute de transparence suffisante quant aux conditions des différents fournisseurs, il est incapable de choisir l'offre la plus avantageuse. Les pourparlers entre les grands syndicats et associations sur les critères de l'accès des concurrents aux réseaux ont lieu sans que le petit consommateur puisse intervenir lui-même ou par le biais d'une association, malgré l'intérêt évident des petits consommateurs à obtenir des offres concurrentielles. Les grands consommateurs sont par contre dans la position de marchander librement pour obtenir un tarif préférentiel¹⁰².

Le petit consommateur dépend, quant à la protection de ses droits et intérêts envers le fournisseur, des mesures prises par décret par le Ministre de l'Economie qui est censé tenir compte aussi bien des intérêts du fournisseur que de ceux du consommateur (§ 11 EnWG).

c) Pour les chemins de fer, les voyageurs sont maintenant appelés « clients », mais confrontés comme auparavant à des tarifs unilatéralement imposés et partiellement peu transparents¹⁰³ et à des conditions de service qui en partie se dégradent, par exemple en ce qui concerne la ponctualité. Ils ne peuvent se faire entendre qu'en utilisant un autre moyen de transport, la voiture particulière ou l'avion.

d) Pour le transport régional et local, les usagers sont proches des conseils municipaux qui sont eux capables d'influencer les opérateurs de services. La réforme n'a ni amélioré ni détérioré cette position de fait.

e) Dans le domaine de la radiotélévision, la concurrence entre un nombre croissant de programmes publics et privés a facilité pour les citoyens la possibilité d'exprimer leur critique en zappant d'un programme à l'autre et d'influencer ainsi leur financement, étant donné que les revenus publicitaires dépendent du nombre d'utilisateurs. Grâce aux techniques ultrasophistiquées de l'audimat une perte d'audience est facilement détectable.

3. *Caractérisation des différents services*¹⁰⁴

En ce qui concerne la référence aux notions générales applicables aux différents secteurs, il convient de distinguer:

a) Le terme de „service universel“ est utilisé uniquement lorsqu'il s'agit de la garantie d'un *service de base* adéquat et abordable selon l'art. 87 f GG et des lois sur la Télécommunication et la Poste¹⁰⁵. Dans l'audiovisuel, le terme de „service de base“ (Grundversorgung), né de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral, reste imprécis dans son sens et dans ses applications.

b) Le terme français de „service public“ n'a pas été repris en Allemagne¹⁰⁶. Les lois allemandes font même rarement référence au terme allemand de „Daseinsvorsorge“ qui correspond plus ou moins au terme français de service public¹⁰⁷.

¹⁰¹ Cf. Schering, K&R 2002 p. 392, 394.

¹⁰² Cf. Masing, op. cit. (note 9) p. 15.

¹⁰³ Le nouveau tarif des chemins de fer, valable à partir de 2003, annoncé comme avantageux pour les clients, jugé assez mauvais par les experts, a contribué à une baisse de fréquentation des voyageurs et a été, sans grand succès partiellement revu.

¹⁰⁴ Réponse aux questions 4 et 5.

¹⁰⁵ Voir supra III 2 a.

¹⁰⁶ Voir Martin Bullinger (voir supra note 4).

¹⁰⁷ Par ex. le § 102 I no 3 du code municipal (Gemeindeordnung) du Land de Bade-Wurtemberg (bwGO) qui privilégie la „Daseinsvorsorge“ en permettant à la commune d'offrir un service même si une autre institution aurait pu le faire mieux ou meilleur marché.

4. Limitation ou dérogation du droit commun de la concurrence

a) La „régulation“ est souvent considérée comme une version spéciale, pour un certain secteur, du contrôle des restrictions de la concurrence qui remplacerait pour une *période de transition* les dispositions normales¹⁰⁸. Ceci n'est pas facilement défendable. Car, comme il a déjà été expliqué¹⁰⁹, la régulation comprend non seulement l'*introduction* de la concurrence qui crée des problèmes transitoires, mais aussi l'harmonisation permanente de cette concurrence avec d'autres intérêts généraux.

Cela explique que les lois concernant la réforme ne remplacent pas simplement les règles générales sur les restrictions de la concurrence par des règles spéciales, mais mentionnent d'autres missions à remplir. Normalement, ces lois proclament la *coexistence* des règles générales de la concurrence avec les règles spéciales modifiées par d'autres considérations d'intérêt public. Les inévitables problèmes de coordination sont à résoudre par une coopération entre les autorités responsables.

b) Dans le détail, la situation se présente ainsi:

- La TKG 2004 déclare en préalable (§ 2 III), que les dispositions générales de la loi concernant les restrictions de la concurrence restent applicables pourvu que la TKG n'en dispose autrement; les autorités de cartel gardent leur compétence. Or, pour les décisions importantes de l'autorité de régulation, le § 123 I TKG 2004 exige l'accord de l'Agence fédérale des cartels, et pour d'autres une coopération. Les deux autorités sont obligées de rechercher une interprétation commune de la TKG. Or dans la pratique cette coopération n'est pas sans poser de problèmes¹¹⁰.

- Selon le § 48 PostG, l'autorité de régulation décide de l'existence d'un marché et de la position dominante d'une entreprise *en concordance* avec l'Office des cartels fédéral. Avant de prendre d'autres décisions, elle est obligée de donner à cet Office la possibilité de se prononcer.

- Pour l'électricité, maintenant entièrement soumise aux règles générales de la concurrence, l'Office fédéral des cartels est théoriquement seul compétent pour les appliquer mais hésite à le faire¹¹¹, face au front solide des anciens détenteurs du monopole qui invoquent des conventions conclues par leurs syndicats et associations, conventions qui sont, selon la décision d'un tribunal civil¹¹², clairement incompatibles avec le GWB. Il hésitera encore plus après la révision de la loi sanctionnant provisoirement ces conventions¹¹³. On comprend que la création d'une autorité spéciale de régulation soit imminente¹¹⁴.

- Quant au transport des personnes, les dispositions des lois concernées établissent¹¹⁵ une nouvelle exception sectorielle pour les conventions ou recommandations des entreprises de transport ou de leurs syndicats pourvu que celles-ci soient dans l'intérêt d'un service satisfaisant et de son développement économique et servent à une intégration du transport régional, en particulier par des coopérations et l'harmonisation des tarifs et horaires. Les conventions doivent être notifiées à l'Office des cartels auquel la loi réserve le droit d'intervenir après avoir donné à l'autorité compétente pour la licence la possibilité de s'exprimer. Tout cela tend à conserver dans ce domaine la planification traditionnelle.

¹⁰⁸ Voir Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse, Telekommunikation im Wettbewerb, Eine ordnungspolitische Konzeption nach erfolgreicher Marktöffnung, München 2001, p. 11 ss., 52 et s.

¹⁰⁹ Voir supra I 3 a.

¹¹⁰ Voir Scherer, K&R 2002 p. 273 et s.; Koenig/Kühling, MMR 2001 p. 83.

¹¹¹ Supra II 2 b.

¹¹² Décision du tribunal d'instance de Berlin du 6 mars 2003, concernant les conventions parallèles dans le domaine du gaz; voir supra II 2 b. .

¹¹³ Supra II 2 b.

¹¹⁴ Supra II 2 b. Se poserait alors le problème de la coordination et de la coopération entre l'autorité spéciale de régulation et l'Office des cartels.

¹¹⁵ §§ 12 VII AEG, § 8 III 6 – 10 PBefG.

- Dans l'audiovisuel, les règles normales de la concurrence sont théoriquement applicables mais pas toujours appliquées, car, par exemple, les établissements du secteur public justifient leur étroite coopération par leur missions publiques communes¹¹⁶.

IV. L'organisation de la régulation

1. L'incidence de la répartition des compétences sur l'organisation de la régulation

Pour instaurer une régulation et une autorité fédérale de régulation, la Fédération doit avoir une *compétence législative* et d'une *compétence administrative*; sinon, l'une ou l'autre est incluse dans la compétence normale des Länder (art. 70 I, 83 I GG).

S'il s'agit d'entreprises d'importance locale, les communes jouissent d'une garantie constitutionnelle pour les réguler sous leur propre responsabilité "dans le cadre de la loi" (art. 28 II GG).

Il s'ensuit que:

a) Comme la télécommunication et la poste entrent dans la compétence exclusive de la Fédération, législative (art. 73 no 7 GG) et administrative ((art. 87 f GG), celle-ci a plein pouvoir pour établir un système de *régulation* au sens moderne, incluant l'harmonisation avec d'autres intérêts publics¹¹⁷.

b) Pour les *chemins de fer* la Fédération dispose d'une compétence législative (art. 73 no 6a, 74 no 23 GG) et quand ils sont sa propriété (art. 87 e I GG) d'une compétence administrative. Toutes les lois fédérales dans ce domaine doivent obtenir l'accord du Conseil Fédéral (Bundesrat, art. 87 e V 1 GG) qui veille à ce que les intérêts des Länder ne soient pas négligés. Ainsi l'établissement d'un système de régulation n'est possible qu'avec l'accord des Länder.

c) La fourniture de l'électricité est soumise à la législation concurrentielle¹¹⁸ de la Fédération (art. 74 I no 11 GG). Quant à son exécution administrative une compétence fédérale fait défaut. Or, la Fédération est autorisée à créer une autorité supérieure indépendante („selbständig“; art. 87 III GG), sans que pour cela l'accord du Conseil Fédéral soit nécessaire. Il serait donc possible de créer une autorité de régulation, en addition à l'Office fédéral des cartels dont l'action est limitée au contrôle des restrictions de la concurrence. La régulation sous forme de décrets est confiée au Ministre fédéral de l'Economie qui est entre autre autorisé à réglementer les conditions de l'accès aux réseaux et à en fixer les tarifs (§ 6 II, 11 EnWG).

d) La situation la plus complexe doit être maîtrisée dans le transport local et régional des personnes. Selon le § 8 PBefG, l'autorité de licence (Genehmigungsbehörde) doit se *concerter* avec la collectivité territoriale responsable et les entreprises de transport autorisées en particulier pour les tarifs et les horaires, dans l'intérêt d'un service satisfaisant et abordable. Ainsi, la concurrence est presque étouffée par ce système de coordination et de planification. Il n'est pas certain qu'une autorité de régulation puisse établir une véritable concurrence.

e) La même question se pose pour l'audiovisuel. Ici, la Fédération ne dispose qu'une compétence législative très restreinte. La compétence fédérale pour prévenir l'abus de puissance économique (selon l'article 74 I no 16 de la Constitution) n'est pas suffisante pour établir une régulation proprement dite qui protégerait d'autres intérêts que ceux de la concurrence.

¹¹⁶ Voir Albrecht Hesse op. cit. (note 68) p. 200 et s., note marg. 374.

¹¹⁷ Pourvu que ces intérêts ne soient pas eux-mêmes déjà réglés.

¹¹⁸ Selon l'art. 72 II de la Constitution fédérale, la Fédération est autorisée à légiférer dans les domaines "concurrentiels" quand cela est nécessaire.

2. Pouvoirs de régulation et pouvoirs du propriétaire

Dans tous les secteurs de l'économie concernés, les pouvoirs de régulation de l'Etat doivent être distingués de ses pouvoirs de propriétaire ou d'entrepreneur. Ce double caractère pose des problèmes juridiques:

a) Dans le domaine de la télécommunication et de la poste, la Fédération a gardé une minorité d'actions de la Deutsche Telekom AG; dans le domaine de la Poste, la Fédération ne peut renoncer à la détention d'une majorité d'actions sans une loi fédérale assortie de l'accord du Bundesrat (art. 143 b II de la Constitution). L'autorité de régulation est normalement soumise aux instructions du Ministre fédéral de l'Economie (voir infra 3) qui, de son côté, pourrait se considérer comme le représentant des deux grandes entreprises fédérales de la Poste et des Télécommunications. Ne devrait-il pas être interdit à ce Ministre de donner des instructions à l'autorité de régulation (infra 3.) dans des cas qui impliquent les intérêts financiers de la Fédération en tant que „copropriétaire“ de la Deutsche Telekom ou de la Deutsche Post AG? Or, il n'y a pas de principe général de droit administratif qui interdirait à l'Etat et à ses fonctionnaires d'agir dans des cas où il est lui-même partie (Amtsbefangenheit). Néanmoins la confiance dans l'impartialité de l'autorité de régulation en souffre.

b) En ce qui concerne le chemin de fer, les actions de la Deutsche Bahn AG sont encore détenues par la Fédération, et cette position de propriétaire unique est provisoirement garantie quant à l'infrastructure par la Constitution. Le Ministre fédéral des Transports peut donc jusqu'à présent s'imposer en interne dans "son" entreprise. Le contrôle (Eisenbahnaufsicht) est exercé pour la Fédération par le biais du Eisenbahn-Bundesamt qui est directement subordonné au Ministre des Transports¹¹⁹. Il s'agit donc d'un contrôle pratiquement „interne“, comme au temps de la Deutsche Bundesbahn. Un conflit d'intérêts se manifeste surtout quand le Eisenbahn-Bundesamt est obligé de statuer à la demande d'une entreprise concurrente par exemple pour lui accorder l'accès à l'infrastructure. C'est pour remédier à cette situation et pour répondre à des directives européennes qu'un projet de loi¹²⁰ prévoit de confier le contrôle de l'accès à l'infrastructure à une "agence" associée au Eisenbahn-Bundesamt, sans qu'il soit cependant clair si elle sera subordonnée aux instructions du Ministre ou "indépendante"¹²¹.

c) Pour l'électricité, beaucoup d'entreprises "publiques" participent au système autrefois plus ou moins monopolistique. Celles-ci sont la propriété des communes, des Länder ou de la Fédération ou associent plusieurs de ces collectivités publiques. Leur régulation est de la compétence du Ministre fédéral de l'Economie et des „autorités“ des Länder¹²².

Donc la régulation est souvent entre dans les mains des propriétaires ou copropriétaires des entreprises régulées. Il n'existe pas de mécanismes pour séparer les deux fonctions. Cela risque de se révéler néfaste quand la nouvelle législation prévue imposera aux propriétaires d'admettre la concurrence.

d) La situation est un peu plus favorable dans le domaine du transport local et régional des personnes. Parmi ceux qui participent à la planification, les uns, que ce soient les communes ou les entreprises de transports qui assurent le service, luttent pour le statu quo, sans concurrence¹²³, tandis que les autres, surtout les autorités responsables pour la réforme, n'ont pas d'intérêts établis et sont donc moins hostiles à une concurrence prévue par la loi.

3. Statut des autorités de régulation et leur indépendance

Quant au statut et à l'indépendance des autorités de régulation, il convient de distinguer

- les véritables autorités de régulation dénommées ainsi, comme pour la Télécommunication et la Poste,
- les autorités qui exercent certaines fonctions de régulation sans être nommées ainsi (autorités de fait de régulation), comme pour l'électricité,

¹¹⁹ Selon § 5 I a AEG, § 2 avec 1, 3 de la loi concernant l'administration des chemins de fer de la Fédération (Bundesbahn-Verkehrsverwaltungsgesetz) du 27. 12. 1993, BGBl. I 277, révisée comme pour l'électricité par la loi du 21 juin 2002 (BGBl. I 2191).

¹²⁰ Projet d'une troisième loi pour réviser la loi concernant les chemins de fer du 22 mars 2004.

¹²¹ Voir art. 2 du projet de la loi, "Considérations" concernant le § 4.

¹²² Voir le § 3 (licence) et le § 6 II EnWG (décret sur les conditions de l'accès au réseau).

¹²³ Cf. Fehling op. cit. (note 86).

- les autorités qui exercent certaines fonctions traditionnelles de réglementation et de contrôle, sans qu'une réforme tendant à une régulation soit entamée.

a) En ce qui concerne les véritables autorités de régulation pour la Télécommunication et la Poste, leur statut et en particulier leur indépendance ont été traités dans l'introduction à la notion de régulation¹²⁴. Il s'agit donc de donner ici quelques informations complémentaires:

(1) L'autorité de régulation pour la Télécommunication et la Poste trouve sa base légale dans les deux lois correspondantes (TKG 2004 et PostG). Sa composition n'est pas fixée, à l'exception du Président et des deux Vice-présidents qui sont nommés par le gouvernement fédéral sur proposition du Conseil consultatif qui est composé de 9 députés du Parlement fédéral (Bundestag) et de 9 membres du Conseil Fédéral (Bundesrat). Le Président et les Vice-présidents de l'autorité de régulation doivent être qualifiés pour assurer des fonctions de cadre (höherer Dienst), de même que les membres des chambres de décisions (Beschlusskammern). Cette disposition facilite la nomination d'anciens fonctionnaires de la Deutsche Bundespost.

De plus, l'organigramme, défini par le Président, doit être confirmé par le Ministre de l'Economie.

(2) Une indépendance complète de l'autorité, correspondant à la position quasi-juridictionnelle de son modèle, la FCC américaine¹²⁵ ou à un tribunal, aurait été étrangère à la tradition de l'administration bureaucratique allemande:

(a) Une certaine indépendance vis à vis des *instances politiques* aurait pourtant été désirable¹²⁶. Une certaine concession a été apportée par la création du Conseil Consultatif, miroir de toutes les forces politiques au Parlement, formant un „petit parlement“ qui supervise l'autorité. Or, le Ministre dispose, par ses instructions générales et ponctuelles, de l'influence décisive de la majorité politique¹²⁷. L'organisation de l'autorité en chambres de décisions quasi-juridictionnelles devrait manifester une certaine indépendance, qui se traduit aussi dans l'obligation de publier les instructions du Ministre au Journal officiel¹²⁸. De plus en plus l'opinion se répand que des instructions particulières adressées à des chambres quasi-juridictionnelles seraient incompatibles avec leur statut, comme c'est déjà le cas pour l'Office fédéral des cartels; or, il semble que cette opinion n'est pas « dominante »¹²⁹ et n'est pas confirmée par la jurisprudence.

(b) L'indépendance envers les *opérateurs contrôlés* va de soi, et des précautions ne sont pas envisagées, malgré le danger que la Fédération pourrait par le biais de l'autorité essayer d'exercer une influence en tant que propriétaire en défendant ses intérêts restant dans la Deutsche Telekom¹³⁰.

¹²⁴ Supra II 3 e.

¹²⁵ Voir Masing, AöR supra note 16.

¹²⁶ L'idée d'une autorité suprême (oberste Bundesbehörde, responsable seulement devant le Parlement), acclamée par tous, fut abandonnée sous prétexte de problèmes constitutionnels (voir Büchner commentaire op. cit. § 66 note marg. 4, 5); Wilmer/Cutler & Pickering, Zukunftsmarkt Telekommunikation, 1996, en Immenga et al. (éd.), Telekommunikation: Vom Monopol zum Wettbewerb, Baden-Baden 1998, p. 109 et s., et Schwintowski, p. 11 et ss., 39 et s.

¹²⁷ Voir la critique de Schwintowski, CR 1997 p. 631, 636 et s.

¹²⁸ Ces précautions pourraient rendre l'intervention du Ministre plus difficile: voir supra I 3 e.

¹²⁹ Des opinions divergeantes coexistent. Pour la légalité et la légitimité des instructions particulières voir par ex. Weber/Rommersbach in Manssen (éd.), Telekommunikations- und Medienrecht, § 66 TKG note marg. 3; Scheuerle/Mayen/Ulmen, 2002, § 66 note marg. 16; Geppert, dans le n commentaire de Beck, 2ème éd. 2002, § 66 note marg. 20, justifiant cette position par "l'opinion dominante" dans le droit des cartels; se référant à la même opinion dominante, un autre commentaire condamne le caractère inadmissible des instructions particulières (Trute in Spoerr/Bosch/Trute, 2001, § 66 note marg. 27. Voir aussi Fehling, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, Tübingen 2001, p. 122 s. et 277. La nouvelle TKG 2004 exige la publication de toutes les instructions du Ministre (sans faire la différence entre les instructions générales et les instructions particulières) et ne traite pas le problème d'autres restrictions.

¹³⁰ Art. 3 §§ 2 et 3 de la directive-cadre de l'UE obligent les Etats à séparer contrôle régulateur et intérêts du propriétaire. Formellement, c'est le cas en Allemagne, parce que les actions de la DTAG sont administrées directement ou indirectement par le Ministre des finances. Formellement aussi l'impartialité des fonctionnaires est garantie par la loi, mais des garanties supplémentaires seraient possibles; voir pourtant Scherer, K&R 2002 p. 277, 279 et s.

b) Pour l'électricité, on envisage maintenant la création d'une autorité sectorielle de régulation, après l'échec d'une „coordination régulée“ des grandes associations de fournisseurs et de consommateurs industriels¹³¹.

Or, il n'est pas clair si une nouvelle autorité serait capable de faire ce que ni le Ministre, ni l'Office des cartels fédéral n'ont réussi à faire, c'est-à-dire imposer une véritable concurrence et harmoniser cet objectif avec les autres objectifs d'intérêt général comme l'assurance de la fourniture à long terme¹³².

c) Pour les chemins de fer, il n'a jamais été question d'instaurer un régime de régulation, malgré l'échec de l'ancien régime. Le nouveau régime consiste en demi-concessions à la nouvelle idée de la concurrence, concurrence loin d'être réalisée.

La raison de cet échec ne réside pas dans le fait qu'il a été tenté d'harmoniser des objectifs inconciliables¹³³. C'est le problème de chaque régulation. Or, pour réguler efficacement, il convient de créer une autorité de régulation capable de s'imposer. Le « Eisenbahn-Bundesamt » est une autorité supérieure fédérale normale, dirigée par le Ministre fédéral des Transports. Sa composition et son organisation sont laissées à la discrétion du Ministre. Cette autorité est donc apte à contrôler sur un plan interne les chemins de fer de la Fédération¹³⁴, mais pas organisée pour devenir le stimulateur et l'arbitre d'une concurrence à établir avec la Deutsche Bahn AG, l'entreprise dominante sur le marché. Un projet de loi tente d'installer une agence auprès du Eisenbahn-Bundesamt pour le contrôle de l'accès concurrentiel aux infrastructures, mais son "indépendance" n'est toujours pas bien établie¹³⁵.

V. Les pouvoirs de régulation et leur contrôle

1. Les pouvoirs de régulation

Avant d'analyser la protection juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle, il convient de distinguer les différentes étapes de la régulation car, selon le droit allemand, la protection en dépend.

Comme la régulation est une „mission“ qui réunit parlement, gouvernement et autorités administratives, la protection ne se limite pas à l'activité des autorités spécifiques de régulation:

- a) Le parlement a pour mission d'instaurer la régulation, ses objectifs, ses règles de base et la protection. Pour les détails, il autorise
- b) le gouvernement ou un Ministre à régler par décret, par ex. les droits des usagers (§ 106 II TKG 2004).
- c) La transformation de ces règles de droit en modèles plus concrets et en solutions au cas par cas aussi bien que le contrôle de leur application sont normalement confiés à des autorités spécifiques de régulation ou à d'autres organes administratifs (pour la télécommunication voir les §§ 126, 128 TKG 2004).

2. La protection juridictionnelle en général

En Allemagne, l'idée de l'Etat de droit a une telle valeur constitutionnelle qu'on pourrait supposer que contre toute illégalité dans le domaine de la régulation existe la possibilité de s'adresser à un tribunal. Or, ce n'est pas la vérité absolue.

Tout d'abord, on ne peut normalement pas s'adresser à un tribunal sans apporter la preuve qu'un droit subjectif a été lésé. De plus, les tribunaux ne tranchent pas rapidement, et le facteur temps a une

¹³¹ Voir supra II 2 b.

¹³² Voir Engel, *Verhandelter Netzzugang*, Baden-Baden 2002, résumé p. 93 sous 12

¹³³ De cet avis Fehling, op. cit. (note 86).

¹³⁴ En plus, presque tous les Länder ont délégué leurs pouvoirs de contrôle sur les autres chemins de fer au Eisenbahnbundesamt.

Voir pour l'absence de „régulation“ Masing op. cit. (note 9) p. 11 et s.

¹³⁵ Supra avec note 89 ss.

importance accrue dans les affaires économiques. Finalement, pour maîtriser les problèmes économiques et techniques, les juges ne sont pas les mieux préparés.

Pour ces raisons, il convient de discuter, après la protection juridique, la possibilité et la nécessité d'établir des instances quasi-juridictionnelles pour arriver à une solution rapide et prise par des experts :

a) Contre une loi ou un règlement du gouvernement fédéral, d'un ministre ou d'une autorité fédérale de régulation, on ne peut faire directement appel devant un tribunal administratif.

Théoriquement existe la possibilité de la plainte constitutionnelle (Verfassungsbeschwerde) devant le Tribunal constitutionnel fédéral, mais normalement celle-ci n'est pas acceptée parce que le requérant doit attendre que dans son cas la loi ou le règlement ait été appliqué.

b) Contre un acte illégal ou une omission illégale de l'autorité de régulation il est possible de porter plainte devant le tribunal administratif compétent, même si cette illégalité est autorisée par une loi, un décret ou un règlement général. Le tribunal est autorisé à contrôler ainsi indirectement la légalité d'un règlement, mais il doit porter devant le Tribunal constitutionnel fédéral la question de la constitutionnalité d'une loi qu'il ne veut pas appliquer (art. 100 de la constitution fédérale). Or, il reste à prouver qu'un droit subjectif a été lésé, ce qui ne va pas de soi dans le domaine de la régulation.

3. Le contentieux entre opérateur et régulateur

C'est le cas qui pose le moins de problèmes. La réforme a pour but principal d'instaurer la concurrence et donc de protéger la liberté d'action des entreprises contre l'ingérence des autorités de régulation. Dans le domaine de la télécommunication, par exemple, un opérateur à l'encontre de qui l'autorité de régulation a émis un ordre ou une sanction, peut prétendre être lésé dans ses droits et, après la procédure préliminaire devant l'autorité, porter plainte devant le tribunal administratif.

La Deutsche Telekom AG porte régulièrement plainte contre l'injonction qui donne à une autre entreprise l'accès à son réseau. Cela a au moins pour effet de retarder l'accès et ainsi de diminuer les chances économiques de l'opérateur. C'est pourquoi la TKG a exclu l'effet suspensif d'une telle plainte (§ 80 II TKG).

4. Le contentieux entre opérateurs

Si un opérateur invoque les règles générales de bonne concurrence, il peut directement porter plainte devant le tribunal civil.

Les litiges entre opérateurs sur le respect des normes spécifiques de régulation, donc de droit public, ne peuvent pas facilement être portés devant les tribunaux administratifs, car la tradition allemande ne reconnaît normalement pas de droits subjectifs publics entre personnes privées. Une autorité publique est interposée pour décider en première instance, et cette décision peut être attaquée devant les tribunaux administratifs.

Pour donner un exemple: selon le § 21 TKG 2004, si l'opérateur d'un réseau public de télécommunication qui dispose d'un pouvoir considérable sur le marché refuse à ses concurrents l'accès à son réseau, le concurrent ne peut pas porter plainte contre l'opérateur fautif devant un tribunal. Il peut seulement s'adresser à l'autorité de régulation et lui demander de procéder à une injonction d'accès. Les deux opérateurs se retrouvent alors comme parties devant l'autorité.

5. Le contentieux des usagers ou consommateurs

Les usagers ou consommateurs ne participent pas à la nouvelle régulation et ne sont pas les principaux intéressés de celle-ci. Selon les idées libérales qui portent largement la réforme, une concurrence bien

régulée entre plusieurs opérateurs est aussi pour les usagers la meilleure garantie de leurs droits et intérêts¹³⁶.

Or, les dispositions des lois et décrets de la régulation ont de plus en plus pour objectif la protection directe des usagers. Ces dispositions ouvrent la voie à une protection par les tribunaux, civils ou administratifs :

a) Si un fournisseur de *télécommunication* se révèle coupable d'une violation des règles destinées à protéger l'utilisateur, par exemple un droit fixé par décret du gouvernement selon le § 41 TKG (Kundenschutzverordnung), l'utilisateur peut selon le § 40 TKG invoquer qu'une disposition de droit destinée à sa protection (Schutzgesetz) dans le sens du § 823 II BGB a été lésée, et porter plainte devant le tribunal civil pour obtenir des dommages-intérêts et l'injonction imposant de ne pas réitérer le manquement¹³⁷. La nouvelle TKG 2004 accorde à peu près les mêmes droits à toute personne "affectée" par une contravention à la TKG, un règlement ou un acte individuel basé sur cette loi, §§ 44, 45 TKG 2004). On pourrait peut-être en tirer la conclusion que ces actes sont normalement destinés à protéger les usagers.

Si l'autorité de régulation est responsable d'une décision incompatible avec un droit subjectif, l'utilisateur lésé peut porter plainte pour voir corrigée la décision devant le tribunal administratif et pour obtenir des dommages-intérêts (Staatshaftungsklage) devant le tribunal civil.

b) Pour la Poste, le § 38 PostG donne à l'utilisateur les mêmes droits que le § 40 TKG de 1996.

c) En ce qui concerne la fourniture de l'électricité, le § 11 EnWG de 1998 autorise le Ministre de l'économie à préciser les droits des clients et des fournisseurs, en considérant les intérêts des deux parties et en particulier l'intérêt du client à obtenir l'électricité à un prix modique. Cette réglementation ne peut ni être directement attaquée par le client ni indirectement soumise à un contrôle effectif juridictionnel vu la marge de discrétion du Ministre.

d) Des dispositions semblables ont été introduites pour les chemins de fer (§ 12 AEG) et les entreprises de transport de proximité des personnes (§§ 39, 45 II PBefG).

6. *La protection quasi-juridictionnelle*

Le législateur n'a pas fermé les yeux sur le fait que la protection juridictionnelle est théoriquement assez bonne mais plutôt lente, trop formelle, onéreuse et peu apte à faire valoir le know-how économique et technique. Il a, pour ces raisons, prévu des processus moins formels pour arriver plus rapidement et plus simplement à une solution acceptable.

Le décret pour la protection des clients de la télécommunication doit, par ex., offrir des processus extra-juridictionnels pour mettre un terme aux controverses (§ 45 III no 8 TKG 2004)¹³⁸

De même, le règlement des services de la Poste (§ 10 PDLV) décrète que le client pourra s'adresser à l'autorité de régulation pour qu'elle enclanche un processus de médiation. L'autorité assure que les cas seront réglés rapidement et à l'amiable à des conditions adéquates.

¹³⁶ Voir supra III 2.

¹³⁷ Voir Büchner et al. (éd.), Telekommunikationsgesetz, Commentaire, 2ème éd. 2002, § 40 note marg. 4.

¹³⁸ Voir Scherer, K&R 2002 p. 24 ss.

VI. Conclusions

1. Le passage de l'Etat prestataire de services à l'Etat les *garantissant* seulement a en Allemagne fait naître la « régulation » en tant qu'instrument de cette garantie. Celle-ci, appliquée par une autorité semi-indépendante, est un moyen souple pour établir et protéger un *marché* de prestations concurrentielles, tout en conservant les intérêts publics essentiels jusqu'alors assurés par des prestations de l'Etat, sous forme de « service public » (Daseinsvorsorge) monopolisé.

2. Parmi ces intérêts publics à conserver se trouve le maintien d'un service de base à des conditions adéquates et abordables pour tous. Ce service de base est maintenant imposé en tant qu'obligation sociale, souvent sous le nom de « service universel ». La régulation doit trouver les moyens de le financer quand elle occasionne des charges incompatibles avec la libéralisation du marché. Il existe plusieurs possibilités :

a) Premièrement, il est possible que le marché soit organisé de façon à laisser s'établir les prix et le profit à un niveau bas ce qui ne permet pas de financer un service adéquat et abordable pour tous, c'est-à-dire un service social de base. Dans ce cas le service doit être financé de *l'extérieur*, par des subventions. Les services de transport urbain en sont un exemple.

b) Deuxièmement, la régulation tolère ou même soutient que l'opérateur dominant le marché, souvent l'ancien détenteur du monopole, puisse demander un prix qui permette de financer le service social de base. Dans ce cas, la loi peut l'y obliger. L'électricité en fournit un exemple.

c) Troisièmement, il se peut que la régulation permette à la majorité des opérateurs de faire un bénéfice qui contribue à financer un *fonds pour assurer le service social de base*. C'est le cas de la télécommunication.

3. La transition ne se fait pas uniformément dans les différents secteurs concernés. Plus ou moins toléré par la politique des petits pas de l'UE, la progression est difficile et lente dans plusieurs secteurs comme celui de l'électricité, la poste, les chemins de fer et le transport régional et local. D'autres secteurs comme celui de la télécommunication offrent une image plus proche de l'idéal.

VII. Perspectives

Dans la télécommunication, le processus tend sur le moyen terme à instaurer un marché européen et mondial, en partie sous l'impulsion nationale, mais plus encore sous l'influence des nouvelles directives de l'UE. Loin derrière, la poste se libère lentement de son carcan traditionnel de monopole étatique, et la fourniture de l'électricité est dans l'expectative de la transposition en droit national des nouvelles directives concernant la concurrence imposée graduellement par l'UE. Le transport n'est touché que très partiellement par la concurrence imposée par la Constitution et les directives de l'UE. Pour la radiotélévision et les autres médias électroniques, une autorité de régulation capable d'établir une concurrence équitable entre les deux secteurs, le public et le privé, fait toujours défaut.

Des instruments de régulation sont disponibles pour réaliser véritablement la transition des prestations étatiques aux garanties étatiques. La réforme stagne là où ces instruments n'ont pas encore été courageusement envisagés.

LE DROIT DE LA RÉGULATION, LES SERVICES PUBLICS ET L'INTÉGRATION RÉGIONALE LE CAS DE LA BELGIQUE

Francis DELPÉRÉE

Correspondant de l'Académie royale de Belgique et de l'Institut de France
Professeur à l'Université catholique de Louvain

Au XXe siècle, l'État¹³⁹ — l'État belge comme les autres États européens¹⁴⁰ — ne s'est pas désintéressé de la santé économique du pays.

Renonçant à l'attitude abstentionniste qu'il avait adoptée à l'époque libérale, il s'est attaché à stimuler l'activité des entreprises privées par un ensemble d'aides ou d'incitants. Il a conçu les règles de police de l'activité économique. Il s'est préoccupé de définir les normes de protection sociale qui devaient être observées lorsque les entreprises du secteur se restructuraient, se délocalisaient, voire cessaient définitivement leurs activités.

Seul ou avec d'autres, il n'a pas hésité non plus à créer des services publics à caractère économique. Il s'est efforcé d'en définir les modes d'organisation, de gestion et de contrôle.

Dans la mesure où ces services répondaient à des besoins collectifs ou, à tout le moins, à des finalités d'intérêt général — comme dit aujourd'hui le droit communautaire —, il a privilégié la constitution de monopoles — dans des secteurs importants, tels les postes¹⁴¹, les chemins de fer¹⁴² ou la radiodiffusion¹⁴³ —.

Il en a assumé lui-même la direction. Ou il a constitué des personnes distinctes de lui — notamment des régies, telle la Régie des téléphones et des télégraphes, ou des établissements publics, telle la Radiotélévision belge d'expression française — pour prendre en charge ces services. Dans le même moment, il s'est réservé, sous des modalités diverses, les prérogatives de haute direction, et

¹³⁹ La notion d'État renvoie ici tant à la collectivité étatique, au sens strict de l'expression, qu'à l'ensemble des collectivités politiques qui s'inscrivent en son sein. Dans une société politique construite sur le modèle fédéral, en particulier, l'expression peut désigner tant l'État fédéral que les collectivités fédérées — en Belgique, il s'agit des communautés et des régions —. La notion d'État renvoie également à l'ensemble des pouvoirs publics qui concourent à l'organisation de cet État. Mais, dans une société politique qui repose sur la séparation des pouvoirs et des fonctions, il s'impose de distinguer clairement les responsabilités qui reviennent à chacune de ces autorités. Sur ce double terrain, les études de droit public doivent se montrer plus précises que celles qui sont pratiquées dans d'autres disciplines.

¹⁴⁰ N. THIRION, « La régulation des services publics : les enseignements du droit comparé », *Chroniques de droit public*, 2002, p. 534. L'auteur souligne les profondes mutations que connaît l'interventionnisme direct des pouvoirs publics dans l'économie et ce dans les États membres de l'Union européenne. Il relève, cependant, que l'observation ne vaut que pour les services publics qui, « par leur importance qualitative et quantitative, revêtent une dimension nationale » (p. 535).

¹⁴¹ La Constitution belge précise, dans son article 29, alinéa 2, que « la loi détermine quels sont les agents responsables de la violation du secret des lettres confiées à la poste ». Elle considère implicitement qu'il s'agit là d'une tâche qui incombe de plein droit aux pouvoirs publics. Dans son arrêt du 27 février 1997, le Tribunal de première instance de Luxembourg souligne que le service public du courrier consiste dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier au profit de tous les usagers sur l'ensemble du territoire d'un État membre, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaire, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque situation individuelle. L'installation de services dits de substitution (télécopie, courriel...) affecte, cependant, de manière considérable l'accomplissement de cette tâche de service public. Adde : F. DEHOUSSE, « L'ouverture du marché postal. Réglementation européenne et application en Belgique », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 1749-1750.

¹⁴² F. DEHOUSSE et F. GADISSEUR, « La libéralisation du secteur ferroviaire et ses conséquences en Belgique », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2002, n° 1771-1772 ; G. BLOCK, « la libéralisation du transport ferroviaire en Belgique », in *L'Europe des transports. Régulation, dérégulation, impact du passage à l'euro*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 144.

¹⁴³ À la différence des postes, les deux secteurs d'activité mentionnés ne sont pas envisagés par le texte d'une Constitution dont la version originelle remonte à 1831. Tout au plus est-il précisé, à l'article 66, alinéa 2, que « les membres de la Chambre des représentants ont droit au libre parcours sur toutes les voies de communication exploitées ou concédées par les pouvoirs publics ».

notamment le contrôle administratif et financier à l'encontre de services publics qui étaient organisés sous le régime de la décentralisation.

A l'aube du XXI^e siècle, l'État est amené à réexaminer, de fond en comble, la manière dont il peut participer à la vie économique du pays. Il est enclin à envisager son concours dans un autre contexte et dans d'autres perspectives.

Le contexte ? Les difficultés financières que rencontrent certains secteurs de l'économie publique ou de l'économie mixte, par exemple dans le domaine des transports — aérien ou ferroviaire —, peuvent inciter l'État à se désengager de la direction ou de la gestion de ces entreprises pour ne pas compromettre la réalisation d'autres fonctions qu'il juge essentielles, par exemple dans le domaine social et éducatif.

Les perspectives ? Telle qu'elle se réalise au niveau européen, l'intégration régionale oblige également l'État à se dessaisir, en tout ou en partie, d'un ensemble de tâches qu'il assumait d'ancienneté. À vrai dire, elle ne lui laisse pas le choix. S'il entend poursuivre des activités dans le domaine économique, il doit, lui ou ses services, accepter sur ce terrain la concurrence d'entreprises privées.

Voici l'État contraint de revoir ses méthodes. Et, plus fondamentalement, de faire choix d'une autre politique. Le traité de la Communauté européenne lui reconnaît, certes, le droit de définir et d'organiser des services d'intérêt général et de soumettre, le cas échéant, des entreprises à des obligations spécifiques de service public. Mais il lui impose également de tenir compte d'autres objectifs¹⁴⁴, telles la concurrence, l'efficacité économique, la protection des consommateurs et la cohésion sociale et territoriale¹⁴⁵.

Pour concilier le respect de ces diverses finalités, l'État se donne pour tâche nouvelle d'assurer ce qu'il est convenu d'appeler la « régulation » de secteurs-clés de la vie économique et sociale¹⁴⁶.

Un double phénomène apparaît ainsi.

D'une part, et contrairement à une idée reçue, la régulation ne réduit pas l'intervention de l'État. Au contraire, elle l'accroît. En tout cas, *ratione personae*. Elle a trait à l'activité économique de plus de destinataires qu'autrefois. Elle concerne désormais tant les opérateurs du public que ceux du privé. C'est l'ensemble d'un secteur économique, et pas seulement l'un de ses segments ou l'une de ses entreprises, qui se trouve affecté par l'intervention des pouvoirs publics.

D'autre part, la régulation modifie les modes d'intervention de l'État. Celui-ci ne saurait utiliser les procédés d'administration qu'il utilisait naguère. Il doit modifier les règles relatives aux

¹⁴⁴ Traité CE consolidé, Préambule : « L'élimination des obstacles existants appelle une action concertée en vue de garantir la stabilité dans l'expansion, l'équilibre dans les échanges et la *loyauté dans la concurrence* » ; article 3. 1, k : « ...l'action de la Communauté comporte le renforcement de la cohésion économique et sociale » ; article 16 : « ...eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base des principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions » ; article 73 : « Sont compatibles avec le présent traité les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public » ; article 86. 2 : « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général... sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en fait ou en droit de la dimension particulière qui leur a été impartie... ».

¹⁴⁵ Communication de la Commission, « Services d'intérêt général en Europe, COM (2000) 580.

¹⁴⁶ « Comment combiner la forte dimension d'intérêts collectifs qui s'attachent encore, selon les conceptions dominantes, aux activités de service public et les critères de rentabilité et d'efficacité que met en exergue le régime de la propriété privée et de l'économie de marché concurrentiel ? » (N. THIRION, *op. cit.*, p. 535). Comme le relève J. FOURNIER (« Préface » de A. LAGET – ANNAMAYER, *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunication et électricité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2002, p. VII), « réguler » est synonyme de « maîtriser ». Mais, « dans cette acception, le concept de régulation n'a pas de portée juridique propre. Il caractérise une attention, un objectif mais ne commande ni les formes d'action utilisées ni le régime qui leur est applicable ».

services publics — qui subsistent, au moins pour partie mais qui sont désormais confrontés aux exigences de la concurrence —. Il doit aussi forger de nouvelles règles qui commanderont l'action des entreprises privées — et il ne saurait évidemment utiliser à l'égard de celles-ci les moyens d'action qui étaient les siens à l'encontre des services publics d'antan —. Il lui revient d'innover sur le terrain des méthodes.

A l'échelle européenne, les tâches importent plus que les structures. La question n'est pas de savoir « qui fait quoi ? ». Elle est de savoir « que faire ? ». Services publics et entreprises privées sont censés accomplir des tâches identiques. Ils sont, d'une certaine manière, placés par l'Europe et par l'État sur pied d'égalité, et même de concurrence. Ils sont assujettis à des normes et à des contraintes comparables. Même si, tant d'un point de vue organisationnel que financier, l'État ne saurait se décharger des obligations spécifiques qu'il a consenties à l'égard de ses propres services.

Cette profonde mutation — qui marque tant l'Europe que l'État, sans oublier celle qui affecte l'économie à l'échelle internationale — ne peut qu'interpeller ceux qui pratiquent le droit public. La notion de régulation s'est progressivement introduite dans le vocabulaire législatif et administratif. Ceci ne signifie pas qu'elle ait fait l'objet, en Belgique, d'élucidations doctrinales.

Une question essentielle ne peut manquer d'être soulevée. La régulation présente-t-elle une signification et une portée juridique précise ¹⁴⁷? Impose-t-elle des règles de conduite et ouvre-t-elle à des formes de contrôle, sinon de répression ? Ou se contente-t-elle de décrire, en termes généraux, un phénomène original de gestion des affaires publiques (I) ? Règle de droit ou technique de gestion ?

Une autre question ne peut être perdue de vue. Quelle signification, la régulation peut-elle recevoir dans des secteurs déterminés d'activités ? L'on s'interroge, en particulier, sur les domaines de l'énergie — l'eau, le gaz et l'électricité —, de l'audiovisuel et des télécommunications.

Des logiques sont propres à chacun de ces secteurs ou de ces sous-secteurs — tous importants, tant au regard des impératifs de qualité de la gestion locale que des exigences de l'intérêt national ou régional —. Induisent-elles des comportements différents de l'autorité publique aux divers niveaux de pouvoir ? Se traduisent-elles dans des règles ou des procédures différentes ? Ou sont-elles gommées par des techniques uniformes de régulation (II) ? Règles particulières ou règles identiques ?

Au départ de ces premières analyses, des règles régulatrices, s'il est permis d'utiliser cette expression tautologique, peuvent être dégagées (III). Elles trouvent place progressivement dans l'ordre européen et dans l'ordre interne. Soit dans les directives communautaires et dans les dispositifs législatifs et réglementaires qui en assurent la transposition. Elles composent ce que d'aucuns n'hésitent pas à appeler un « droit de la régulation ».

Ce faisant, ces règles s'inscrivent-elles dans le registre du *soft law* ? Ou contiennent-elles suffisamment de prescriptions à l'intention des pouvoirs publics, des opérateurs économiques ou encore des citoyens consommateurs pour relever des règles du droit positif et y bénéficier d'une protection adéquate ? Droit dur ou droit mou ?

La question des instances de régulation ne peut, sans doute, être omise. Quelle autorité, au singulier ou au pluriel, est constituée à cet effet ? Quelles missions lui sont assignées ? Quelle place la régulation occupe-t-elle désormais parmi les fonctions étatiques ? Comment s'articule-t-elle avec les fonctions qui reviennent traditionnellement aux différents pouvoirs dans l'État ? S'agit-il de légiférer, de gouverner, d'administrer, de réglementer, de contrôler, de juger ? Ou le tout à la fois, mais selon quelle logique et selon quelle règle de répartition ? La régulation emporte-t-elle une conception, sinon

¹⁴⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D*, 2001, p. 610. Il y a plus. « L'anarchie sémantique qui règne dans l'utilisation par les juristes du terme 'régulation' a été longuement décrite et expliquée qu'une abondante littérature soit consacrée à cette dimension conceptuelle » (D. DE ROY et R. QUEECK, « De la téléphonie vocale aux offres publiques d'acquisition. Vers un 'droit de la régulation' ? » *Journal des tribunaux*, 2003, p. 554).

une philosophie particulière de l'État et de ses modes d'intervention ? Ou n'est-elle qu'une technique administrative ? Règle de droit public ou de science administrative (IV) ?

Quelles sont les fonctions de la régulation (V) ? Elles se déclinent en tenant compte de la protection qui doit être assurée au citoyen-consommateur, à l'entreprise publique, à l'entreprise privée et, pourquoi pas ? à l'instance de régulation. Avec cette question récurrente. Comment concilier compétition, concurrence, transparence, ouverture du marché — tous principes introduits par le droit communautaire — avec le respect des obligations de service public dans des secteurs où l'intérêt de la collectivité est en cause — autres principes inscrits tant dans le droit national que dans le droit communautaire — ? Comment, en particulier, offrir un service identique à l'ensemble des usagers ? Y a-t-il place, dans un ensemble concurrentiel, pour la prise en compte d'exigences publiques ?

La régulation n'est pas une technique innocente. Elle peut être bien ou mal utilisée. Des vérifications s'imposent. Comment s'organise le contentieux de la régulation (VI) ? A supposer que les impératifs de régulation soient transposables en termes de règles juridiques, quels sont les mécanismes juridictionnels ou parajuridictionnels qui sont mis en place pour assurer le respect de ses dispositions ? Quelles sanctions sont prescrites ? Quels contrôles affectent ces vérifications ? Quelle est, en dernière instance, l'évaluation politique qui est faite du processus de régulation ? Celle-ci n'est-elle qu'une mode ou est-elle destinée à marquer de manière décisive le droit public et administratif ?

CHAPITRE I. – LA NOTION DE RÉGULATION.

Le terme de régulation est couramment utilisé, pour ne pas écrire : galvaudé. Il n'a pas fait, cependant, l'objet d'une discussion conceptuelle approfondie dans les milieux juridiques belges, moins encore dans les assemblées parlementaires, dans les milieux gouvernementaux ou dans les cercles administratifs¹⁴⁸.

Le terme mérite d'être précisé¹⁴⁹. Tant il est vrai que, si la notion de régulation doit recevoir une ampleur comparable à celle qu'elle reçoit dans d'autres États, elle soulève des problèmes essentiels quant à la conception et à l'aménagement du droit constitutionnel et du droit administratif d'aujourd'hui. Derrière elle, se profilent, en effet, la problématique de l'instauration d'un nouvel équilibre entre les pouvoirs publics et celle d'une nouvelle distribution des fonctions qu'ils remplissent. C'est la conception même de l'articulation des pouvoirs au sein de l'État qui est en cause.

1.— La non-discussion.

Comment expliquer le silence persistant du droit belge à ce sujet ? L'explication est double. Elle est à la fois économique et politique.

La première explication est d'ordre économique. En Belgique, le terme de régulation et son pendant, celui de dérégulation, ont été empruntés sans précision méthodologique à la science économique.

Dans un *Glossaire de la nouvelle économie* que publie la Fédération belge des patrons de la métallurgie, il est fait référence, par exemple, à de telles expressions. Il est rappelé notamment que,

¹⁴⁸ Voy. néanmoins X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, « La régulation en droit public », in *Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, 1999, p. 35.

¹⁴⁹ La régulation est mise à toutes les sauces. Elle peut affecter le marché financier, l'emploi, la démographie ou, plus globalement encore, la situation d'un pays. Voy., par exemple, Ph. DE VILLÉ, « Heurs et malheurs de la régulation en Belgique : 1980-2000 », *Bulletin de l'ITRES*, 2000, n° 226. Pour cet auteur — qui est économiste —, la logique de régulation doit concilier les exigences nées d'évolutions irréversibles au plan technologique et d'organisation économique avec celles du développement durable, soucieux de maintenir des mécanismes forts de solidarité sociale et de justice, tant au plan national qu'international. La régulation apparaît alors comme un défi, celui qui se présente aux économistes de la prochaine décennie. Et il sera permis d'ajouter : ainsi qu'aux dirigeants politiques des États concernés.

depuis 1988, la libéralisation du marché des télécommunications au sein de l'Union européenne s'est traduite par une percée des technologies de l'information et de la communication. Il est précisé que, dans les États où le secteur des télécommunications a été « dérégulé », les coûts ont chuté et les tarifs en vigueur ont été abaissés ; ils sont nettement inférieurs à ceux qui sont en vigueur dans les autres États.

Dans cette perspective économique, l'efficacité et la rentabilité sont présentées comme des conséquences inéluctables, et quasi naturelles de l'opération de dérégulation. A contrario, la régulation — à moins que ce ne soit la réglementation — peut apparaître comme un vecteur de l'inefficacité au sein des entreprises, comme un élément perturbateur dans une société dominée par les lois du marché et comme l'explication des surcoûts qui seront inévitablement répercutés sur les usagers qui sont aussi des consommateurs.

Comment, dans ce contexte, plaider la cause de la régulation ? Pourquoi s'attacher à définir et à défendre ce qui équivalait à une forme dépassée de dirigisme économique ?

La deuxième explication est d'ordre plus politique. En Belgique, la question de la régulation et celle de la dérégulation n'ont jamais été envisagées dans le cadre d'une discussion de caractère idéologique. On peut regretter cette façon de faire ou se réjouir de cette forme d'empirisme. Mais c'est un fait.

Cette attitude s'inscrit dans l'histoire politique, économique et sociale du pays. La Belgique est habituée aux compromis politiques, y compris dans le domaine de la gestion de ses administrations et dans celui de la conduite de l'économie.

La Belgique ne dispose pas d'une « Constitution économique »¹⁵⁰. Les textes constitutionnels sont particulièrement discrets en ce domaine. Même la liberté du commerce et de l'industrie ne fait l'objet que d'une apparition furtive dans la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 — aux fins de préserver une compétence fédérale dans un domaine économique qui est, en principe, de compétence régionale —.

La Belgique n'a pas fait de nationalisations après la seconde guerre mondiale. Elle n'a pas non plus privatisé dans les années soixante. Elle n'a pas livré une nouvelle bataille des nationalisations dans les années quatre-vingt. Pour être contrainte aujourd'hui, sous la pression européenne de privatiser à nouveau. Elle s'est toujours maintenue sur un chemin de crête ou, si l'on préfère, sur une ligne d'entre-deux¹⁵¹.

Quelques exemples illustrent le raisonnement.

L'État belge a toujours préconisé l'engagement du secteur public dans des domaines importants de l'activité économique — la sidérurgie, l'énergie, les communications... —. Mais, le plus souvent, l'État n'a pas agi seul. Il est intervenu en même temps que d'autres pouvoirs publics, notamment les collectivités locales. Il a créé des institutions publiques spécialisées. Il a aussi agi en concertation avec le secteur privé.

L'État belge a privilégié, par exemple, dans le domaine des transports, l'exercice de tâches de service public, en l'occurrence le transport des personnes et des marchandises, mais il n'a pas fait obstacle à l'exercice par des établissements publics investis de ces tâches de service public de tâches

¹⁵⁰ H. RABAULT, « La Constitution économique de la France », *R.F.D.C.*, 2000, p. 707, cité par Dimitri YERNAUX, « Constitution, privatisations et pouvoirs spéciaux : un débat oublié », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2001, n° 1729-1730, p. 6.

¹⁵¹ Sur l'absence d'encadrement juridique spécifique des privatisations, voy. D. YERNAUX, *op. cit.*, p. 5 : « La réorganisation du secteur public et, en particulier, les privatisations programmées depuis 1987, effectivement entamées en 1993, poursuivies jusqu'en 2001, ont rarement donné lieu à d'importants débats parlementaires ou à des campagnes de presse acharnées ». Adde : F. DELPÉRÉE, « Les privatisations en Belgique », *Annuaire européen d'administration publique*, 1988, p. 22.

accessoires, par exemple, le tourisme, la restauration ou l'hôtellerie, qui étaient poursuivies sous un régime de libre pratique.

L'État belge a organisé, de manière systématique, la concurrence entre le secteur public et le secteur privé dans des secteurs non-marchands, tels l'enseignement ou l'audiovisuel. Au besoin, il a instauré un « bipole ». Il s'est imposé de traiter de manière comparable ces deux types d'institutions, l'une comme un service public organique, l'autre comme un service public fonctionnel, pour utiliser la terminologie du juge constitutionnel. La Constitution accrédite cette façon de raisonner, de travailler et de financer.

L'État belge a constitué des entreprises économiques qui ont fait appel, dans des mesures variables, aux moyens publics mais qui n'ont pas refusé non plus des capitaux privés. La préoccupation financière, plus encore que la motivation politique, a été omniprésente dans la Belgique de la fin du XXe siècle. L'objectif premier était de combattre un déficit récurrent des finances publiques. Le moyen le plus simple était de vendre des parts existantes et d'attirer des capitaux nouveaux. L'opération ne s'est pas toujours réalisée sans mal, notamment sur le plan social.

Ces données qui sont celles d'une économie mixte sont présentes dans la société belge. Une conséquence importante en résulte. De nouvelles méthodes de gestion publique se sont imposées progressivement, sans tapage. Elles sont apparues comme le produit d'une évolution des modes de gestion de l'État, et non comme une phase de la disparition de l'État. Un peu plus d'État, ou un peu moins d'État, ou encore un peu mieux d'État, selon les formules consacrées. Ce sont là des variations sur un même registre et non pas une révolution institutionnelle.

2. — Éléments de discussion.

L'absence de discussion théorique sur le concept de régulation n'est plus de mise. Il est temps de prendre conscience de l'évolution profonde, pour ne pas parler de la métamorphose, des modes d'intervention de l'État dans les secteurs économiques sensibles.

La gestion des services publics économiques s'est fondée traditionnellement sur trois techniques différentes : la législation particulière, la décision unilatérale et le contrôle de tutelle.

La législation particulière revenait à établir le statut *ad hoc* d'une institution publique. Cette dernière était investie d'une tâche de service public. Elle se la voyait normalement confiée en monopole. Un statut spécifique de nature législative était conçu à son intention¹⁵². Le service public n'était pas seulement de l'ordre des tâches. Il relevait aussi de l'ordre des institutions. Mais le statut particulier qui était établi à cette occasion tenait compte tout à la fois des tâches à remplir, des besoins sociaux à couvrir et des possibilités de financement du service. L'histoire, souvent ancienne, de l'institution commandait aussi, pour une large part, le régime juridique qui était composé à son intention.

L'action unilatérale était le mode normal d'intervention de l'institution. Celle-ci agissait à l'instar d'un département ministériel. Tant vis-à-vis de ses agents que des usagers, ou dans la gestion de ses services, l'institution était considérée comme une personne morale de droit public. En conséquence, elle était amenée à concevoir ses interventions en termes d'actes décisifs qui avaient en commun de créer des effets de droit, de par la seule volonté de l'autorité qualifiée pour les faire, et sans solliciter le consentement des personnes intéressées. Si nécessaire, le juge administratif était habilité à vérifier la légalité des actes accomplis par ces autorités administratives (lois coordonnées sur le Conseil d'État, article 14).

¹⁵² Dans un avis du 4 décembre 1996 sur un projet d'arrêté royal modifiant, en ce qui concerne la Caisse nationale du crédit professionnel, la loi du 17 juin 1991 portant organisation du secteur public de crédit, le Conseil d'État relève que « les compétences, l'organisation et le fonctionnement des organismes d'intérêt public ne sont pas régis par une législation uniforme ou générale. Chacun d'eux est issu d'une loi particulière qui lui a attribué une personnalité juridique propre et en a défini les règles particulières d'organisation » (cité par D. YERNAUX, *op. cit.*, p. 9).

Les rapports entre l'État et l'institution se concevaient, pour leur part, tantôt sous le régime de l'autorité hiérarchique, tantôt sous celui de la tutelle. Ils se caractérisaient pour l'essentiel, par des contrôles à posteriori sur les actes de l'institution décentralisée. Ces vérifications se justifiaient, dans les termes de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public, par le souci de maintenir la légalité mais aussi de préserver des impératifs d'intérêt général, en particulier la rentabilité du service.

Ces traits du droit classique des services publics ont tendance aujourd'hui à s'estomper. Ils s'effacent pour une large part. L'on pressent qu'un autre droit est appelé à prendre sa place et qu'il cherche à encadrer d'une autre manière l'activité des services économiques et sociaux, dans le contexte d'une économie de marché. Il repose, pour sa part, sur trois autres techniques : la législation d'ensemble, la contractualisation et la diversification des contrôles.

En sa qualité d'autorité régulatrice, l'État intervient en premier. Il établit l'ensemble des règles législatives ou réglementaires qui commandent l'action économique des pouvoirs publics et des entreprises privées dans un même secteur d'activités. Pour ce faire, il peut recourir à différents procédés. Il établit un tronc de règles communes aux entreprises du secteur aux fins, par exemple, d'assurer le contrôle des prix pratiqués. Ou il rédige des corps de règles distinctes en tenant compte de la nature particulière des divers opérateurs économiques¹⁵³. Quelle que soit la technique utilisée, il s'inscrit dans une préoccupation précise. L'État régulateur entend instaurer les règles de coexistence, de concurrence et, pourquoi pas, dans certains cas, de collaboration entre les divers acteurs économiques.

En sa qualité d'autorité contractante, l'État joue également un rôle essentiel dans le domaine de l'administration économique — qu'il s'agisse de participer à l'activité commerciale, d'aménager le territoire ou de promouvoir l'exécution de plans de sécurité —. Abandonnant une partie des prérogatives de l'imperium, il négocie avec les services publics ou les entreprises privées les conditions de l'accomplissement d'un certain nombre de tâches d'intérêt général. A cette occasion, il peut notamment rappeler à ses partenaires la nécessité de remplir des obligations spécifiques de service public. En contrepartie, il détermine, au cours d'une procédure négociée, ses propres responsabilités, notamment sur le plan du soutien financier de l'entreprise.

En sa qualité d'autorité de contrôle, l'État peut se manifester sous différentes facettes. En amont, il peut vérifier si son partenaire remplit les conditions de pertinence, de fiabilité et de viabilité pour être reconnu comme interlocuteur valable. En aval, il peut vérifier si celui-ci remplit les obligations qui lui incombent tant en vertu de la loi qu'en vertu du contrat qui l'engage. Il peut encore porter à la connaissance des instances de régulation, des juridictions spécialisées, des tribunaux, voire devant plusieurs de ces instances¹⁵⁴, les litiges que la mise en œuvre des fonctions de service public a pu susciter. Lui-même peut, il est vrai, être également contesté s'il ne remplit pas les engagements qui sont les siens, voire les contrôles dont il a la charge.

La régulation, au sens large de l'expression, s'entend de la conjonction plus ou moins complète de ces trois techniques. Elle apparaît alors comme un « système » de normes, d'institutions, de procédures et de contrôles qui concourent à la réalisation de mêmes objectifs : organiser, limiter et contrôler la concurrence dans un secteur économique déterminé ; y assurer l'équilibre entre des

¹⁵³ La loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques développe la théorie fonctionnelle du service public en séparant, au sein des activités de ces entreprises les missions de service public et les autres activités (D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, 1990, n° 19 ; Ph. QUERTAINMONT, « Les objectifs de la loi du 21 mars 1991 : du desserrement de l'entreprise étatique à l'émergence de nouveaux critères de gestion des entreprises publiques », in *Les entreprises publiques autonomes*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 65 ; F. MODERNE, « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public » in *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, p. 60 ; J. ZILLER, « Absence et présences de la notion de service public dans les États membres du Bénélux » in *L'idée de service public...*, cité, p. 202).

¹⁵⁴ L'on ne perdra pas de vue non plus les contrôles qui peuvent être exercés par des juridictions internationales, telle la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice des Communautés européennes.

opérateurs dont les activités sont susceptibles d'entrer en conflit ; préserver le bon fonctionnement du secteur d'activités concerné.¹⁵⁵

Ce faisant, la régulation cherche à structurer le marché par des dispositifs qui s'adressent de manière indifférenciée aux acteurs économiques. Elle ne prétend pas réguler « les comportements et les choix » des entreprises publiques, encore moins celui des entreprises privées. Ces choix leur appartiennent. La régulation n'entend pas ordonner mais coordonner.

Elle se donne, pour objectif d'établir un cadre tout à la fois politique et technique qui assure aux acteurs économiques un traitement égal. Concrètement, le système mis en place doit faire en sorte que les diverses entreprises soient en mesure d'obtenir « les mêmes droits d'exploitation ». Et qu'elles puissent aussi accéder, dans de mêmes conditions, aux « infrastructures » existantes¹⁵⁶. En ce sens, la régulation repose sur l'idée d'une égalité parfaite entre les divers acteurs économiques.

Pour utiliser une formule qui n'a pas de signification juridique mais qui tend à faire comprendre l'originalité du phénomène que l'on cherche à décrire, la régulation se donne comme fonction de créer « le cadre » dans lequel des activités économiques d'intérêt général vont se développer et de vérifier la manière dont les acteurs économiques en respectent les limites.

CHAPITRE II – LA RÉGULATION DE CINQ SECTEURS ÉCONOMIQUES

Les secteurs économiques qui, en Belgique, font l'objet de règles, de mesures et de contrôles réglementaires présentent quelques points communs¹⁵⁷. Ils offrent aussi des différences qui rendent aléatoire la recherche d'un régime uniforme.

Les ressemblances peuvent se situer sur trois plans¹⁵⁸.

Il est, d'abord, des secteurs économiques dans lesquels un « opérateur historique » — selon la terminologie usuelle — a occupé, durant de longues années, une place monopolistique — c'est, par exemple, le cas dans le domaine des télécommunications —. Les mesures de libéralisation qui sont intervenues au niveau communautaire commandent d'instaurer dans ce secteur la concurrence. Encore convient-il de « réguler » le passage de l'un à l'autre système et d'instaurer notamment des régimes transitoires. Une « régulation de transition » peut s'imposer dans l'entre-deux¹⁵⁹.

Il est, ensuite, des secteurs économiques dans lesquels la rareté des biens, des produits ou des moyens et, par conséquent, leur coût paraît évidente. C'est, par exemple, le cas dans le domaine de l'audiovisuel où le nombre des fréquences disponibles n'est pas illimité et où le coût des infrastructures est important. Les mesures de libéralisation qui sont intervenues au niveau communautaire commandent de faire un tri entre les opérateurs éventuels — les anciens et les

¹⁵⁵ Comp. D. DE ROY et R. QUECK, *op. cit.*, p. 555.

¹⁵⁶ CEEP et CIRIEC, *Les services d'intérêt économique général en Europe. Régulation, financement, évaluation, bonnes pratiques*, Bruxelles, 2000, p. 22.

¹⁵⁷ Comme le souligne Aurore LAGET-ANNAMAYER (*op. cit.*, p. 11), un certain nombre de secteurs économiques font l'objet d'un service en réseau. Le réseau repose sur une infrastructure de base étendue et lourde. Il permet « d'acheminer, à partir d'un faible nombre de sources de production, l'électricité, le gaz ou l'eau vers le consommateur final (réseau dit de diffusion) ou de fournir un service de transport ou de téléphonie (réseau point à point) » (*ibidem*). Cette infrastructure à laquelle sont connectés de nombreux utilisateurs présente le plus souvent un caractère essentiel pour la population.

¹⁵⁸ L'on suit ici l'analyse de D. DE ROY et de R. QUECK (*op. cit.*, p. 556) mais en donnant peut-être aux points de convergence une importance relative différente.

¹⁵⁹ Dans le même sens, N. THIRION, *op. cit.*, p. 536 : « Entre l'époque où régnait le monopole et celle où la concurrence effective est censée lui succéder, s'intercale une période floue et ambiguë pendant laquelle l'opérateur historique continue de dominer le marché et les principaux entrants acquièrent progressivement une taille critique suffisante pour concurrencer efficacement cet opérateur ».

nouveaux —. Il faut canaliser, voire limiter, leurs interventions. Une « régulation de sélection » peut se dessiner dans cette perspective¹⁶⁰.

Il est encore des secteurs économiques dans lesquels un « opérateur historique » et monopolistique a montré une attention particulière pour les exigences de service public. C'est, par exemple, le cas pour la distribution d'eau à des consommateurs dispersés sur le territoire national. Il faut éviter que la libéralisation de ce secteur de l'énergie ne compromette la satisfaction d'un besoin d'intérêt général. Comme l'a rappelé la Commission européenne, la régulation peut fournir, dans ce contexte, des « instruments de politique disponibles pour assurer le respect des obligations de service public et la réalisation effective des objectifs d'intérêt public que ces obligations visent à concrétiser »¹⁶¹. Une « régulation de service public » peut, dans ces conditions, se dessiner.

Au-delà de ces ressemblances foncières, des différences peuvent également apparaître. Comme le relèvent le Ceep et le Ciriec dans un rapport sur *Les services d'intérêt économique général en Europe* (novembre 2000), « la manière dont la libéralisation et la privatisation — et donc la régulation — (se sont réalisées) diffèrent fortement d'un secteur à l'autre et d'un pays à l'autre ».

Et les auteurs du rapport d'ajouter : « Nous pensons que ces différences peuvent avant tout s'expliquer par l'histoire, les choix politiques divergents, les différentes situations technologiques et les divers dysfonctionnements du marché »¹⁶². Sans oublier les différences qui tiennent au cadre de vie. La dimension du pays et la présence de ressources naturelles peuvent influencer un ensemble de choix politiques, économiques et techniques.

Les « services » procurés de manière concrète aux particuliers — aux citoyens mais aussi à d'autres entreprises et, pourquoi pas ?, aux pouvoirs publics — dans différents secteurs économiques peuvent aussi varier du tout au tout. Ils expliquent ou justifient qu'il soit recouru à des formes différentes de régulation. Des logiques distinctes peuvent ainsi se développer.

Les évolutions que ces secteurs ont connues et connaissent encore sont contrastées et, parfois même, contradictoires.

1— Cinq secteurs.

L'on a choisi d'étudier, dans un premier moment, le secteur de l'énergie.

C'est pour constater que trois énergies — à savoir l'eau, l'électricité et le gaz — ne sont pas traitées de la même manière par les pouvoirs publics. Le droit de la régulation — qu'il soit d'origine communautaire, nationale ou régionale — ne saurait être identique dans ces trois secteurs.

L'explication tient essentiellement à la nature des énergies envisagées¹⁶³.

L'eau est une richesse naturelle. Il suffit, en quelque sorte, de la puiser, spécialement au sud de la Belgique. L'électricité, elle, doit être produite, notamment dans des centrales mais aussi par le biais d'éoliennes qui, dans un pays balayé par les vents, peuvent trouver place sur le territoire national et

¹⁶⁰ Comme le relève M.-A. FRISON-ROCHE (*op cit.*, p. 611), le droit de la régulation n'a pas seulement pour objet de maintenir en état la concurrence. Elle prétend aussi la construire, la préserver et, pourquoi pas ?, la promouvoir.

¹⁶¹ *Livre vert sur les services d'intérêt général*, COM (2003) 270.

¹⁶² Les cinq secteurs concernés font l'objet de réaménagements importants à raison d'évolutions technologiques considérables, pour la plupart « rapides et imprévisibles » (D. DE ROY et R. QUECK, *op. cit.*, p. 555).

¹⁶³ L'utilisateur peut avoir le sentiment que les différences sont minimes. Il dispose normalement à son domicile de trois formes d'énergies. Il ouvre le robinet d'eau, il tourne l'interrupteur d'électricité, il actionne la vanne de gaz. Les analogies, cependant, sont trompeuses. Les circuits de production, de transport et de distribution de ces énergies sont fondamentalement différents.

même dans la mer territoriale. Le gaz, lui, n'est pas présent, sinon dans des quantités infimes, en Belgique. Il convient donc de s'approvisionner à l'étranger.

Deux autres secteurs méritent l'attention.

Le premier est celui de la radiodiffusion. Il présente plusieurs particularités. Il est, d'abord, du domaine des communautés, et non plus de l'État fédéral. Il faisait naguère l'objet d'un monopole de l'État. La fédéralisation de l'État belge puis l'ouverture à de nouveaux médias, organisés sous forme d'entreprises privées, ont bouleversé les données du problème.

Par ailleurs, les services de radiodiffusion sont dans doute d'intérêt économique général, au sens du traité CE. Mais ils relèvent aussi du secteur non-marchand. Ils ne présentent pas qu'un caractère économique. Ce qui est en cause c'est l'exercice d'une liberté publique. L'utilisation d'un moyen d'expression, notamment à des fins politiques et sociales, est un élément essentiel de fonctionnement de la société démocratique.

Le second secteur est celui des télécommunications. Il requiert pour sa mise en œuvre des technologies et des infrastructures importantes. Celles-ci peuvent se trouver sur le territoire national ou à l'étranger. Le service rendu tend précisément à favoriser les communications à distance, sans tenir compte des frontières entre les États.

Ici aussi, les données techniques ne peuvent pas être seules prises en compte. Plusieurs libertés constitutionnelles sont en cause : la liberté des correspondances, la liberté d'expression — en toute matière et de toute manière, selon l'expression consacrée —, le droit à la vie privée et familiale...

Ces données de droit et de fait dictent des régimes juridiques différents. Elles permettent de découvrir des formes distinctes du droit de la régulation. En fonction des secteurs envisagés, des accents particuliers sont apportés.

Au risque de forcer la réalité, l'on tend à distinguer cinq formes différentes de régulation. Il y a place, en effet, pour une régulation publique dans le domaine de l'eau, pour une régulation contrôlée dans le domaine de l'électricité, pour une régulation concertée dans le secteur du gaz, pour une régulation pluraliste dans le domaine de la radiodiffusion et pour une régulation polyvalente dans le domaine des télécommunications.

2. — L'eau¹⁶⁴. Une régulation publique.

La régulation publique¹⁶⁵, c'est la régulation qui s'appuie sur un ensemble d'institutions publiques, notamment les collectivités locales, et qui s'inscrit dans le domaine de leurs activités de service public. Pour l'essentiel, elle reste imprégnée par les règles classiques du droit des services publics. Le droit communautaire ne fait, en ce domaine, qu'une incursion limitée.

Une forte tradition institutionnelle s'est forgée dans le domaine de l'eau. La loi des 16-24 août 1790, qui est toujours en vigueur en Belgique, impose aux autorités communales de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police. Parmi les activités qui sont assignées aux autorités locales, il y a notamment celles qui s'inscrivent sous le signe de la salubrité (Nouvelle loi communale,

¹⁶⁴ Le terme de régulation est souvent employé au sens premier de l'expression dans le domaine de l'eau. Il s'agit de réguler le cours et le débit de l'eau, celui des canaux d'irrigation, en ce compris dans les polders et les waterings (Constitution, article 177)... C'est de « mécanique des fluides » qu'il est alors question.

¹⁶⁵ L'on dira sans doute que toute régulation est publique. Elle est l'œuvre des autorités publiques. Elle touche à l'exercice d'une mission de service public. Elle utilise les prérogatives de la puissance publique. Par contre, toute régulation ne s'exerce pas à l'encontre de personnes morales qui présenteraient elles-mêmes un caractère public.

article 135, § 2). Le moins que puisse faire la commune, c'est de fournir à ses habitants de l'eau potable¹⁶⁶.

La tradition administrative est donc celle de l'affirmation d'une mission de service public prise en charge par l'autorité publique elle-même. C'est aussi celle d'une activité décentralisée. Chaque commune du Royaume — il y en a 589 — est maîtresse de la distribution d'eau sur son territoire.

Pour remplir cette fonction, la commune peut utiliser ses propres services. Elle peut aussi s'associer avec d'autres communes pour mettre en commun des moyens et des services — c'est la technique de l'intercommunale (Constitution, article 162) —. Elle peut encore utiliser le mécanisme de la concession de service public, en suscitant éventuellement le concours de concessionnaires étrangers — notamment Vivendi et la Lyonnaise des Eaux —.

La distribution d'eau n'est, cependant, pas la seule tâche à remplir dans ce secteur énergétique. Deux activités essentielles s'inscrivent, l'une en amont, l'autre en aval.

En amont, il convient d'assurer la production de l'eau — le captage, le traitement, le transport...—. C'est une activité qui peut parfois être assurée sur place, à la source, avec les moyens du bord. Mais, le plus souvent, c'est une activité qui requiert des moyens techniques et financiers importants. En Région wallonne, il a paru utile de constituer un établissement public pour remplir ces différentes tâches. La Société wallonne des eaux (SWE) a été constituée à cet effet. Elle ne détient pas un monopole mais elle jouit d'une position de force sur le marché de l'eau¹⁶⁷.

En aval, il faut assurer l'assainissement des eaux usées. Il faut procéder à l'égouttage, à la collecte des eaux, à l'épuration proprement dite, au recyclage... Ici encore, un établissement public est mis en place en Région wallonne. Il s'agit de la Société publique de gestion de l'eau (SPGE). Elle non plus ne dispose pas de cette fonction en monopole. Elle la partage avec des associations de communes, spécialisées dans les opérations d'épuration. Par contre, elle n'entre pas en concurrence avec le secteur privé.

Comment ne pas le constater ? La tradition administrative est réelle. Comment en serait-il autrement dès l'instant où l'eau est considérée comme un bien public ?

Les pouvoirs publics entendent conserver la maîtrise de l'eau — « l'or bleu » de la Wallonie¹⁶⁸ —. Ils n'agissent plus en régime de monopole¹⁶⁹. Mais ils tablent sur la multiplicité des acteurs publics, notamment locaux. Ils s'appuient sur des institutions de droit public dans lesquelles ils

¹⁶⁶ Dans une perspective environnementale, l'Union européenne peut, de son côté, s'attacher à protéger cette ressource naturelle et à veiller à la qualité de l'eau fournie. Elle ne peut manquer de relever que l'eau est un « bien public » et que sa fourniture est prise en charge, souvent de manière monopolistique, par les autorités locales. En ce sens, elle apparaît *prima facie* comme une activité d'intérêt général ou d'intérêt public. C'est la raison pour laquelle les entreprises de libéralisation qui voient le jour en Europe à partir des années '80 n'ont pas connu dans le secteur de l'eau le même essor.

¹⁶⁷ A la différence d'États centralisés, la Belgique n'instaure pas des « agences de bassin ». Elle utilise les structures politiques et administratives existantes, à savoir celles de la Région.

¹⁶⁸ « Pour estimer la richesse potentielle en eau d'un pays, les hydrologues croisent la variabilité de la ressource (pluviométrie moyenne annuelle dite efficace après évaporation / transpiration, plus eau rentrant des pays en amont) avec la densité de la population » (Bernard BARRAQUÉ, *Les politiques de l'eau en Europe*, Paris, La Découverte, coll. Recherches, 1995). Adde : Francisco NUNES CORREIA (éd.), *Eurowater, institutional dimensions for water management*, Rotterdam, Balkema, 1998.

¹⁶⁹ Lorsque la question du monopole public est abordée, il y a lieu, sans doute, de distinguer deux situations différentes. Dans la première hypothèse, l'État ou l'un de ses démembrements prend seul en charge un service public économique. Dans la seconde, plusieurs intervenants publics, au nombre desquels figurent notamment les collectivités locales, sont amenés à intervenir, y compris en concurrence avec un ou plusieurs établissements publics. Le monopole public ne signifie pas l'absence de concurrence à l'intérieur du secteur public. Des partenariats entre personnes de droit public peuvent également être organisés. Le rapport 2002 du Conseil d'État de France (*Collectivités publiques et concurrence*, Paris, La Documentation française, p. 225 sv.) souligne que ce phénomène est encore plus caractéristique que le partenariat public-privé. Il conduit à la conclusion de contrats entre personnes publiques qui œuvrent dans une même perspective d'intérêt général.

entendent conserver la maîtrise du pouvoir de décision. Ils conservent le monopole de l'épuration des eaux usées.

Que peuvent faire, dans ce contexte, les partenaires privés ? Ils peuvent être concessionnaires de service public. À ce moment, ils peuvent faire preuve de compétence et de compétitivité, y compris à l'égard du maître d'œuvre, c'est-à-dire du concédant. Ils peuvent également entrer dans les associations de pouvoirs publics de distribution d'eau, ce qu'il est convenu d'appeler des « intercommunales mixtes ».

Sur les risques qui s'attachent à une privatisation de l'eau, lire European Public Service Committee, *EPSC Survey on the European Water Industry*, Bruxelles, 1994 ; Ricardo PETRELLA, *Limites à la compétitivité*, Paris, Editions La Découverte, 1995 ; B. BARRAQUÉ, « La bataille de l'eau. Le bassin européen », *L'Événement*, avril 1999.

3. — L'électricité. Une régulation contrôlée.

La régulation contrôlée, c'est la régulation qui s'inscrit dans la perspective d'un désengagement substantiel des autorités publiques dans la gestion de services publics déterminés mais qui tend à préserver à leur profit des fonctions de surveillance en ce qui concerne l'accomplissement par le secteur privé de certaines tâches de service public. Cette forme de régulation ne se limite pas aux contrôles classiques du droit administratif.

Si des traditions administratives contribuent à réserver au secteur public un rôle important dans le domaine de l'eau, d'autres réalités s'imposent dans le domaine de l'électricité. Cette fois, le désengagement institutionnel est réel. Le secteur public se contente d'imposer des normes aux fins d'assurer un approvisionnement régulier des ménages. Il se limite aussi à instaurer des mécanismes de surveillance.

Comment expliquer cette différence, et même ce contraste ? Les activités de distribution d'électricité sont prises normalement en charge par les communes, sous le contrôle de la Région. L'usage du domaine public est le plus souvent requis pour asseoir un réseau valable de distribution, en tout cas pour ce qui est de l'usage domestique, celui qui concerne les ménages ou les entreprises qui ne consomment pas plus de 10.000 kilowatts par an¹⁷⁰.

Mais, pour le reste¹⁷¹, c'est-à-dire pour la production et le transport d'électricité, la Belgique a libéralisé, dès 1925, l'ensemble du marché. Centrales, lignes aériennes, câbles souterrains, installations de relais... Ces différents équipements peuvent être pris en charge par des intervenants privés. En vertu du décret d'Allarde, l'on considère, en effet, que ces activités sont ouvertes à toutes personnes — personnes publiques, entreprises privées ou encore associations ouvertes aux uns et aux autres¹⁷²—.

¹⁷⁰ En matière d'électricité, « le réseau constitue un monopole naturel et, partant, il s'agit de réglementer au mieux l'accès à cette infrastructure essentielle » (B. MATAGNE, *La transposition de la directive...*, p. 350).

¹⁷¹ Les activités dans le secteur de l'électricité méritent d'être distinguées : il y a la production, la vente, le transport et la distribution d'électricité. Voy. CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almelo et autres, *AJDA*, 1994, p. 640. Comme le relève le Conseil d'État de Belgique, l'ensemble de ces activités participent à l'accomplissement du service d'intérêt économique général de fourniture d'électricité, visé par l'article 86, § 2 (ancien) du traité CE et défini par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt Almelo, comme « la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients »

¹⁷² Comme le souligne une note du secrétariat du Comité de contrôle de l'électricité et du gaz (CEEG), ce système a permis de « développer en Belgique un appareil de production-transport-distribution électrique efficace qui, compte tenu de la libéralisation du marché électrique et compte tenu de la taille et de la situation géographique du pays, doit pouvoir continuer à se développer » (19 décembre 1997).

Dans le secteur de la *production* d'électricité, un quasi-monopole existe au profit d'une entreprise privée. « La CFPTE, société coopérative dont les deux actionnaires sont ELECTRABEL (largement majoritaire avec 91, 5%) et la SPE, comptait pour plus de 90% de la production pour l'année 2001 »¹⁷³.

Dans le secteur du *transport* d'électricité, le secteur privé se taille la part du lion. Une entreprise privée, ELIA, a été créée à cet effet. Les communes y détiennent 30% d'actions mais ELECTRABEL, qui est une entreprise privée qui groupe les producteurs d'électricité, possède également 30%. Le reste, soit 40% est constitué d'actions cotées en bourse.

Il va de soi que dès l'instant où l'actionnariat est partagé, il y a en fait sinon en droit, partage de responsabilités. En d'autres termes, la situation qui prévaut ici se situe à l'inverse de celle qui se réalise dans le domaine de l'eau. Ce ne sont plus les entreprises privées qui participent aux opérations menées par les pouvoirs publics. Ce sont les pouvoirs publics qui participent, le cas échéant, à des entreprises privées. Une loi du 21 décembre 1994 autorise explicitement la participation économique directe des collectivités locales dans ce type de sociétés commerciales.

En ce qui concerne la *distribution* de l'électricité, le décret wallon du 12 avril 2001 précise que le gestionnaire du réseau de distribution doit être une personne morale de droit public ayant son siège social, son administration centrale et son siège d'exploitation en Région wallonne. Comme l'a relevé le Conseil d'État, dans son avis du 25 octobre 2000, « dans la mesure où l'activité de gestion du réseau de distribution implique une mise à la disposition de celui-ci aux tiers, il s'agit d'une activité économique soumise, en principe, aux règles européennes en matière de concurrence et de liberté de prestation de services »

80% des personnes qui vivent en Belgique sont actuellement desservies en électricité par des intercommunales mixtes — dans lesquelles ELECTRABEL représente le partenaire dominant —, 18% le sont par des intercommunales pures et 2% par des services communaux. Les intercommunales sont liées à ELECTRABEL par des contrats de fourniture exclusive de longue durée — certains de ceux-ci se termineront en 2011 —¹⁷⁴.

En fait comme en droit, la directive « électricité »¹⁷⁵ a donc une autre portée que la directive « eau ». Elle ne fait que consacrer, pour la deuxième fois, l'érosion du monopole public en matière d'électricité. C'est la deuxième vague libérale à trois quarts de siècle de distance.

Sur l'ensemble de la question, F. HAMON, « Le marché intérieur de l'énergie : les directives électricité et gaz naturel », *A.J.D.A.*, 1998, p. 857 ; J. FRAIX, *Comparaison sectorielle : le précédent de l'électricité. Service universel, concurrence et télécommunications*, Bruxelles, Ed. Story Scientia, 1999 ; B. MATAGNE, « La transposition de la directive européenne électricité en droit belge », *Chroniques de droit public*, 2002, p. 344. Les textes qui assurent la transposition de la directive électricité, ainsi que celle de la directive gaz, sont répertoriés dans le *Code de l'énergie Codex* (dir. G. BLOCK, D. HAVERBEKE, T. LEKANE, P. MELON, J. -P. PINON, J. VANDEBOSCH et G. WALRAVENS), Bruxelles, Bruylant, 2003.

¹⁷³ B. MATAGNE, *op. cit.*, p. 359.

¹⁷⁴ B. MATAGNE, *op. cit.*, p. 369.

¹⁷⁵ Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *J. O.C.E.*, n° LO27/20 du 30 janvier 1997. Adde : la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, le décret flamand du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité », le décret wallon du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et l'ordonnance bruxelloise du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale. « La possibilité de développement d'une concurrence effective paraît, à l'heure actuelle, assez théorique puisque manquent toujours certaines mesures d'exécution de la loi de transposition » (B. MATAGNE, *op. cit.*, p. 356). On lira avec intérêt l'avis du 10 décembre 1997 du Comité de contrôle de l'électricité et du gaz (Lignes de force de l'organisation future du secteur électrique et de son contrôle en Belgique), C.C., 97/25.

4. — Le gaz. Une régulation concertée.

La régulation concertée, c'est la régulation qui repose sur des interventions conjuguées, et parfois négociées, des autorités publiques et des entreprises privées aux fins de permettre à celles-ci de remplir des activités de service public.

Le secteur du gaz naturel¹⁷⁶ s'inscrit dans cette perspective concertée. En ce sens, il se rapproche et, en même temps, il se distingue de celui de l'électricité.

Il s'en rapproche, notamment sur un plan économique. Les deux secteurs énergétiques sont fortement imbriqués l'un dans l'autre. Les producteurs d'électricité sont les plus gros consommateurs de gaz naturel. Il s'en rapproche aussi sur le plan juridique. L'utilisation de la voirie communale, où sont enfouies les canalisations, apparaît comme le moyen le plus simple et le plus sûr pour assurer la distribution du gaz sur le territoire national. Des réseaux communaux, le plus souvent à l'intervention d'intercommunales pures ou d'intercommunales mixtes, sont constitués dans cette perspective.

Le secteur du gaz naturel présente néanmoins plusieurs particularités qui suffisent à le différencier du secteur de l'électricité¹⁷⁷.

En ce qui concerne la production gazière, la Belgique ne dispose pas d'entreprise qui se livre à de telles activités. Elle doit se fournir « à l'extérieur » : en Asie, en Algérie, en Norvège, aux Pays-Bas... Des pipe-lines ou des méthaniers contribuent à acheminer cette énergie à bon port. Aux environs d'Anvers est installé un site de stockage.

En ce qui concerne l'approvisionnement, le transport¹⁷⁸ et le stockage sous-terrain du gaz, la Belgique a confié cette activité en monopole à une société appelée naguère « Distrigaz » et aujourd'hui « Fluxys ». Cette situation a prévalu jusqu'en 1999, alors même que le secteur était libéralisé depuis longtemps, au niveau de la distribution et du transport.

Plus important encore. La Belgique a systématiquement réparti les compétences normatives des autorités publiques dans le domaine du gaz. L'État fédéral garde la maîtrise des grandes infrastructures de stockage, le transport et les tarifs. Les régions, elles, disposent d'une compétence restreinte : celle-ci concerne la distribution du gaz naturel.

Dans ce contexte, l'État ou les régions ne sauraient intervenir de manière autoritaire pour régler le système de production et de distribution du gaz. Ce système repose sur la conclusion de contrats d'approvisionnement et sur l'utilisation conjointe d'infrastructures de transport.

Cette logique contractuelle déteint sur les modes de régulation du secteur du gaz. Un exemple illustre le raisonnement. La loi du 29 avril 1999 organise le transport du gaz naturel. Elle n'entend pas réglementer l'accès au réseau de transport. Elle va le négocier. Les clients éligibles, c'est-à-dire, pour l'essentiel, les producteurs d'électricité et les entreprises de distribution, ainsi que les titulaires d'une

¹⁷⁶ La directive gaz ne s'applique qu'au gaz naturel. Elle règle le régime des entreprises de gaz naturel et des clients dits éligibles. Elle tend à assurer un marché de l'énergie unifié au niveau européen.

¹⁷⁷ Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, *J.O.C.E.*, n° 204/1 du 21 juillet 1998 : « L'établissement d'un marché concurrentiel du gaz naturel est un facteur important pour l'achèvement du marché intérieur de l'énergie... Le marché intérieur du gaz naturel doit être mis en place progressivement pour que l'industrie puisse s'adapter à son nouvel environnement de manière souple et rationnelle et pour tenir compte des différentes structures de marché dans les États membres... ». Adde : la « loi gaz » du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché du gaz et au statut fiscal des entrepreneurs d'électricité. Cette loi vise à transposer la directive gaz en droit belge pour ce qui concerne les compétences qui reviennent à l'État fédéral. Adde : le décret flamand du 6 juillet 2001 relatif à l'organisation du marché du gaz et le décret wallon du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz.

¹⁷⁸ « En ce qui concerne le transport intérieur de gaz naturel, la situation est assez claire. La SA Fluxis est propriétaire du réseau de transport, vend la capacité de transport et assure la gestion opérationnelle du réseau », étude de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz, 20 février 2003, p. 15.

autorisation de fourniture, doivent conclure des accords commerciaux avec les entreprises de transport de gaz. Les conditions de l'utilisation du réseau sont publiées chaque année, par ces entreprises. Que fait l'État dans ces conditions ? Il se contente de définir le cadre général des interventions des uns et des autres. Il détermine les conditions dans lesquelles les contrats peuvent être conclus. Il rédige également un code de bonne conduite pour l'ensemble des acteurs.

5. — La radiodiffusion. Une régulation pluraliste.

La régulation pluraliste est la régulation qui repose sur l'existence de plusieurs personnes publiques ou privées qui assument sous des formes différentes des tâches de service public— pluralisme externe — et qui, dans certains cas, sont pourvues d'autorités qui servent à préserver l'expression différenciée des divers courants d'idées idéologiques ou philosophiques — pluralisme interne —.

Les services de radiodiffusion sont des services d'intérêt économique général, au sens du droit communautaire. Ils ne sauraient se comparer, cependant, aux autres services de même nature. La régulation s'inscrit ici dans une perspective d'intérêt général qui déborde, et de loin, le caractère technique de l'activité déployée — dans ses aspects quantitatifs et qualitatifs — et qui va jusqu'à toucher au contenu même des programmes distribués.

Les services de radiodiffusion entendent assurer une « couverture universelle ». Ils doivent être disponibles par tous, et ceci en tenant compte des moyens techniques utilisables (antenne, câble¹⁷⁹, satellite...). Usant dans des sens différents de la liberté d'expression et s'adressant à une opinion publique plurielle, ils doivent eux-mêmes répondre, dans leur organisation et dans leur fonctionnement à l'exigence de pluralisme¹⁸⁰.

Le service ne saurait être conféré en monopole¹⁸¹.

Il y a lieu de distinguer les services qui assurent une couverture nationale, ceux qui n'ont qu'une vocation régionale et ceux qui ont une aire de diffusion locale. C'est un premier élément de pluralisme institutionnel.

Il y a, au sein de la catégorie nationale, l'aménagement de la coexistence, au sein de chaque communauté, d'une institution publique, créée sous forme d'établissement public puis d'entreprise publique culturelle, et d'une institution privée¹⁸². C'est un deuxième élément de pluralisme.

Il y a encore, au sein de l'institution publique de radiodiffusion, des mécanismes et des procédures qui permettent de composer des équipes pluralistes, notamment pour les émissions d'information.

¹⁷⁹ A raison de sa dimension et de la densité de son habitat, la Belgique est l'un des pays les plus câblés d'Europe. 85% des ménages sont desservis par le câble. Sur les phénomènes d'implosion et d'explosion de l'audiovisuel, voy. F. DELPÉRÉE, « Radio et télévision en Belgique », in *Radio et télévision en Europe*, Paris, Ed. CNRS, 1985, p. 65.

¹⁸⁰ Le protocole n° 32 d'Amsterdam sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres considère que la radiodiffusion de service public dans les États membres est directement liée aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société ainsi qu'à la nécessité de préserver le pluralisme dans les médias.

¹⁸¹ Décret français du 27 février 2003 sur la radiodiffusion ; décrets flamands relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995 ; décret de la Communauté germanophone du 26 avril 1999 sur les médias. Sur l'ensemble de la question, F. JONGEN, *La police de l'audiovisuel. Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1994.

¹⁸² Comme l'écrit F. JONGEN (*Le droit de la radio et de la télévision*, Bruxelles, De Boeck, 1989 : « La rupture du monopole des instituts de service public a souvent été justifiée par la volonté d'assurer un meilleur pluralisme de l'information » (p. 181). Et l'auteur de citer les propos du Premier ministre W. MARTENS, le 17 mars 1987 : « Le Gouvernement veut promouvoir le pluralisme et l'objectivité de l'information. A cet effet, le monopole sera remplacé par un système dualiste, avec une concurrence entre la radiodiffusion de droit public et de droit privé » (ibidem).

Il y a, enfin, la diffusion, via des sociétés de télédistribution — la Belgique est le pays le plus câblé d'Europe —, d'un ensemble de programmes tant belges qu'étrangers qui apportent, dans chaque ménage, une vision pluraliste des réalités politiques, économiques, sociales et culturelles.

Tant les arrêts du Conseil d'État que ceux de la Cour d'arbitrage veillent au respect de cette obligation de pluralisme¹⁸³.

6. — Les télécommunications. Une régulation polyvalente.

La régulation polyvalente est la régulation qui confère à une personne morale de droit public des missions diversifiées de caractère consultatif, décisionnel, arbitral et inquisitorial qu'elle exercera tantôt à l'égard des autorités publiques, tantôt à l'égard d'entreprises publiques, tantôt encore à l'égard d'entreprises privées.

En Belgique, une distinction traditionnelle, quoique difficilement applicable aux services multimédia, est instaurée entre la télévision, en ce compris le câble, qui est de compétence fédérée dans la mesure où implique la diffusion de programmes à un large public (décret du 17 juillet 1987) et les télécommunications qui restent de compétence fédérale, dans la mesure où ils instaurent un service interpersonnel lié à une infrastructure de communication¹⁸⁴.

L'infrastructure de télécommunication et les services de base qui s'y rattachent — téléphone, télégraphe, télex, messagerie radio et lignes fixes — ont longtemps appartenu en monopole à la Régie des télégraphes et des téléphones, puis à Belgacom. « Dans le but de consolider la position stratégique de (ce dernier), l'État fédéral a ouvert le capital de l'opérateur national à un nouvel entrant, le consortium ADSB, formé par Ameritech, Tele Denmark et Singapore Telecom. Cette alliance a été conclue en novembre 1995 et constitue la première étape de la stratégie compétitive de Belgacom dans le contexte de la libération des infrastructures de télécommunication traditionnelles et alternatives »¹⁸⁵.

La loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques autonomes crée la fonction de régulateur du secteur des postes et des télécommunications. Elle met en place l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, en abrégé IBPT. Cette autorité administrative a été constituée dans la forme d'une régie et soumise, à ce titre, à l'autorité hiérarchique du Ministre des communications. Elle avait essentiellement pour tâche de préparer les lois et les règlements applicables aux secteurs concernés, d'assurer le suivi du contrat de gestion qui liait Belgacom à l'État, d'agréer les appareils de télécommunication et de gérer le spectre radioélectrique.

Cette situation n'a pas manqué d'être critiquée par la Commission européenne dont les reproches ont été relayés par les opérateurs du secteur¹⁸⁶. La loi du 19 décembre 1977 vise à adapter ce cadre juridique aux obligations de libre concurrence.

L'ouverture, à partir de 1998, du secteur à la concurrence a conduit à confier à l'IBPT de nouvelles missions — gestion des autorisations, résolution des litiges, mise en œuvre du service universel... —. La loi du 17 janvier 2003 modifie le statut de l'IBPT. Désormais, il est appelé à

¹⁸³ F. DELPÉRIÉE, « La Cour d'arbitrage et le droit de l'information », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, III, p. 245.

¹⁸⁴ Où situer, par exemple, les services cryptés qui sont transmis par le câble ? « Des services similaires peuvent recevoir un traitement (juridique) différent en fonction de l'infrastructure qui les supporte ou de l'autorité compétente » (C. LOBET-MARIS et B. VAN BASTELAER, « La Belgique : laboratoire pour l'Europe. Le modèle fédéral et la société de l'information », FUNDP, 1996).

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ Comments by DG Information Society, 4 mars 2002 : « *Under the UE regulatory framework, the regulatory authority is required to be legally distinct from and functionally independent of all organisations providing telecommunications networks, equipment or services. Further, where a Member State retains ownership or a significant degree of control of organisations providing telecommunications networks and/or services, it must ensure effective structural separation of the regulatory function from activities associated with ownership or control* ».

recevoir plus d'autonomie, un organisme public est constitué. Il est doté d'un Conseil qui est habilité à prendre « toutes les décisions engageant l'Institut » (exposé des motifs, p. 2). La loi aménage aussi la collaboration de l'IBPT avec diverses autorités — la Commission européenne, les autorités de régulation étrangères, les autorités de régulation dans d'autres secteurs d'activité, les services publics chargés de la protection des consommateurs et les autorités belges en charge de la concurrence —.

L'IBPT présente la particularité d'exercer concurremment un ensemble d'activités régulatrices : administrer, autoriser, réglementer, contrôler...

CHAPITRE III. — LES INSTRUMENTS DE REGULATION.

La régulation ne saurait être envisagée ni comme un phénomène économique ou politique, ni comme une méthodologie particulière de l'action des pouvoirs publics, ni non plus comme une technique originale de gestion qui mériterait intérêt sur le terrain de la science administrative¹⁸⁷. Elle doit être comprise comme un phénomène proprement juridique. Elle doit donc faire l'objet d'analyses proprement juridiques.

En ce sens, l'expression « droit de la régulation » mérite, à tout instant, d'être privilégiée et préférée à celle de « régulation », tout court. Encore faut-il en préciser les contours et le contenu. Il faut, pour faire œuvre utile, délimiter le champ du droit de la régulation et en indiquer la spécificité.

1. — Le champ du droit de la régulation.

Quels sont les instruments juridiques auxquels recourt de manière privilégiée le droit de la régulation ? S'agit-il d'une forme de l'action administrative qui repose sur un ensemble de mesures individuelles ? S'agit-il plutôt d'une forme de législation¹⁸⁸ ou de réglementation, voire des deux¹⁸⁹ ? S'agit-il plutôt d'une forme de contrôle administratif ?

C'est une réponse nuancée que l'on est amené à apporter à cette question.

Dans un *sens strict*, d'abord, la régulation s'oppose à la réglementation. Elle ne se situe pas dans le domaine des normes abstraites mais dans celui de l'action concrète. Elle s'entend d'un ensemble de mesures individuelles, telles les autorisations ou les agréments, que l'autorité publique est amenée à donner aux fins d'orienter et de limiter l'action des opérateurs économiques. Ces mesures s'inscrivent, cela va de soi, dans le respect des lois. Mais elles se caractérisent par une part non négligeable de pouvoir discrétionnaire. Comme l'écrivent D. De Roy et R. Queck, ces décisions doivent, en effet, permettre à l'autorité publique d'« ajuster par touches successives et précises » la

¹⁸⁷ La « régulation » renvoie-t-elle uniquement à une question de méthodologie institutionnelle ? La question est souvent posée de la manière suivante : quelles sont les méthodes, quels sont les moyens d'action qui sont les plus appropriés pour assurer la gestion concurrentielle de services économiques ? C'est là une vision appauvrissant, et même étreinte, du phénomène de régulation. Il y a les acteurs de la régulation (personnes publiques, personnes privées, particuliers...). Il y a les actes de régulation (décisions, contrats...). Il y a les moyens de la régulation (les biens, les finances...). Il y a aussi les contrôles de la régulation. Il va de soi que le processus de création d'actes régulateurs (décisions, contrats, actes mixtes, normes techniques, directives, codes de bonne conduite, autorégulation, réglementations déléguées...) occupe une place essentielle dans cette réflexion.

¹⁸⁸ La Constitution s'abstient pour sa part d'entrer dans l'examen de questions relatives au droit public économique. Voy., cependant, la déclaration de révision de la Constitution du 10 avril 2003 suggérant de compléter le titre III de la Constitution « en vue d'y insérer un article nouveau relatif à la décentralisation par service » et proposant une révision de l'article 23 de la Constitution « en vue d'y ajouter un alinéa concernant le droit du citoyen à un service universel en matière de postes, de communication et de mobilité » (*Mon. B.* du 10 avril 2003, p. 18.319).

¹⁸⁹ La question peut paraître surprenante. La régulation comporte-t-elle des règles ? Des règles juridiques, s'entend, et pas seulement des règles de conduite ou des règles de comportement. Le recours à la notion de « réglementation » — parfois présentée dans la terminologie anglo-saxonne comme synonyme de régulation —, paraît particulièrement inadéquat en cette matière. Il ne tient pas compte, en effet, des distinctions, voire des oppositions, que le système constitutionnel établit entre la législation et la réglementation. A moins qu'il ne s'agisse en l'occurrence que d'une réglementation secondaire établie à l'invitation d'une législation préalable.

situation des divers agents économiques, et ceci tant en fonction des données du marché que des impératifs d'intérêt social¹⁹⁰.

Dans un avis du 5 juin 2002 qu'il donne sur un avant-projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications, le Conseil d'Etat retient cette acception. Selon lui, la régulation ne peut se comprendre que comme la « prise de décisions particulières par une autorité administrative jouissant d'un large pouvoir discrétionnaire, *par opposition à la réglementation*, qui recouvre traditionnellement dans la terminologie juridique interne, les seules normes générales abstraites ». C'est une manière pour la section de législation de marquer quelque réticence au développement d'une fonction réglementaire qualifiée de sauvage dans la mesure où elle n'est pas l'œuvre du Roi et de son gouvernement et qu'elle ne peut donc faire l'objet d'un contrôle politique par les Chambres législatives.

Quelles sont ces mesures individuelles ? Il s'agit d'agrément, d'autorisations, d'approbations, de licences... « La lecture des textes organisant les systèmes de régulation aux fins d'opérer les procédés de régulation place l'observateur devant un maquis dans lequel il ne s'aventurera qu'avec grande réticence. Si, à l'égard d'un secteur déterminé, est conçu un système de régulation unique, celui-ci peut se réaliser dans des procédés multiples dont il est sans doute illusoire de chercher à dresser l'inventaire »¹⁹¹. Tout au plus faut-il considérer que ces mesures individuelles doivent être prises « sur la base de critères publics, transparents et non-discriminatoires »¹⁹²

Dans un *sens moyen*, ensuite, la régulation englobe tant des mesures générales que des mesures individuelles. « Avant même de parler de régulation, il faut une réglementation », écrit F. Jongen à propos de l'audiovisuel¹⁹³. L'autorité publique, agissant notamment par la voie législative, crée les institutions de régulation. Il établit le cadre juridique dans lequel les autorités sont amenées à intervenir. Il les habilite éventuellement à prendre des mesures réglementaires dans le prolongement des lois existantes. Il les investit encore de la faculté de prendre des mesures individuelles à l'encontre des agents économiques. Le cadre législatif et réglementaire qui a été établi laisse, une fois encore, subsister une part importante de pouvoir discrétionnaire dans le chef des autorités régulatrices.

Cette perspective est d'ordinaire privilégiée. L'opération de régulation ne peut se réaliser dans un *no man's land* juridique. Elle doit, au contraire, s'effectuer dans le cadre d'une législation organique qui définit les responsabilités de l'autorité régulatrice et qui énonce les règles régulatrices essentielles.

Dans un *sens large*, enfin, la régulation renvoie non seulement aux mesures individuelles et aux dispositions générales qui viennent d'être évoquées mais emporte encore la mise en œuvre des techniques de contrôle. Si la régulation tend à assurer « le bon fonctionnement d'un système » déterminé, il faut considérer que « le contrôle fait, lui, lui aussi, partie de cette opération complexe qu'est la régulation, tant il est vrai que le respect de la règle constitue la première condition du fonctionnement harmonieux d'un système »¹⁹⁴. Mais l'ensemble du droit public économique, en ce

¹⁹⁰ L'administration publique dispose d'une palette de moyens d'action. Elle dispose généralement d'une liberté de choix dans l'utilisation de ces moyens. Cette liberté n'est pas absolue. La loi, le décret, le traité, les directives peuvent dicter des méthodes à suivre. Des principes généraux du droit, comme celui de la proportionnalité, peuvent encadrer la démarche administrative. Il y a aussi les principes de bonne administration, comme le prescrit la Charte européenne des droits fondamentaux. Une marge de manœuvre non négligeable subsiste. C'est ici que l'Etat peut choisir la voie régulatoire.

¹⁹¹ L'administration publique dispose d'une palette de moyens d'action. Elle dispose généralement d'une liberté de choix dans l'utilisation de ces moyens. Cette liberté n'est pas absolue. La loi, le décret, le traité et les directives peuvent dicter des méthodes à suivre. Des principes généraux de droit, comme celui de la proportionnalité, peuvent encadrer la démarche administrative. Il y a aussi les principes de bonne administration, comme le prescrit la Charte européenne des droits fondamentaux. Une marge de manœuvre non négligeable subsiste. C'est ici que l'Etat peut choisir la voie régulatoire.

¹⁹² N. THIRION, *op. cit.*, p. 540.

¹⁹³ F. JONGEN, *op. cit.*, p.46.

¹⁹⁴ F. JONGEN, *op. cit.*, p. 47.

compris les mesures de police économique, ne se trouve-t-il pas, à cet instant, compris sous cette appellation englobante¹⁹⁵ ?

L'on tend à placer, sous l'étiquette de la régulation, un ensemble de règles de fond, un ensemble d'institutions qui permettent d'assurer la mise en œuvre de ces règles, un ensemble de procédés qui s'inscrivent dans la même perspective et un ensemble de contrôles qui sont prescrits aux fins d'assurer le respect de ces prescriptions. Une même logique habite les dispositions juridiques diversifiées qui sont prises à cet effet.

2. — La spécificité du droit de la régulation.

Les règles, les procédures, les contrôles qui s'inscrivent dans le champ de la régulation sont-ils différents de ceux qu'utilisait, et qu'utilise encore, le droit administratif classique ? La régulation est-elle novatrice ou n'est-elle que « le vêtement nouveau d'un concept juridique plus traditionnel »¹⁹⁶ ?

Ici encore, la réponse doit être nuancée. Les méthodes anciennes de gestion des services publics économiques n'ont pas disparu. Il y a des survivances, sinon des résistances. L'une des difficultés majeures est peut-être de chercher à concilier la mise en œuvre des méthodes anciennes et des méthodes nouvelles dans un ensemble harmonieux.

A. — Un droit régulateur classique.

Un ensemble de figures classiques du droit administratif subsistent, fût-ce à titre transitoire. Elles sont préservées notamment sur le terrain institutionnel. L'établissement public, l'entreprise publique autonome, la concession de service public, l'association de pouvoirs publics..., autant d'institutions connues qui subsistent, qui s'organisent et qui fonctionnent selon les règles traditionnelles du droit administratif.

Dans le domaine de l'eau, par exemple, la Région wallonne a institué deux organismes de droit public. Il est expressément précisé que leur capital doit être majoritairement détenu par les pouvoirs publics. Le gouvernement wallon a considéré, en particulier, que le monopole et les droits exclusifs réservés au secteur public dans le domaine de l'assainissement des eaux étaient compatibles avec les prescriptions du droit communautaire.

Dans le domaine de l'eau, encore, la Région wallonne a prévu que des institutions financières peuvent apporter leurs capitaux et participer à des intercommunales mixtes. Encore faut-il que ces institutions, telle DEXIA, aient été au préalable agréées.

Quant à la maîtrise du réseau de distribution d'énergie électrique, elle doit appartenir, selon le décret wallon du 12 avril 2001, à une personne morale de droit public. Dans tous les cas, il faut que le capital de la société gestionnaire soit détenu à plus de 51% par les communes.

Faut-il s'étonner de la persistance de ces règles traditionnelles ? Moins il y a de monopole au profit du secteur public et moins il y a d'interventions réglementaristes. Moins un droit réglementariste s'impose et plus un droit régulateur est nécessaire. Le droit, y compris le droit écrit, occupe une place essentielle dans l'opération de régulation des secteurs économiques d'intérêt général¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Le professeur Bullinger l'écrit fort justement : « La régulation n'est pas restreinte aux actes ayant directement un effet juridique mais comprend toute activité qui peut contribuer à la réalisation des objectifs de la loi. Ainsi la régulation sort de la sphère juridique traditionnelle et prend en compte les influences de fait, par exemple la persuasion, les concessions financières et autres opérations concernant la préparation ou l'exécution d'une décision ».

¹⁹⁶ F. JONGEN, *op. cit.*, p. 44.

¹⁹⁷ Deux phénomènes qui ne sont pas toujours dissociés doivent être pris en compte. Il faut un droit à la régulation, c'est-à-dire qu'il faut un ensemble de règles juridiques pour encadrer le phénomène de régulation. Mais ce dernier suppose aussi, pour sa mise en œuvre, le recours à des règles. Pour encadrer, cette fois-ci, le phénomène économique.

B. — Un droit réglementaire novateur.

Le droit de la régulation peut aussi s'inscrire dans des perspectives nouvelles. Il peut revêtir notamment deux facettes.

D'une part, un ensemble d'institutions, de techniques et de procédures sont amenées à s'inscrire dans un schéma de *régulation active*. Il s'agit de promouvoir les conditions de réalisation d'un marché libre et d'une concurrence effective. Le droit public pratique ici l'ouverture à de nouvelles figures juridiques, y compris sur le plan institutionnel.

La figure juridique la plus originale, à l'heure actuelle, n'est plus l'entreprise publique autonome mais celle de « la société commerciale de droit public » — l'arrêté royal du 16 décembre 1994 transforme, par exemple, BELGACOM en société anonyme de droit public — . L'expression sert à désigner une société commerciale, par exemple une société anonyme ou une société coopérative, qui est issue d'une personne morale de droit public, qui s'organise selon les techniques et les méthodes du droit commercial et dont les structures sont aménagées pour tenir compte des finalités d'intérêt général que cette société doit poursuivre ou pour avoir égard aux obligations de service public qui lui incombent.

D'autre part, un ensemble d'institutions, de techniques et de procédures sont conçues dans un schéma de *régulation défensive*. Il s'agit de préserver un ensemble d'avantages ou d'intérêts — par exemple, celui de la satisfaction des besoins d'intérêt général ou celui d'une concurrence loyale — .

Le « contrat de gestion » représente un instrument essentiel dans le fonctionnement des institutions publiques investies de responsabilités dans le domaine économique.

Certes, il n'y a pas lieu de se méprendre sur les mots. Le contrat de gestion n'est pas un contrat conclu au sens de l'article 1134 du Code civil. Ce n'est pas un contrat synallagmatique au sens de l'article 1184 du Code civil. Aucune sanction ne peut être infligée à l'autorité publique qui ne respecterait pas les engagements, notamment financiers, qui figurent en annexe de ce contrat.

Le contrat de gestion contient un engagement plus politique que juridique. Il n'empêche qu'il établit le tableau des obligations que l'une et l'autre parties s'engagent unilatéralement à respecter. Pour l'essentiel, du côté de l'autorité publique, un engagement financier. De l'autre, c'est-à-dire du côté de l'entreprise, l'engagement de réaliser les performances économiques requises, de respecter les principes financiers qui doivent commander le fonctionnement de l'institution, de respecter les obligations de service public qui sont imposées, de se conformer aux tarifs qui sont arrêtés.

Les règles inscrites dans le contrat de gestion sont précises, sophistiquées, détaillées. Le droit crée du droit. La régulation appelle des normes. La nécessité de respecter certaines exigences du service public contribue dans une certaine mesure à l'inflation législative, réglementaire et administrative. Ce qu'il faudrait essayer de vérifier, c'est si ce supplément de droit crée plus de litiges ou contribue à les résoudre.

CHAPITRE IV.— L'ORGANISATION DE LA REGULATION.

L'organisation de la régulation peut être tributaire des structures de l'État. Elle peut dépendre aussi de la manière dont il conçoit la mise en œuvre des acquis de l'intégration européenne. Elle peut encore être affectée par ses modes habituels de fonctionnement et notamment par le rôle que le juge a traditionnellement assumé dans le domaine économique. Le droit de la régulation porte la trace de ces différents équilibres.

1.— L'organisation fédérale de l'État.

La question des modes de régulation des services publics se pose dans tous les États européens. Elle se pose inévitablement dans la Belgique qui est placée, en position centrale, au cœur de l'Europe. Mais elle ne s'y révèle pas à n'importe quel moment. Elle s'inscrit dans la réflexion institutionnelle au moment précis où l'État belge entreprend de revoir, en profondeur et dans la durée, ses structures les plus fondamentales.

Le phénomène est saisissant. Le passage d'un État unitaire décentralisé à un État de type fédéral, notamment à partir de 1980, se produit de manière concomitante à l'apparition de nouveaux modes de gestion publique.

Les deux phénomènes sont-ils liés ? Dans une certaine mesure, oui. La Belgique ne fédéralise pas seulement son appareil politique. Elle restructure également son appareil administratif. Dans des domaines significatifs, tels la distribution de l'énergie ou l'audiovisuel, l'administration nationale éclate en trois administrations communautaires ou régionales, selon le cas.

Certains soutiendront sans doute que les nouvelles collectivités fédérées ont été encouragées à rompre avec les habitudes du passé et à faire du neuf. Les réformes se sont imposées avec d'autant plus de facilité que l'État belge était tout entier en chantier. En un sens, les réformes de gestion ont accompagné les réformes de structures.

Mieux encore. La fédéralisation de l'État, en ce compris dans des domaines essentiels de l'activité économique, permet désormais aux trois communautés et aux trois régions, selon les secteurs d'activités considérés, de concevoir, de choisir et de mettre en œuvre des modes différents de régulation.

Sur ce terrain, en particulier, il peut y avoir des perceptions différentes, des projets distincts, des politiques spécifiques au nord, au centre ou au sud du pays. La Flandre trouve l'essentiel de son inspiration administrative dans le monde anglo-saxon et est très sensible aux impératifs du *new public management*. La Wallonie est peut-être plus attentive à une culture administrative latine et aux impératifs du service public. Dans un État unitaire, ces préoccupations diversifiées avaient tendance à se gommer ou à se neutraliser. Elles peuvent au contraire se donner libre cours, voire s'exacerber dans un État fédéral. Chaque région peut être tentée de faire valoir son droit à la différence.

Et ce, d'autant plus que des politiques, comme celle de l'eau ou celle de l'audiovisuel, sont entièrement régionalisées ou communautarisées. Chaque Région, chaque Communauté peut, et même : doit, prendre position à ce sujet.

Aux termes de la loi spéciale de réformes institutionnelle — dont l'objet est notamment d'établir les règles du partage des compétences au sein de l'État belge —,

— l'eau est de compétence régionale, notamment « la protection et la distribution de l'eau, en ce compris la réglementation technique relative à la qualité de l'eau potable, l'épuration des eaux usées et l'égouttage » (article 6, § 1^{er}, II, 4^o) ;

— l'électricité est de compétence partagée. L'État fédéral est compétent « pour les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national », à savoir le plan d'équipement national du secteur de l'électricité, le cycle du combustible nucléaire, les grandes infrastructures de stockage, le transport et la production d'énergie ainsi que les tarifs. La région est pour sa part habilitée à régler « la distribution et le transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70.000 volts » (art. 6, § 1^{er}, VII).

— le gaz est également de compétence partagée. L'Etat fédéral est compétent pour cette énergie de la même manière qu'il l'est dans le domaine électrique. La région assure, pour sa part, la distribution publique du gaz et l'utilisation du grisou et du gaz de hauts-fourneaux (art. 6, § 1^{er}, VII)¹⁹⁸.

— « la radiodiffusion et la télévision, à l'exception de l'émission de communications du Gouvernement fédéral » est de compétence communautaire (art. 4, 6^o).

— les télécommunications sont, en principe, de compétence fédérale.

La répartition des tâches qui est ainsi établie par la loi spéciale et qui se précise à la faveur des avis du Conseil d'Etat et des arrêts de la Cour d'arbitrage peut inciter les diverses collectivités politiques à passer entre elles des accords de coopération (loi spéciale, art. 92bis, § 1^{er}).

Un accord de coopération entre l'Etat fédéral, la Région wallonne, la Région flamande et la Région bruxelloise, publié au *Moniteur belge* du 26 février 1992, a ainsi été conclu pour coordonner les activités liées à l'énergie. De même, lors de la conférence interministérielle de l'économie et de l'énergie du 19 janvier 1999, les représentants des gouvernements fédéral et régionaux ont demandé qu'un dialogue soit instauré en vue de la conclusion d'un accord de coopération qui porte notamment sur la définition des obligations de service public, dans leurs aspects sociaux.

La loi spéciale peut aussi imposer la conclusion de tels accords pour le règlement de questions déterminées. Ainsi, « les régions concluent en tout cas des accords de coopération pour le règlement de questions relatives : a) à l'hydrologie et à la maîtrise des eaux, aux voies hydrauliques qui dépassent les limites d'une région, aux travaux à décider et mesures à prendre par une région dont la mise en œuvre ou l'absence sont susceptibles de causer un dommage dans une autre région » (art. 92bis, § 2, a). Dans la même perspective, « l'autorité fédérale et les régions concluent en tout cas un accord de coopération : a) pour l'entretien, l'exploitation et le développement des réseaux de télécommunication et de télécontrôle qui, en rapport avec le transport et la sécurité, dépassent les limites d'une région » (art. 92bis, § 3, a).

Diverses procédures sont également prescrites. Elles vont de la « concertation » en matière énergétique à l'« information » en ce qui concerne la gestion des associations de communes qui distribuent l'électricité et le gaz, en passant par l'« association » des gouvernements fédérés à l'élaboration du plan d'équipement national du secteur de l'électricité¹⁹⁹.

2.— L'intégration européenne.

On ne saurait l'oublier. Le cadre juridique de la régulation provient d'une première source : les traités européens et les directives communautaires, sans perdre de vue les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes. Il est aussi issu d'une seconde source : les règles de droit national — fédéral, communautaire ou régional —, en particulier celles qui visent à transposer les normes de droit communautaire.

Le phénomène de fédéralisation de l'État et celui d'intégration européenne sont liés. La transposition des directives communautaires, par exemple, relève, selon le cas, des autorités fédérales et fédérées, voire des deux si la matière fait partie du domaine des compétences partagées.

3. — Les autorités régulatrices

La présence d'autorités administratives indépendantes ne saurait non plus être ignorée. Elle paraît même représenter un élément essentiel, sinon indispensable, de l'appareillage institutionnel qui accompagne le droit de la régulation. Celui-ci postule l'existence d'autorités régulatrices.

Il s'agit, par exemple, de la CREG (électricité et gaz, au niveau fédéral)²⁰⁰, de la CWAPE (au niveau wallon), du VREG (au niveau flamand), du CSA (audiovisuel francophone), de l'IBPT

¹⁹⁸ Selon la loi du 12 avril 1965, la distribution de gaz doit être comprise comme « l'activité ayant pour objet de fournir du gaz par la voie de canalisations aux consommateurs établis sur le territoire d'une commune déterminée ou sur le territoire de plusieurs communes limitrophes ».

¹⁹⁹ Sur le sens et la portée de ces différentes procédures — qui sont à comprendre comme des formes substantielles —, voy. F. DELPÉRÉE et S. DEPRÉ, *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 307 sv.

²⁰⁰ Arrêté royal du 3 mai 1999 relatif à la composition et au fonctionnement du conseil général de la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz.

(télécommunications). On relève, au passage, que les services de gestion des eaux dans les trois régions ainsi que le service chargé de l'énergie en Région bruxelloise font office d'autorités régulatrices sans disposer d'une autonomie de décision et de gestion par rapport .

Ces autorités contribuent puissamment à l'instauration d'une régulation sectorielle. Certes, les autorités constituées n'abdiquent pas, en ce domaine, leurs prérogatives. Elles ont néanmoins tendance à constituer à leur côté des autorités qu'elles créent pour la circonstance et qu'elles investissent de fonctions régulatrices essentielles. S'inspirant éventuellement de l'un ou l'autre modèle, elles se préoccupent d'asseoir l'indépendance des autorités qu'elles constituent. Elles peuvent aussi se préoccuper d'associer au fonctionnement de ces institutions les représentants du secteur.

A.— Les modèles

Ces autorités revêtent souvent la forme d'administrations décentralisées. Elles détiennent la personnalité juridique, elles disposent d'une administration et d'un budget. Elles disposent surtout de la faculté de prendre des décisions autonomes. Le caractère d'autorité administrative qui leur revient les rend, en principe, justiciables du Conseil d'Etat qui connaîtra, à tout le moins, des actes décisifs qu'elles sont amenées à prendre pour leur organisation interne ou dans l'exercice de leurs fonctions.

Encore faut-il souligner que plusieurs modèles institutionnels peuvent être utilisés en la circonstance.

Dans une première hypothèse, l'autorité administrative indépendante se substitue progressivement à l'autorité ministérielle, elle exerce progressivement ses prérogatives et elle acquiert de la même manière son autonomie. Dans un premier moment, elle va, comme l'IBPT, être constituée en régie et placée en conséquence sous l'autorité hiérarchique du ministre des télécommunications. Elle peut, par la suite, se voir reconnaître une plus large autonomie.

Dans une deuxième hypothèse, l'autorité administrative indépendante s'inscrit dans un marché économique caractérisé par une multiplicité d'entreprises et par un processus régulateur qui ne connaît encore que ses premiers développements. Les prérogatives de l'autorité régulatrice sectorielle sont limitées. Les tarifs, par exemple, sont déterminés de manière conventionnelle. Mais l'autorité conserve la faculté de vérifier, *a posteriori*, si les tarifs sont correctement appliqués.

Encore convient-il de vérifier si elle dispose, en la matière, de tâches de surveillance et d'instruction des dossiers ou si elle est en mesure d'en tirer les conséquences qui s'imposent, en disposant d'un véritable pouvoir de décision et de sanction. Dans le secteur des télécommunications, par exemple, selon l'article 92bis de la loi de 1991, l'installation et l'exploitation d'un réseau public de télécommunications étaient initialement subordonnées à l'obtention d'une autorisation qui lui était délivrée par le Ministre des communications, étant entendu que l'instance de régulation disposait d'une compétence d'avis en ce domaine. La loi de 2003 confère, pour sa part, au régulateur le droit de statuer lui-même sur l'octroi, le transfert, la suspension et le retrait de ces mêmes autorisations²⁰¹.

L'autorité régulatrice est généralement chargée de « contrôler la bonne exécution » de l'autorisation et est appelée à « trancher les problèmes les plus épineux qui peuvent surgir entre opérateurs »²⁰², quitte à ce que le ministre statue en dernier ressort.

Dans une troisième hypothèse, l'autorité administrative indépendante est habilitée à superviser l'ensemble d'un secteur économique qui se caractérise par la présence de nombreuses unités d'exploitation. Elle détient des pouvoirs décisionnels assez vastes en particulier celui de fixer les tarifs, celui de délivrer les autorisations et les licences, celui de donner des instructions aux entreprises ou aux consommateurs et celui de contrôler les comportements des unités d'exploitation. Elle peut encore se voir confier une mission générale de conseil auprès des pouvoirs publics dans les litiges qui seraient intervenus.

Une question délicate est celle de savoir si l'autorité indépendante peut aller au-delà des missions de conciliation qui lui sont traditionnellement octroyées — par exemple, en cas de litiges entre des fournisseurs de réseaux, de services ou d'équipements —. L'IBPT se voit dessaisie de cette mission. Le Conseil de la concurrence est, par contre, habilité à l'exercer.

²⁰¹ Il est précisé que l'octroi des autorisations ne peut désormais être limité que pour garantir l'utilisation efficace du spectre des fréquences.

²⁰² N. THIRION, *op. cit.*, p. 541.

B. — Des autorités indépendantes

Il va sans dire que le terme d'indépendance ne saurait être entendu au sens plein de l'expression. L'autorité administrative agit dans le respect des lois et des règlements. Elle doit tenir compte des conventions qui ont été passées dans un secteur d'activités. Elle n'est pas libre d'intervenir d'initiative et selon sa propre inspiration. Pourquoi, dans ces conditions, la qualifier d'indépendante ?

Elle peut, d'abord, bénéficier d'une réelle autonomie d'organisation et de gestion. Elle possède la personnalité juridique, elle dispose d'un personnel et de moyens propres. Elle peut établir un règlement d'ordre intérieur. Elle peut fixer librement ses réunions. Elle peut, sans en référer au ministre de tutelle, prendre les décisions individuelles qui s'imposent.

Elle doit, ensuite, disposer d'un statut qui mette ses membres à l'abri des pressions ou des influences tant de l'autorité publique que des entreprises du secteur. « L'exigence d'indépendance à l'égard des acteurs du marché est consubstantielle à celle d'impartialité : le régulateur ne peut être juge et partie »²⁰³. « Ce souci explique que certaines législations organiques de systèmes de régulation a soumis les autorités de régulation à des régimes d'incompatibilité en portant notamment l'interdiction d'être opérateur sur le marché et plus généralement d'afficher une proximité trop étroite avec les opérateurs »²⁰⁴.

Selon la loi du 17 janvier 2003, les membres du Conseil de l'IBPT et les membres du personnel ne peuvent avoir d'intérêt dans les entreprises actives sur les marchés des télécommunications et/ou des postes, ni y exercer de fonctions ou encore prester des services à leur avantage. Selon l'article 7 du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional du gaz, le gestionnaire de réseau doit être indépendant des autres acteurs du marché. Il peut toutefois détenir des actions d'un fournisseur aux clients éligibles. Pour ce qui est de la désignation des gestionnaires de réseau en matière de distribution de gaz « afin de garantir l'indépendance du GRD, les communes et le cas échéant les provinces devront détenir la majorité des parts représentatives du capital social du candidat GRD » (commentaire de l'article 6 relatif à l'organisation du marché régional du gaz^o. Le gestionnaire du réseau est une personne morale de droit public pour un territoire déterminé, elle bénéficie d'un monopole. En vertu de l'article 4 de la directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, l'autorisation de construire ou d'exploiter des installations de gaz naturel ne peut être refusée que pour des raisons objectives et non-discriminatoires. Cependant, l'article 3, § 3 de la directive permet aux Etats membres de ne pas appliquer les solutions de l'article 4 dans la mesure où l'application de cette disposition entraverait, en droit ou en fait, l'accomplissement des obligations imposées aux entreprises de gaz naturel dans l'intérêt économique général et où le développement des échanges ne serait pas affecté dans une mesure qui serait contraire aux intérêts de la Communauté.

L'indépendance de l'institution dépend, enfin, de l'indépendance d'esprit dont peuvent faire preuve les hommes et les femmes qui la composent, de leurs aptitudes à statuer selon des principes d'impartialité et dans le souci qu'ils peuvent manifester de préserver, en toutes circonstances, l'intérêt général.

C. — Des conseils consultatifs

La structure des autorités administratives indépendante n'est pas fermée. Ces autorités « sont fréquemment assistées d'organes consultatifs composés de personnes qui peuvent se prévaloir d'une expérience dans les secteurs concernés ou affichent une sensibilité particulière à l'égard de certains intérêts qui sont en concours »²⁰⁵. Les interventions de l'autorité régulatrice ne seront en effet « effectives et efficaces que si elles procèdent d'une connaissance du secteur à laquelle contribuent, à tout le moins partiellement, certaines expertises »²⁰⁶.

²⁰³ D. DE ROY et R. QUECK, *op. cit.*, p. 560.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

4.— L'autorégulation.

L'autorégulation est mentionnée pour mémoire. De manière spontanée ou à l'invitation des pouvoirs publics, les agents économiques peuvent s'assigner des règles de conduite qui s'apparentent à celles de la régulation. L'État peut reprendre à sa charge de telles règles et en imposer le respect aux opérateurs d'un secteur déterminé²⁰⁷.

CHAPITRE V.— LES FONCTIONS DE LA REGULATION.

L'on considère parfois que mieux le marché fonctionne moins la régulation se justifie. Et s'il fallait renverser l'ordre des considérations et admettre que mieux la régulation est efficace et mieux le marché fonctionne convenablement ?

L'on considère parfois que la régulation doit avoir pour objet de figer les structures d'un secteur économique d'activités. Et s'il fallait raisonner autrement et considérer que la régulation est, par nature, dynamique ? Elle est un processus qui évolue avec le temps, qui tient compte des développements de la technologie, qui s'adapte aux comportements des acteurs économiques.

L'on considère parfois que la régulation doit imposer la rationalité économique et faire abstraction des considérations politiques et sociales. Et s'il fallait reconsidérer les paramètres et défendre l'idée qu'elle offre, au contraire, l'occasion d'introduire la dimension politique — au sens de la défense de l'intérêt général — dans un débat qui pourrait n'apparaître que comme technique.

T. Prosser²⁰⁸ distingue à bon escient la régulation économique de la régulation sociale. On serait tenté d'y ajouter une troisième dimension, la régulation politique.

1.— La régulation économique.

La régulation économique tend à assurer l'équilibre et à l'efficacité du marché. Elle organise la concurrence, elle permet l'accès au marché, elle autorise les différents acteurs économiques à pénétrer le secteur et à y remplir leurs activités.

La détermination des prix, et notamment la fixation des tarifs, peut s'inscrire dans cette perspective. Il faut éviter, en effet, que la libéralisation d'un secteur d'activités économiques ne conduise à une hausse substantielle des services fournis, à la charge principale des petits utilisateurs. « La réglementation des télécommunications a encore joué un rôle pionnier... L'une des caractéristiques des prestations de service universel est qu'elles doivent être fournies à un prix abordable »²⁰⁹. Il ne saurait donc être question que les entreprises déterminent elles-mêmes les tarifs qu'elles appliqueront. Des négociations peuvent avoir lieu. En définitive, l'autorité publique statue en ce domaine²¹⁰.

2.— La régulation sociale.

La régulation sociale apparaît comme la contrepartie — certains diront : la condition — de l'ouverture au marché. C'est pour préserver, malgré tout, des obligations de service public que certaines règles sont énoncées ou que certaines procédures sont organisées. Ces obligations ne

²⁰⁷ La loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers laisse, par exemple, aux intermédiaires qualifiés dans le secteur financier le soin d'élaborer un code de conduite interne comportant les règles et les procédures qui permettront d'assurer le respect des dispositions de la loi. La notion de « corégulation » tend parfois à rendre compte de ce phénomène. Elle ne doit pas être confondue avec celle de régulation concertée.

²⁰⁸ *Law and the regulators*, Oxford, Clarendon press, 1997, pp. 57.

²⁰⁹ N. THIRION, *op. cit.*, p. 544.

²¹⁰ Un arrêté royal du 3 avril 2003 détermine la manière dont doivent être rédigées les factures de fourniture d'électricité et de gaz.

constituent pas un but en elles-mêmes. Elles ne se concrétisent pas dans des activités matérielles. Elles apparaissent plutôt comme les limites qui sont apportées aux opérations de libéralisation et de privatisation. Sera-t-il permis de dire qu'elles sont conçues comme des garde-fous ?

Des institutions publiques vont jusqu'à se voir assigner un objet social qui est celui d'un service public. Dans le secteur de l'eau, par exemple, les établissements publics qui sont constitués se voient assigner un ensemble de tâches qui constituent autant d'engagements de service public. Autrement dit, ils n'ont pas d'assurer le respect d'obligations de service public. Le phénomène est d'autant plus surprenant que des partenaires privés peuvent participer au capital de telles entreprises. Les voici qui se donnent pour objet d'assurer un service public. Comme on l'a déjà relevé, leur partenariat ne porte pas sur la gestion de l'entreprise. Il est purement financier. tend à tenir compte des besoins des particuliers. Elle impose aux acteurs économiques des règles de comportement. Elle les oblige à prendre en considération d'autres critères que ceux de la rationalité économique.

De ce point de vue, le contrôle des engagements pris par les acteurs économiques est primordial. Il peut porter sur la détermination des tarifs, la diversité, la qualité et la quantité des prestations ou encore sur le respect de règles techniques, telles celles de la comptabilité ou de l'administration.

Une part essentielle du contrôle revient à vérifier la manière dont les engagements de service public sont respectés²¹¹.

Pour ne prendre que cet exemple, le secteur de l'énergie comprend, on l'a montré, des services d'intérêt général. Il implique des activités de service qui sont « considérées comme étant d'intérêt général par les autorités publiques » et sont soumises pour cette raison « à des obligations spécifiques de service public ». Mieux encore : les services en réseaux d'énergie doivent être considérés comme des « services d'intérêt économique général » qui peuvent, le cas échéant, ne pas être soumis aux règles de concurrence.

Sur quoi portent les engagements de service public ? Ils affectent la sécurité de l'approvisionnement, la qualité, la régularité et le prix des énergies fournies²¹². Ils peuvent aussi porter sur la protection de l'environnement²¹³.

La directive de libéralisation du secteur de l'électricité est particulièrement explicite à cet égard. Elle « reconnaît que des objectifs de sécurité d'approvisionnement, de protection des consommateurs ou de protection de l'environnement ne peuvent être atteints par le seul libre jeu des forces du marché »²¹⁴

Deux impératifs qu'il est permis de qualifier de constitutionnels s'imposent en l'occurrence. L'un est celui de la subsidiarité, l'autre, celui de la solidarité.

Lorsque les entreprises privées, ne sont pas capables de respecter leurs engagements, l'autorité publique, qui se tenait en réserve, doit être habilitée à intervenir pour faire respecter les droits des usagers qui sont ceux des citoyens.

²¹¹ Arrêté royal du 11 octobre 2002 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité ; arrêté royal du 23 octobre 2002 concernant les obligations de service public dans le marché du gaz naturel.

²¹² L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, *commune d'Almelo*, du 27 avril 1994, a précisé, à propos de la fourniture d'électricité, que l'entreprise régionale d'approvisionnement doit « assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées, à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables aux clients ».

²¹³ Les pouvoirs publics peuvent soutenir les entreprises qui produisent de l'électricité écologique (encore appelée « électricité verte ») (Arrêté royal du 16 juillet 2002 relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ; arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 relatif à la promotion de l'électricité verte). Ils peuvent aussi encourager les économies d'énergie (arrêté du Gouvernement wallon du 30 mai 2002 relatif à l'octroi de subventions pour l'amélioration de l'efficacité énergétique et la promotion d'une utilisation plus rationnelle de l'énergie du secteur privé).

²¹⁴ N. THIRION, *op. cit.*, p. 354.

Lorsqu'une personne morale, qu'elle soit publique ou privée, est chargée d'une tâche de service public, ou lorsque des obligations de service public lui sont imposées, la moindre des choses est qu'elle en fasse profiter tous les usagers du service public et qu'elles fassent dans des conditions d'égalité. Par exemple, elle fournira aux abonnés une quantité minimale d'énergie, que ceux-ci aient ou non payé la redevance. Les coupures intempestives peuvent être condamnées au nom du principe de solidarité sociale, a précisé le juge constitutionnel.

3.— La régulation politique.

La régulation politique vise, de manière plus générale, à assurer la combinaison et, pourquoi pas? la conciliation des préoccupations de régulation économique et de régulation sociale. Des mécanismes d'information ou de consultation — tant des entrepreneurs du marché que des usagers — peuvent notamment contribuer à la cohésion de la société politique.

Comme le relève l'exposé des motifs du décret wallon relatif à l'organisation du marché régional du gaz, « l'énergie est un produit différent des autres biens de consommation ». Les pouvoirs publics doivent consacrer un véritable droit à l'énergie. « Pour des raisons techniques et de sécurité, il n'est pas possible de prévoir en gaz une fourniture minimale garantie comme en électricité. Le décret prévoit le placement d'un compteur à budget pour les clients protégés en difficulté de paiement ». Ils doivent aussi lutter contre son utilisation abusive. Ils doivent encore s'astreindre à assurer la protection de l'environnement.

De son côté, les membres du personnel de l'IBPT peuvent se voir conférer la qualité d'officier de police judiciaire. A ce titre, ils sont habilités à constater de infractions à la législation organique.

CHAPITRE VI.— LE CONTENTIEUX DE LA REGULATION.

Pour faire de la régulation, faut-il être indépendant? Par rapport à qui et à quoi? Etre indépendant, signifie-t-il que les décisions échappent à contrôle?

1. — La régulation contentieuse.

La régulation peut être contentieuse.

Selon l'arrêté royal du 4 mars 1999, par exemple, en cas de manquement aux dispositions sur les télécommunications de la loi de 1991 et à ses arrêtés d'exécution, l'IBPT peut adresser aux entreprises concernées une mise en demeure motivée. Si cette dernière est négligée, une amende administrative peut leur être infligée. L'IBPT peut également ordonner une suspension de raccordement au réseau public de télécommunications ou, dans le cas des éditeurs d'annuaires, il peut leur enjoindre de cesser leurs activités.

Voy. aussi l'arrêté royal du 16 novembre 2001 fixant les règles de procédure applicables devant la Chambre des litiges constituée, sous forme d'organe autonome, au sein de la Commission de la CREG et l'arrêté royal du 17 décembre 2002 fixant le règlement du service de conciliation et d'arbitrage de la CREG.

2. — Le contentieux régulateur.

La régulation peut aussi être contestée.

Si elle s'exprime par la voie législative, elle fera, si nécessaire, l'objet d'un contrôle par le juge constitutionnel.

Si elle prend la forme de décisions individuelles, elle pourra être déférée à la censure du Conseil d'État qui en connaîtra au titre de l'excès de pouvoir.

Si elle affecte des droits patrimoniaux, elle pourra être déférée aux cours et tribunaux. C'est ainsi que la loi du 17 janvier 2003 sur les recours et le traitement des litiges prescrit que ceux-ci fassent l'objet d'un recours de pleine juridiction devant la Cour d'appel de Bruxelles, stautant comme en référé.

La « trinité de juridiction » qui prévaut en Belgique²¹⁵ justifie ce type de solutions. Avec les discordances de jurisprudence que cette situation complexe ne peut manquer de susciter²¹⁶.

La régulation peut encore faire l'objet de contrôles politiques, notamment parlementaires. Ou plutôt elle devrait l'être. Elle ne suscite guère l'intérêt de tels milieux. En réalité, elle ne provoque l'émotion — celle des médias, celle de l'opinion publique et, par ricochet, celle des représentants de la Nation que lorsqu'une catastrophe économique et sociale se produit dans l'un des secteurs-clés soumis au régime de lé régulation. La question est alors posée. Mais à quoi ont servi les dispositifs de régulation ? Pourquoi la régulation n'a-t-elle pas fonctionné ? Pourquoi n'a-t-il pas été possible de concilier les intérêts économiques et les besoins sociaux ?

Selon le Conseil d'Etat, plusieurs principes constitutionnels sont ici en jeu. Le premier veut que les pouvoirs soient d'attribution. Or, seul le Roi se voit conférer, en vertu de l'article 108, l'exercice de la fonction réglementaire. Il n'appartient pas à d'autres autorités, et en particulier aux autorités administratives indépendantes, de statuer par voie générale et abstraite. Le second principe constitutionnel est celui de la responsabilité politique. Les ministres sont, aux termes de l'article 101, responsables devant la Chambre des représentants. Ils le sont de leurs propres actes, de ceux de leur administration, de ceux encore des administrations placées sous leur contrôle. Ce principe ne saurait être respecté que si l'autorité administrative indépendante est soumise à un contrôle suffisant du Gouvernement.

Ce contrôle peut prendre plusieurs formes : « l'instauration d'un mécanisme de tutelle, ... l'obligation de présentation de rapports annuels d'activités, voire même l'ouverture de recours juridictionnels ... à l'encontre des décisions du régulateur²¹⁷ ».

Des contrôles politiques, à l'entremise du gouvernement sont donc souhaitables. C'est ainsi que la loi du 17 janvier 2003 prévoit, en son article 15, que le Conseil des ministres peut, sur proposition du ministre des télécommunications, suspendre l'exécution de certaines décisions s'il est établi que l'IBPT viole la loi ou blesse l'intérêt général.

²¹⁵ F. DELPÉRÉE, « Unité, dualité ou trinité de juridiction en Belgique », *RFDA*, 1999, p. ; ID., «

²¹⁶ F. DELPÉRÉE, « L'État et ses juges », *Bulletin des sciences morales et politiques*, 2000, p.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 561. Voy. l'exposé des motifs de la loi portant réforme de l'IBPT : « Cette autonomie n'est pas absolue... Un certain nombre de mécanismes entoureront l'activité du régulateur. Ainsi les comités consultatifs émettront, chaque année, des recommandations quant à l'activité de l'Institut et un auditeur juridique exercera une tutelle de légalité sur les décisions du régulateur ». Au niveau du marché de l'électricité et du gaz, la tutelle appartient au gouvernement régional ; elle est exercée à l'entremise d'un commissaire de gouvernement qui dispose d'un droit de recours suspensif.

Conclusion

L'État belge fournit un milieu propice pour l'émergence de nouveaux modes de gestion des services publics économiques, en particulier des techniques de régulation.

Il abrite les institutions de l'Union européenne et, dût-il encourir certains reproches sur son empressement à transposer les directives communautaires, il se doit de montrer l'exemple dans la mise en œuvre du droit communautaire et notamment des directives de libéralisation.

Il constitue un État fédéral qui est fondé sur des communautés différentes et qui doit apprendre à conjuguer plusieurs sensibilités, pour ne pas écrire : plusieurs conceptions, de l'action administrative. Il est fondé sur des régions différentes qui entendent notamment disposer de la maîtrise de leur approvisionnement énergétique.

Il commande une société politique et une société économique qui, depuis trois quarts de siècle, ont été habituées à trouver des compromis, jusque sur l'essentiel. Sans affrontements idéologiques ou philosophiques mais dans le souci de trouver, fût-ce de manière empirique, des solutions compatibles avec l'état des finances publiques.

Cet Etat doit prendre garde de ne pas perdre le nord. Il doit se montrer rigoureux quand il s'agit de définir avec précision, y compris sur le plan juridique, les nouveaux modes de gestion de l'administration publique.

Il doit se prémunir contre la tentation de céder à la mode ou de prendre la vague. Il lui appartient de définir, en concertation avec ses partenaires, et notamment avec les autres États européens, quels sont les principes qui peuvent l'inspirer pour assurer une meilleure gestion des services publics.

Il doit se rappeler la tradition de service public qui l'anime depuis l'époque française et qui a marqué l'aménagement de ses institutions depuis plus d'un siècle. Il doit renouveler cette conception et l'adapter au marché concurrentiel européen dans lequel les entreprises publiques et les entreprises privées sont désormais appelées à oeuvrer.

REGULATION OF THE PROVISION OF PUBLIC SERVICES IN DENMARK

Ulla NERGAARD Professeure associée, Law Department,
Copenhagen Business School, Denmark²¹⁸

1. The Concept of Regulation

The objective in what follows is to analyze how the term regulation is defined in Denmark, whether a discussion as such among lawyers exists and whether lawyers refer to the economic theories. In addition, it will be discussed whether there is a generally accepted definition as such.

The Danish equivalent to the term regulation is “regulering”. At times, the following variations are applied: “retlig regulering” - meaning “legal regulation”; “offentlig regulering” - meaning “public regulation”; and “regulering og styring” meaning “regulation and control”. These concepts will be defined below.

A definition of the concept “regulation” is to be found in a book concerning legal method and sources by Nielsen.²¹⁹ According to this author, the concept includes all levels of legislation. Thus, at the national level the concept includes the constitution itself, statutes passed by the Danish parliament, orders and more administrative regulation as well as regulation of agreements and so-called self-regulation. An equally wide definition of the concept regulation is provided by Olsen in his important doctoral thesis concerning regulation of public utilities in Denmark. In this piece of work, a more contextual perspective seems to have been taken, including in particular economics.²²⁰ Here, it is stated that regulation is normally understood as the control by public authorities of the citizens and undertakings with the purpose of ensuring a certain kind of behavior. The applied measures are both legislative and administrative in nature. The author stresses that, in principle, this understanding of the concept does not include the public sector's own activities in regard to the internal control of a, by now, large administration as well as of public production of goods and services to the citizens. To the author, this seems to be an inappropriate delimitation of the concept, and in consequence, he decides to operate with an even wider definition. Therefore, public ownership should be included as one of the possible ways of regulating public utilities. The State, broadly understood, has some kind of reason to regulate this field and has to choose a way of doing it. Olsen distinguishes between three different possibilities, all included in his definition: 1) implementation of certain rules applicable to private utilities; 2) ownership by the State itself; and 3) no intervention at all.²²¹

A definition of the concept “legal regulation” is presented by the two lawyers, Christensen & Dübeck.²²² To these authors legal regulation is seen as an important instrument applied by those

²¹⁸⁾ Developments which have taken place after 1 November 2003 have not been taken into consideration.

²¹⁹⁾ See Nielsen, R., “Retskilderne”, 7th edition, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, pp. 15 and 41. The exact Danish formulation on p. 15 is: “...Regulering..., der omfatter lovgivning i vid forstand, såvel på nationalt niveau (herunder både offentlig og privat regulering) som på folkeretligt og EU-retligt niveau...”, and on p. 41: “Regulering er den i henhold til kompetencenormer fastsatte ret i generel form (lovgivning i videste forstand). I dette kapitel gennemgås først folkeretlig og EU retlig regulering og demæst dansk lovgivning i vid forstand, dvs grundloven, almindelige love, bekendtgørelser og anden administrativ regulering samt aftaleregulering.”

²²⁰⁾ See Olsen, O. J., “Regulering af offentlige forsyningsvirksomheder i DK. Telekommunikation, kollektiv transport og ledningsbunden energi”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993. It should be mentioned that Olsen is not a lawyer.

²²¹⁾ The exact Danish formulation is: “Ved regulering forstås normalt, at offentlige myndigheder kontrollerer borgerne eller virksomhedene med henblik på at sikre en bestemt adfærd. Dette sker dels ved lovgivningsmæssige og dels ved administrative foranstaltninger. Ved deregulering forstås tilsvarende, at denne kontrol afvikles. Strengt taget omfatter begrebet regulering ikke den offentlige sektors egne aktiviteter, der består af den interne styring af et efterhånden stort forvaltningsapparat samt af offentlig produktion af varer og tjenesteydelser til borgerne... Jeg vil anvende begrebet i en bredere forstand, hvor offentligt ejerskab medtages som en af de mulige måder at regulere de undersøgte forsyningsvirksomheder på. Staten (der her bruges som fælles betegnelse for de relevante besluttende offentlige myndigheder) har af en eller anden grund en interesse i at styre dette område og skal vælge en måde at gøre det på. Den kan nøjes med at indføre visse regler for private forsyningsvirksomheder, eller den kan vælge selv at drive forsyningsvirksomheden. Endelig kan de statslige myndigheder nå til den konklusion, at den ønskede politik sikres bedst ved ikke at gribe ind. Alle tre muligheder vil jeg i det følgende medtage som mulige *reguleringsmåder*.”

²²²⁾ See Christensen, B. & Dübeck, I., “Den regulerende forvaltning - udviklingen af det retlige system efter 1950”, in “Stat, forvaltning og samfund efter 1950”, Edited by Bogason, P., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, p. 235. The exact Danish definition is the following: “Retlig regulering er et vigtigt redskab, som legitime magthavere vedblivende anvender til at påvirke borgernes adfærd. Karakteristisk er, at den ønskede eller uønskede adfærd beskrives sprogligt i generelle love eller konkrete retsakter, og at ikke overholdelse

legitimately in power with the purpose of influencing the behavior of the citizens. It is characteristic that the either desirable or undesirable behavior is described linguistically in general statutes passed by the Danish parliament or in more concrete legal instruments. Furthermore, it is characteristic that failure by citizens to comply with the described behavior may result in application of the State's appropriate sanctions.

A definition of the concept "public regulation" follows from the interpretation of the Danish Competition Act in which it is to be found. Thus, in Article 2 (in the Consolidated Competition Act No. 539 of 28 June 2002) it is decided that:

1. This Act shall apply to any business activity and to aid from public funds granted to business activities.
2. *The provisions in parts 2 and 3 of this Act shall not apply if an anti-competitive practice is a direct or necessary consequence of public regulation. An anti-competitive practice is indispensable for fulfilling the statutory responsibilities assigned to the local government.*
3. *Decisions made by the board of a municipal partnership, cf. section 60 of the Local Government Act, are comparable to decisions made by the local government, cf. subsection (2).*
4. *Questions whether an anti-competitive practice is compatible with subsection (2) shall be determined by the minister, who is responsible for the regulation concerned. If the Competition Council asks the relevant minister to determine whether an anti-competitive practice is covered by subsection (2), the minister must reach a decision no later than four weeks after receipt of the Council's inquiry. The Competition Council may prolong this deadline.*
5. *If the Competition Council finds that a public regulation or an aid scheme is likely to cause harmful effects on competition, or otherwise is likely to impede an efficient resource allocation, the Council may give a substantiated Statement, which points out potentially detrimental effects on competition, and make recommendations for promotion of competition in the area concerned. Having consulted the Minister for Economic and Business Affairs, the relevant minister is obliged to respond to the Competition Council's Statement not later than four months after receipt of the Statement. The Competition Council may prolong this deadline.²²³*

The impact of the provision is that the Competition Act does not apply to activities under the executive powers of a public authority, meaning such activities which consist in stipulating citizens' rights and obligations in pursuance of statutory rules.²²⁴

The term "public regulation" contained in Section 2, subsection 2, of the Competition Act is to be understood broadly.²²⁵ The provision does not imply particular requirements as to the wording and content of the regulation in question.²²⁶ The concept, *inter alia*, includes: legislation, legal orders, general rules of budget, rules concerning the municipalities' competencies not stated in the law, and obligations under, for example, international law, including in particular Community law.²²⁷

The list is not exhaustive, as the legislator consciously has chosen to operate with a dynamic concept which is suitable to follow the general development of society.²²⁸ It is of particular interest to mention that the term "legislation" is considered to be a general term including various kinds of

af den beskrevne adfærd kan medføre anvendelse af Statens tvangsapparat. Den generelle beskrivelse kan ske i love vedtaget af Folketinget. Men det har været karakteristisk for den undersøgte periode, at generel beskrivelse af en ønsket adfærd, som forvaltningen ventes at føre tilsyn med, som regel er sket i bekendtgørelser udstedt af centraladministrationen med hjemmel i lov."

²²³⁾ See Courtesy translation at www.ks.dk - only the Danish text is authentic.

²²⁴⁾ See "Introduction to The Danish Competition Act" by the Competition Authority, www.ks.dk/eng/guide.htm.

²²⁵⁾ See the preparatory works (Erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 35 under behandlingen af forslag til KRL 98, gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, p. 197).

²²⁶⁾ See the preparatory works (Betænkning over forslag til konkurrencelov, afgivet af Erhvervsudvalget den 22. maj 1997, gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, p. 127).

²²⁷⁾ See the preparatory works (Betænkning over forslag til konkurrencelov, afgivet af Erhvervsudvalget den 22. maj 1997, gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, pp. 127-128).

²²⁸⁾ See Madsen, P. B., "Kommunerne under den nye konkurrencelov", Særtryk af artikel tidligere offentliggjort i "Kommunestyre i retlige rammer. En antologi i anledning af KommuneKredits 100 års jubilæum", Kommunekredit, p. 10.

regulation, however in a more narrow understanding than the term “public regulation” itself.²²⁹ The two concepts are therefore not seen as completely identical. Concerning decisions to distort competition made by the municipalities and the like, these are not, in this context, included in the term “public regulation”, but are specifically regulated in section 2, subsections 2 and 3.²³⁰

Finally, the concept “regulation and control” in principle includes all kinds of the State's influence on the behavior of its citizens.²³¹ The instruments applied may be traditional legal rules as well as something completely different, *e.g.* self-administration, self-regulation and change-of-attitude.

The concept of “regulation” might be better understood by referring to its historical context. Therefore, it should in particular be mentioned that since the Second World War the influence of the State upon the economic life has grown significantly. Strongly centralized control and intervention have generally been viewed as absolutely necessary.²³² Thus, the number of employees in the administration and the scope of regulation have increased enormously. With regard to public services in particular, in the majority of the cases public ownership was chosen.²³³ However, it should be stressed that also other solutions have been applied.

To sum up, it does not seem to be the case that the concept of regulation as applied by lawyers explicitly refers to the economic theories. This, however, is not the same at all as implying that the economic theories are not of any importance. Also, it would be incorrect to conclude that any of the definitions are largely accepted as such. Common to all the definitions presented, however, is that the concept is to be broadly understood. It is also important to notice that often the term is not explicitly defined, not even in works on legal method. From a historical point of view, it is clear that the scope of application of regulation has increased enormously since the Second World War.²³⁴

2. Selected Sectors and their Evolution

2.1. Introduction

In what follows, nine selected sectors will be presented with primary focus on their historical development. In particular, emphasis will be put on the major changes that have occurred in recent years. The less developed sectors will be pointed out and possible explanations given. The following sectors are reviewed: Telecommunications, radio and television services, postal services, electricity, gas, railway services, bus services, water supply, and handling of waste.

In order to better understand the following analysis, it is necessary briefly to introduce the three levels of administration in Denmark. In principle, public administration is divided between State and local Government. Local Government is divided into 270 relatively big municipalities and 14 counties.²³⁵ However, the municipalities of Copenhagen and Frederiksberg have some fields of responsibility normally handled by the counties. It is characteristic of Danish public administration that local Government handles a very large part of the public functions. Examples of the fields of responsibility of the municipalities are primary education, eldercare, day nurseries and day-care

²²⁹⁾ See the preparatory works (Erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 35 under behandlingen af forslag til KRL 98, gengivet i Konkurrencestyrelsen, “Den ny konkurrencelov med forarbejder”, 1997, p. 192).

²³⁰⁾ See the preparatory works (Erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 114 under behandlingen af forslag til KRL 98, gengivet i Konkurrencestyrelsen, “Den ny konkurrencelov med forarbejder”, 1997, p. 267). Also see Fejø, J., “Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, 1. udg., pp. 62-63.

²³¹⁾ See Wegener, M., “Juridisk metode”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, p. 329. The exact Danish formulation of the definition is: “...’regulering og styring’... omfatter enhver form for statslig adfærdspåvirkning i forhold til borgerne, uanset om de anvendte midler har karakter af retsregler af traditionel beskaffenhed eller af noget helt andet, fx ’selvforvaltning’, ’selvregulering’ og ’holdningsbearbejdelse’”. The concept has been thoroughly analysed in a research project with the participation of various researchers. Three books (1989, 1990 and 1992) have been published presenting the results. For an overview, see *e.g.* Basse, E. M., “Om at anvende en regulerings- og styringstankegang”, *Juristen*, Nr. 10, 1993, pp. 389-394.

²³²⁾ See Just, F., “Administration og erhvervsliv fra 1930”, in “Dansk Forvaltningshistorie II”, Edited by Knudsen, T., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, p. 422.

²³³⁾ See Olsen, O. J., “Offentlige virksomheder”, in “Dansk Forvaltningshistorie II”, Edited by Knudsen, T., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, p. 801. This development was initiated as early as at the beginning of the 20th century.

²³⁴⁾ See Christensen, B. & Dubeck, I., “Den regulerende forvaltning - udviklingen af det retlige system efter 1950”, in “Stat, forvaltning og samfund efter 1950”, Edited by Bogason, P., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, p. 226.

²³⁵⁾ See Revsbech, C., “The Growth of Danish Administrative Law”, in “Danish Law in a European Perspective”, Ed. by Dahl, B., Melchior, T. & Tamm, D., *GadJura*, 2002, 2nd Edition, p. 145. What follows in the paragraph and the subsequent one is primarily based on this work, pp. 145-178.

centers, regulation of more simple environmental problems, local planning, and certain roads. Examples of the fields of responsibility of the counties are hospitals, secondary education, major roads, regional planning, and regulation of more complicated environmental problems.

Regarding the economic decisions of local Government, the basic principle in Danish law - that when a public authority acts, it must be authorized to do so by statute - is not fully observed. In fact, local Government councils have a relatively special and independent position as they have independent legal personality and their own financial resources. These are acquired through the collection of special local Government taxes and by block grants from the State. Quite particularly, it is assumed that by virtue of their position as independent entities with their own resources, the councils have a special authorization to use resources without any prior authorization in statutory law. This takes place according to some unwritten principles of local Government authorization (in Danish: "kommunalfuldmagten"). It is on the basis of these unwritten principles that the councils are allowed to place at the disposal of the citizens a number of services such as sports facilities, local bus services, community centers, *etc.* Consequently, local publicly owned enterprises may also be established, however subject to various limitations.²³⁶ In this respect, traditional fields have, *inter alia*, been the supply of gas, electricity, water, and public transport.

2.2. Telecommunications

The history of the telephone in Denmark began in 1880. From 1880 until 1900 numerous amounts of small telephone companies were established through concessions. First in the cities and later on also in the countryside.²³⁷ After some time, a need for state intervention seemed obvious. In consequence, in 1897 a law was enacted establishing a kind of compromise.²³⁸ The law is, in principle, still in force today.²³⁹ On the one hand, it was decided that the State had the monopoly of telephony; on the other hand, it was stated in the law that the State could grant concessions to private undertakings. The telegraph service of the State was granted an exclusive right regarding connections between the various parts of the country, whereas the private undertakings were granted rights related to the local communication in question. At this time, the number of private undertakings had already been reduced and only eleven concessions were granted during a period of twenty years. At the same time, the State became competent, for example, to control the prices.

It should be emphasized that not all of the local telephone companies were private. In 1900 all the municipalities of the island Funen succeeded in taking over the concession for the island. Subsequently, they established the undertaking Fyns Kommunale Telefonselskab.

When the concessions which had been granted pursuant to the law of 1897 expired in the years of 1918-20, they were extended. This time, however, it was stated that the State could take over the shares of the undertakings by the end of the next period. The State actually did take advantage of this possibility. The majority of shares were then acquired in what had now become only five regional telephone companies, *i.e.* KTAS, Fyns Kommunale Telefonselskab, Lolland-Falsters Telefonselskab, Bornholms Telefonselskab, and Jydsk Telefon. The number of companies was later on reduced once again to only four regional companies, each granted an exclusive right to provide the service in question within the relevant geographic area.²⁴⁰

From the enactment of the fundamental act in 1897 until 1990, discussions had been running as to whether establishing just one State-owned undertaking should be realized as an alternative. In 1990, this was finally realized by the establishment of the undertaking, Teledanmark. Today, the name of this company has been changed to TDC.

²³⁶⁾ See Engberg, M., "Kommunalfuldmagten", in "Forvaltningsret", Ed. by Gammeltoft-Hansen, H., and others, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2nd Edition, pp. 675-748.

²³⁷⁾ The following paragraphs are based on Olsen, O. J., "Offentlige virksomheder", in "Dansk forvaltningshistorie II. Stat, forvaltning og samfund. Folkestyrets forvaltning fra 1901 til 1953", Edited by Knudsen, T., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, pp. 814-816; and Olsen, O. J., "Regulering af offentlige forsyningsvirksomheder i Danmark. Telekommunikation, kollektiv transport og ledningsbunden energi", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993, pp. 272-278.

²³⁸⁾ See "Lov om Eneret for Staten til Anlæg og Drift af Telegrafer og Telefoner m.m."

²³⁹⁾ See Sandfeld, S., "Fra telegraflov til kommunikationslov - telelovgivningen gennem 100 år", in "Julebog 2003", Edited by Møgelvang-Hansen, P., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, pp. 56-57.

²⁴⁰⁾ See Sandfeld, S., "Fra telegraflov til kommunikationslov - telelovgivningen gennem 100 år", in "Julebog 2003", Edited by Møgelvang-Hansen, P., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, p. 56.

In recent years, the regulation of the field in question has been changed fairly dramatically, one important reason being the various EU directives of relevance within this sector. The fundamental act is the Act from 2000 on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market as amended most recently by Act No. 450 of 10 June 2003.²⁴¹ The purpose of the law in the most recent version is firstly to promote the establishment of a well-working, competitive market for the provision of electronic communications networks or services and associated facilities which enable end-users: a) freely to choose their provider(s) of electronic communications networks or services, b) to communicate with all other end-users, whether or not these are customers of the same provider or a different provider, c) to have access to all providers of various information and content services via electronic communications networks, d) to compose freely their use of electronic communications networks and services as well as information and content services, whether or not these are supplied by several different providers of networks or services, and e) to retain their subscriber numbers when changing between providers of electronic communications services. Secondly, the purpose is to ensure all end-users who wish so access to a number of basic USO services on reasonable terms and at reasonable prices. Thirdly, the purpose is to ensure a number of basic user rights for end-users in connection with agreements on delivery of electronic communications networks or services with providers of electronic communications networks or services.

In particular, it should be pointed out that certain provisions of the law are intended to ensure all end-users access to a number of basic electronic communications services on reasonable terms and at reasonable prices.²⁴² The universal service obligation (USO) to be ensured by appointing one or more USO providers includes: 1) basic voice telephony services; 2) ISDN services or electronic communications services with the same minimum set of basic functions; 3) leased lines, except broadband lines; 4) special USO services for certain defined groups of disabled persons; 5) comprehensive directory enquiry service and a directory enquiry service with wide coverage for foreign numbers; and 6) distress and safety communications via public services covering Denmark and Greenland.

The National IT and Telecom Agency has the competence of deciding the appointment of one or more providers of public electronic communications networks or services as USO providers of the services just mentioned.²⁴³

At present, TDC has had to face several new competitors. Especially, the competition has been strong on the mobile telephone market. In general, price rather than service seems to be the dominant parameter of competition.²⁴⁴

Altogether, since the very first regulation related to this area was enacted at the end of the 19th century and until today, the regulation of the field has undergone an unusual development.²⁴⁵ From having been a very specific regulation, the relevant Act of today appears as a modern law on electronic communications in the broad sense.²⁴⁶

2.3. Radio and Television Services

The first Danish Radio Act was passed in 1907.²⁴⁷ In this law, it was stipulated that the exclusive right to establish and operate transmitting stations in Denmark was to be held by the State itself.²⁴⁸

²⁴¹⁾ See especially "Lov nr. 418 af 31/05/2000 om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet"; "Lov nr. 450 af 10/06/2003 om ændring af lov om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet med flere love"; "Bekendtgørelse nr. 661 af 10/07/2003 om konkurrence- og forbrugerforhold på telemarkedet"; and "Bekendtgørelse nr. 665 af 10/07/2003 om forsyningspligttydelser". In particular, see Consolidated Act No. 661 of 10 July 2003, i.e. Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

²⁴²⁾ See Section 16 of the Act.

²⁴³⁾ See Section 16 of the Act.

²⁴⁴⁾ About the situation of competition, see IT- and Telestyrelsen, "Telekonkurrenceredegørelse 2003. Redegørelse om konkurrencesituationen i den danske telesektor", Maj 2003.

²⁴⁵⁾ See Sandfeld, S., "Fra telegraflov til kommunikationslov - telelovgivningen gennem 100 år", in "Julebog 2003", Edited by Møgelvang-Hansen, P., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, p. 55.

²⁴⁶⁾ See Sandfeld, S., "Fra telegraflov til kommunikationslov - telelovgivningen gennem 100 år", in "Julebog 2003", Edited by Møgelvang-Hansen, P., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, p. 55.

²⁴⁷⁾ See "Lov nr. 37 om traadløse Telegrafer af 19. april 1907".

However, it was only after the First World War that the radio started its life as one of the true mass media.²⁴⁹ Due to what might be called a chaotic state of things with many radio clubs competing with each other over the air, in a broadcasting act from 1926 it was explicitly stipulated that broadcasting should become an obligation only of the State.^{250 251} The act empowered the Minister of Transport and Communications, among other things, to establish a central transmitting station covering all the country. The name of this institution was and still is DR. The next important change of law did not occur until 1959.²⁵²

In 1951, DR was, so to speak, extended to include television. Today, it consists of two channels, DR 1 and DR 2. DR 1, founded in 1951, is broadcast via a terrestrial network. DR 2, founded in 1996, is a satellite channel.

Today, the most important statute in this field of law is the Danish Radio and Television Act No. 1052 of 17 December 2002. Similarly to many of the other sectors analyzed, this field of law is, not surprisingly, also influenced by EU regulation.

The objective of the law is not explicitly stated in any of its provisions. In Section 1 of the law it is, however, stated that the following enterprises shall have the right to provide program services: 1) Danmarks Radio, 2) TV 2/DANMARK; 3) the regional TV 2 stations; 4) enterprises having been licensed under Chapter 8 to provide national or regional program services on the basis of a special licence, or which can, under Section 47, provide program services without a licence; and 5) companies, associations, *etc.*, and municipalities licensed under Chapter 9 to provide program services within a local area, or which can, under Section 52, provide local program services without a licence. At present, broadcasting in Denmark is in other words organized on three levels.²⁵³ Firstly, there is the nationwide coverage, which consists of DR's nationwide radio and TV transmissions and TV2's nationwide TV transmissions.²⁵⁴ In addition to DR and TV2, a number of private TV or radio companies also broadcast nationwide through satellite or cable TV. Secondly, there is the regional coverage, which consists of eight regional TV2 companies along with DR's nine regional radio stations. Finally, there is the local coverage, which consists of about 100 local TV stations and 250 local radio stations, which are private enterprises. In June 2003, two further nationwide radio channels were auctioned off.²⁵⁵ By far the largest part of the public spending on television and radio is acquired by income from television and radio licence fees.

Concerning the public service obligation, this is formulated in Section 10. According to this the overall public service activities shall provide, via television, radio and the Internet or similar, the Danish population with a wide selection of programs and services comprising news coverage, general information, education, art and entertainment. Quality, versatility and diversity must be aimed at in the range of programs provided. In the planning of programs, freedom of information and of expression shall be a primary concern. Objectivity and impartiality must be sought in the information coverage. The programming shall ensure that the general public has access to important information on society and public debate. Furthermore, particular emphasis shall be placed on Danish language and culture. The programming shall cover all genres in the production of art and culture and provide programs which reflect the diversity of cultural interests in Danish society. Furthermore, it is decided in Statute 11, that public service programs shall be provided by Danmarks Radio, TV 2/DANMARK and the

²⁴⁸⁾ See Olsen, O. J., "Offentlige virksomheder", in "Dansk Forvaltningshistorie II. Stat, forvaltning og samfund", Edited by Knudsen, T., Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2000, p. 816.

²⁴⁹⁾ See Olsen, O. J., "Offentlige virksomheder", in "Dansk Forvaltningshistorie II. Stat, forvaltning og samfund", Edited by Knudsen, T., Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2000, p. 816.

²⁵⁰⁾ See "Lov nr. 66 om Radiospredning af 12. marts 1926".

²⁵¹⁾ See Skovmand, R., "De første år", in "DR 50", Edited by Skovmand, R., Danmarks Radio, 1975, p. 42.

²⁵²⁾ See Nissen, H. S., "Politikere eller kulturpersonligheder", in "DR 50", Edited by Skovmand, R., Danmarks Radio, 1975, p. 144.

²⁵³⁾ The following is based on the publication of the Ministry of Culture, *i.e.* Kulturministeriet, "Danish Cultural Policy", 2002 (www.kulturministeriet.dk).

²⁵⁴⁾ In the publication of the Danish Ministry of Culture, "Danish Cultural Policy", 2002 (www.kulturministeriet.dk), it is furthermore pointed out that "DR and TV2 are the Danish national broadcasters. DR is a self-regulating public broadcasting agency and TV2 is a self-regulating broadcasting agency. DR and TV2 recognize certain public service responsibilities. Both stations are further obligated to programme for and broadcast to the entire population, including the transmission of programmes aimed at smaller target groups. Consequently, the executives and board of managers of the two stations are solely responsible for programming. DR and TV2 are each responsible for two television channels, one terrestrial and one satellite. DR has 4 radio channels. DR is financed almost exclusively by licence fees, while TV2 is financed by advertising revenue (approx. 70 %), licence fee revenue, and other income."

²⁵⁵⁾ The fifth channel was won by Sky Radio A/S and the sixth by Talpa Radio International. Thereby, the two new radio channels have been put under foreign ownership. DR was not permitted to "buy" any of the channels.

regional TV 2 stations. Also, the program services on the fourth FM radio channel and the news coverage on the fifth FM radio channel form part of the general public service activities.

It should be pointed out, that in the early summer of 2002, the Danish Government decided to privatize the television station TV 2, which had been partially financed by licence fees since its beginning in 1988. In May 2003, the Danish Parliament has accordingly adopted an act that establishes the legal basis for the impending privatization.²⁵⁶ The plan is that, prior to 2006, TV 2 is to be sold to a private undertaking. However, even though the station is to be privatized, it must still abide by certain public service obligations with respect to news and current events and a continued economic commitment to Danish film.²⁵⁷ DR is intended to remain a public institution.

2.4. Postal Services

The postal service is one of the oldest publicly owned corporations in Denmark as it was established by King Christian IV as early as in 1624 (pursuant to *Forordningen af 24. december 1624*).²⁵⁸ At first, the service was led by four merchants from Copenhagen.²⁵⁹ However, after only a few years, it was reorganized so that it became under the direct control of the State.²⁶⁰ Against this background, one could interpret the exclusive right to convey post as having been stipulated as early as in the measure from 1624. However, it was not until shortly after the change into absolute monarchy in 1660 that the king, Frederik III, referred explicitly to this as the *postregale*, implying that this right belonged exclusively to the monarch.²⁶¹

The history of the postal service is naturally long and will not be described in any kind of detail at all. It should be mentioned, however, that since 1927 the organization included the telegraph service.²⁶² From then on, it carried the name P&T and was set up as a full monopoly.

On June 28th 2002, Post Danmark A/S was established as a shareholding company with the State as the sole owner.²⁶³ Beforehand, *i.e.* from 1995, Post Danmark had been an independent publicly owned corporation. Pursuant to the Post Danmark A/S Act, Section 2, the objective of the company is to provide postal services. Further, the company may carry on business within distribution, communication, transport and logistics. In addition, the company may, by means of the post office network, carry on other business with the aim of supporting the post office network.

In the Postal Business Act No. 89 of 8 February 1995, it is laid down in Section 1 that firstly postal business shall mean postal distribution on commercial terms of addressed letters and other addressed items weighing up to 20 kilos, and secondly that postal distribution shall include the collection, transportation and delivery of the mentioned items.²⁶⁴ Section 2 lays down that the State shall be obliged to ensure nationwide postal distribution of: 1) addressed letters; 2) other addressed mail with uniform, printed contents which are not wrapped; 3) daily, weekly and monthly papers as well as periodicals; 4) addressed parcels, and 5) literature to the blind. In this provision it is also set out that the Minister shall determine the rules for weight and size limits applicable to the mentioned mail. Also of interest is that the Minister of Transport may decide that the delivery of mail to individual addressees or groups of addressees in rural areas shall be restricted.

The State has the sole right to convey domestic addressed letters, which shall mean: 1) addressed items, regardless of their contents, when these are placed in an envelope or similar packaging; and 2) addressed written messages, including postcards, with individual contents.²⁶⁵

²⁵⁶⁾ See Act No. 438 of 10th June 2003 on TV2/Denmark A/S (the Danish title is: Lov nr. 438 af 10/06/2003 om TV2/DANMARK A/S); and Sandfeld Jakobsen, S., "DK - Privatisation of the Danish National Broadcaster TV2", *IRIS Legal Observations of the European Audio-visual Observatory*, 2003-7, p. 8.

²⁵⁷⁾ See the publication of the Ministry of Culture, *i.e.* Kulturministeriet, "Danish Cultural Policy", 2002 (www.kulturministeriet.dk).

²⁵⁸⁾ See Madsen, O., "P&Ts historie til 1711. Et nyttigt og gavnligt Postværk", Generaldirektoratet for Post- og Telegrafvæsenet, 1991, pp. 61-163.

²⁵⁹⁾ See Madsen, O., "P&Ts historie til 1711. Et nyttigt og gavnligt Postværk", Generaldirektoratet for Post- og Telegrafvæsenet, 1991, p. 154.

²⁶⁰⁾ Olsen, O. J., "Offentlige virksomheder", in "Dansk Forvaltningshistorie II. Stat, forvaltning og samfund", Edited by Knudsen, T., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, p. 811.

²⁶¹⁾ See Madsen, O., "P&Ts historie til 1711. Et nyttigt og gavnligt Postværk", Generaldirektoratet for Post- og Telegrafvæsenet, 1991, pp. 59-60.

²⁶²⁾ Olsen, O. J., "Offentlige virksomheder", in "Dansk Forvaltningshistorie II. Stat, forvaltning og samfund", Edited by Knudsen, T., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, p. 813.

²⁶³⁾ See "Lov nr. 409 af 06/06/2002 om Post Danmark A/S", with later amendments.

²⁶⁴⁾ The Danish name of the law is: "Lov nr. 89 af 08/02/1995 om postvirksomhed", with later amendments.

²⁶⁵⁾ See Section 3 of the Postal Business Act.

However, the sole right does not include the conveyance of addressed catalogues, brochures, papers, magazines and periodicals as well as other items with uniform, printed contents which are placed in transparent packaging. The State also has the sole right to convey within Danish territory addressed items sent from Denmark to other countries and from other countries to Denmark. The sole right to convey addressed letters shall include the collection, transportation and delivery of these. Courier mail is not included in the sole right. The minister shall lay down rules for weight, price and size limits primarily for what may be called the addressed items.

Pursuant to Section 10, the Minister of Transport shall grant a concession for the provision of the postal services mentioned in Section 3(1) and (3) as well as for the utilization of the rights mentioned in Sections 6 to 8. The scope of the postal service obligation shall be specified in the concession.²⁶⁶

2.5. Electricity Supply

Before 1891, several electricity production facilities existed, but they did not supply electricity to others than the producer himself.²⁶⁷ In the years between 1891 and 1905 about 30 facilities, actually selling electricity to others, were established.²⁶⁸ Since then, electrification of the country was carried through rapidly.²⁶⁹ Originally, much of the electricity supply started as private initiatives in the cities.²⁷⁰ Later on, the municipalities often took over the supply. However, from the very beginning the city of Copenhagen chose from the very beginning to be responsible itself for the electricity supply, however through the granting of concessions. In the country, the electricity supply was most often organized through co-operative societies. Finally, in a few cases actual shareholding companies were established with the participation of the municipality in question.

At this early stage of the development, the State had so far not launched any formal requirements (such as the granting of e.g. concessions) as to the establishment of an electricity supply facility.²⁷¹ In principle, anyone could therefore establish one. However, in order to establish the distribution lines themselves, permissions necessarily had to be acquired from the relevant municipalities, which in reality gave these a rather important, although indirect, influence upon the development of the sector.²⁷² In 1907, some regulation of the field was finally introduced.²⁷³

In the inter-war period, new needs arose and the many small organizations seemed quite unable to meet them. The State, however, still did not become highly involved. Only to a minor degree did the sector seem to be able to accomplish centralization and rationalization. Therefore, up until the 1990s the sector remained organized as local or regional monopolies, in practice, with the exclusive right to supply a particular geographic area with electricity.²⁷⁴ Since then, big changes – with regard to concentration, regulation and ownership – have taken, and are still, taking place.

²⁶⁶⁾ Concerning the concrete formulation of the concession, see Executive Order no. 81 of 7 February 1999 on Post Danmark's Universal Service Obligation and Sole Right, etc., and Executive Order No. 84 of 7 February 1999 on the Concession Granted to Post Danmark.

²⁶⁷⁾ See Wistoft, B., Petersen, F. & Hansen, H. J., "Electricitetens Aarhundrede". Dansk elforsynings historie. Bind 1. 1891-1940", Danske Elværkeres Forening, 1991, p. 11.

²⁶⁸⁾ See Wistoft, B., Petersen, F. & Hansen, H. J., "Electricitetens Aarhundrede". Dansk elforsynings historie. Bind 1. 1891-1940", Danske Elværkeres Forening, 1991, p. 11.

²⁶⁹⁾ See Wistoft, B., Petersen, F. & Hansen, H. J., "Electricitetens Aarhundrede". Dansk elforsynings historie. Bind 1. 1891-1940", Danske Elværkeres Forening, 1991, p. 11.

²⁷⁰⁾ See Olsen, O. J., "Offentlige virksomheder", in "Dansk Forvaltningshistorie II. Stat, forvaltning og samfund", Edited by Knudsen, T., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, p. 818. What follows, is largely based on this work of Olsen.

²⁷¹⁾ See Mortensen, B. O. G., "Elforsyningsloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, p. 25.

²⁷²⁾ See Mortensen, B. O. G., "Elforsyningsloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, p. 25.

²⁷³⁾ See "Stærkstrømsloven af 1907". For further details, see Mortensen, B. O. G., "Elforsyningsloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, p. 25. In 1976, in the first Electricity Supply Act, a licensing system as such became introduced. See Rønne, A., "Energy Law in Denmark", in "Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions", Ed. by Roggenkamp, M. M., and others, Oxford University Press, 2001, p. 391. According to this latter author, from then on a licence granted by the Ministry certainly became a precondition for the production, transmission, and distribution of electricity.

²⁷⁴⁾ See Olsen, O. J., "Regulering af offentlige forsyningsvirksomheder i Danmark. Telekommunikation, kollektiv transport og ledningsbunden energi", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993, p. 401. This author writes on p. 475 that in 1991 the electricity supply was secured by as many as 117 companies. Mortensen adds to this that regarding the production, the sector has developed into two vertically integrated monopolies, see Mortensen, B. O. G., "Elforsyningsloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, p. 26. Also on p. 26 the author points out that the mentioned law from 1976 meant that price regulation was introduced. At this time the majority of the larger cities were supplied by municipal or municipally owned distribution companies while the distribution companies in the smaller cities and in the country districts still were organized as co-operative societies. This structure dominates even today. For a more detailed description of the

Today, the regulation of this sector is heavily influenced by the EU. The fundamental act of interest - which takes the relevant directives into account - is the Electricity Supply Act originally passed in 1999.²⁷⁵ The objective of the Act is to ensure that the electricity supply of the country is organized and implemented with consideration of supply, the national economy, the environment and consumer protection.²⁷⁶ Within the terms of this objective, the Act is to ensure consumers' access to inexpensive electricity and continue to provide them with influence on the administration of the assets of the electricity sector.²⁷⁷ In addition, particularly sustainable energy application should be promoted.²⁷⁸

The Act from 1999 became, in particular, responsible for introducing a new structure of supply of electricity. Fundamentally, a separation of the monopoly-bound (transmission and distribution networks) and the competition-exposed parts (production and trade) has taken place.²⁷⁹

Without going into detail about the Act, it should however be pointed out that a supply-committed enterprise is defined in Section 5 as an enterprise with a license that supplies electricity to consumers who either do not have the possibility to choose their own supplier, or who do not exercise this possibility. In Section 33 it is laid down that supply-committed activity may only be conducted under a license which may be granted to companies that fulfill the requirements stated in Parts 7 and 8 and in Section 97(2).²⁸⁰ The license, which is given for 5 years, is granted by the Minister for the Environment and Energy for a specified area. In Section 6 it is explicitly pointed out that everyone in Denmark has the right to be supplied with electricity upon payment. This right means the right to delivery of electricity by means of a supply offer from a supply-committed enterprise. Also worth mentioning is that consumers who have access to choice of supplier have the right to cancel and resume deliveries from the supply-committed enterprises within reasonable time-limits and on reasonable conditions. Finally, it is stated that collective electricity supply companies must place their services at the disposal of the consumers on transparent, objective, reasonable and uniform terms.

In principle, the majority of the various suppliers of electricity may be said to be owned by the municipalities. This has, however, turned out to be a truth with modifications. The issue of ownership is of relevance in situations of sale and, to put it simply, concerns whether the profit gained in that case belongs to the State, the municipalities or the consumers.²⁸¹ In recent years, intense discussions have taken place and a change of legislation has been implemented in order to make it more difficult for municipalities to sell what they believe are their assets. As this is an extremely complicated issue to summarize, it should suffice here just to mention that on March 31 2003, the Council of Energy made the almost historical decision that that part of the net capital built up in the years until 1977 belongs to the owners of the undertaking in question, whereas that part built up in the years between 1977-2000 should benefit the consumers. In addition it should be mentioned that the Government is planning to propose a new law under which the State will have the right to receive 40 per cent of the municipalities' income arising from a potential sale.

Altogether, it may be understood from the above analysis that the electricity sector is undergoing significant changes. This process may be expected to continue in the years to come.²⁸²

actual market structure of today, see in particular Mortensen, B. O. G., "Elforsyning - Afvejning af hensyn til en sektor på vej mod det indre marked", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, Chapters 9-11. Also see the Decision of the Competition Council of 26 March 2003 concerning the behavior of Elsam A/S and Energi E2 A/S; and Rønne, A., "Energy Law in Denmark", in "Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions", Ed. by Roggenkamp, M. M., and others, Oxford University Press, 2001, p. 385-405.

²⁷⁵⁾ See "Bekendtgørelse nr. 151 af 10/03/2003 af lov om elforsyning", with later amendments.

²⁷⁶⁾ See Section 1 of the Act.

²⁷⁷⁾ See Section 1 of the Act.

²⁷⁸⁾ See Section 1 of the Act.

²⁷⁹⁾ See Mortensen, B. O. G., "Elforsyningsvirksomhed", in "Miljøretten III. Affald, jord, råstoffer og undergrund", Ed. by Basse, E. M., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, pp. 404-405.

²⁸⁰⁾ In Part 7 (Sections 35-49) are stated the rules concerning transfer, consumer influence, unbundling of activities, etc. In Part 8 (Sections 50-54) are stated the general provisions concerning licences. In Section 97(2) it is, among other things, stated that it is a condition for licences being granted to grid companies that direct or indirect owner shares in electricity production companies, transmission companies, system-responsible companies and Supply-committed enterprises, which, on 29 April 1999 are owned by the grid company or by companies that directly or indirectly hold owner shares in the grid company, are transferred to the grid company so that this directly owns the owner shares in question.

²⁸¹⁾ See Olsen, B. E., "Hvile i sig selv princippet. En miljø- og konkurrenceretlig analyse af affalds- og elforsyningsområdet", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999, pp. 241-276. Also see Olsen, O. J.; and others, "Konkurrence i elsektoren?", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, pp. 133-155.

²⁸²⁾ Also see Rønne, A., "Energy Law in Denmark", in "Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions", Ed. by Roggenkamp, M. M., and others, Oxford University Press, 2001, p. 386 and p. 405.

2.6. Gas Supply

In what follows, firstly the historical development of the supply of city gas will be explained, followed by an overview of the historical evolution of the supply of natural gas. It may be stated already from the outset that the supply of city gas has been characterized by local organization and regulation (in a broad sense of the term) and natural gas by national organization and regulation.

In principle, city gas can be produced through the burning of coal (or oil) and was originally applied for lighting and later on especially for cooking. It was not Copenhagen, but Odense, a major provincial city in Denmark, that pioneered public gas supply in 1853.²⁸³ The company behind the gas works, The Danish Gas Company, continued in 1854-55 to establish a further five gas works in other major provincial towns. In 1856 the first three municipal gas works were established. In the following year, Copenhagen finally got its gas works, built and operated by the city itself. After this, the development was rapid, but already from 1868, the construction of new gas works stagnated again.

Generally, it could be observed that gas came first to the cities and major towns, after which it spread downwards in the urban hierarchy. Moreover, in its first phase, the movement can best be characterized as a package import from Britain. This included technology, machinery and coal as well as, to a certain degree, capital.

As mentioned, the very first six gas works were built privately by The Danish Gas Company. In addition, the company built three more gas works in 1859-60. The contracts of this company from the 1850s were brief and almost identical. The municipality provided land for the gas works free of charge. Also, it paid the import duty on the materials for the plant and the company was granted a monopoly for the supply of gas to the town for 20-25 years. This should not, however, be understood as a privilege, nor was an actual concession or a legal monopoly as such granted. The Danish Ministry of the Interior merely accepted that the municipality entered into an agreement on public gas supply for a number of years. The contracts also included terms stipulating the obligation to supply gas of a fixed luminous intensity. Furthermore, the municipality was supplied with gas for its street lamps at an agreed low price, whilst the price and quality of the gas supplied to private consumers were not contractually determined. Finally, the municipality had the right to purchase the gas works after 10 years. The contracts were later renewed several times, except for Århus, where the municipality bought the gas works from the company.

However, municipal operation was most frequently seen, and in 1860 the municipal gas works provided 80 per cent of the total Danish gas production. Seen in an international perspective, it is the opinion of Hyldtoft that the early and very massive municipal involvement is the most characteristic aspect of the Danish gas system. The early and intensive municipal involvement in Denmark is explained by the relatively late introduction of gas works and by the fact that the example of Copenhagen inspired others to a similar development. The official reasons for the municipal involvement were, among other things, that it was unreasonable to let a private (and foreign) firm reap considerable profits from a project which was compatible with other municipal activities and which was not very risky. Also, the Government had no principal objections to the municipalities entering this field. Regarding Copenhagen, the situation was naturally completely different and much more complicated than in the smaller towns. In consequence, in 1890 gas, as well as electricity, were separated from other fields into a special organization, Københavns Belysningsvæsen.

Today, city gas has decreased dramatically in importance and only seems to be used primarily in private homes for cooking. Especially in the 1970s city gas in private homes was replaced by electricity.²⁸⁴ In fact, the supply of city gas has only survived in three cities besides Copenhagen.²⁸⁵ Interestingly, although this field is still considered to be among the traditional obligations of the

²⁸³⁾ See Hyldtoft, O., "Den lysende gas. Etableringen af det danske gassystem 1800-1890", Systime, 1994, p. 173. The following paragraphs are also based on this work, especially pp. 155-190.

²⁸⁴⁾ See Wistoft, B., and others, "'Elektricitetens Aarhundrede'. Dansk elforsynings historie, Bind 2. 1940-1991", Danske Elværkers Forening, 1992, p. 198.

²⁸⁵⁾ See Wistoft, B., and others, "'Elektricitetens Aarhundrede'. Dansk elforsynings historie, Bind 2. 1940-1991", Danske Elværkers Forening, 1992, p. 198.

municipalities, the obligation is not explicitly stated in any law.²⁸⁶ In fact, only technical matters and matters related to duties are regulated.²⁸⁷ The gas works have remained local with no national network.

So far, only city gas has been treated here. In more recent times, natural gas has become of huge importance in Denmark, primarily as a source of heating. It should, however, be mentioned that as early as in 1932 it was laid down in Denmark's first Subsoil Act that raw materials, such as oil and natural gas, in the Danish Subsoil belong to the State of Denmark.²⁸⁸ In 1966, the first discovery of oil and natural gas was made.²⁸⁹ Denmark has produced hydrocarbons since 1972, when production started from the Dan field.²⁹⁰ The production of natural gas as such was commenced in 1984.²⁹¹ At the same time, a country-wide off-shore and on-shore transmission system of pipelines, including a gas treatment plant, storage facilities, belt crossing, and a number of "off-take" stations were inaugurated.²⁹² Since 1991, Denmark has been self-sufficient in oil and natural gas.²⁹³ At the end of 2001 oil and/or gas were produced from a total of 16 fields, all of which are located in the North Sea. From the very beginning, the organization of the market has been controlled centrally by the government, however to a certain degree in co-operation with local interests.²⁹⁴ In 1976 the share holding company, DONG, was established. It is 100 per cent owned by the Danish State.²⁹⁵ This company, *inter alia*, produces, stores, transmits, distributes and trades natural gas in Denmark. It is indeed the most dominant actor on the natural gas market.²⁹⁶ At the same time, DONG was granted various exclusive rights.

The sector is regulated in the Natural Gas Supply Act, which is influenced by the EU directives.²⁹⁷ The objective of the Act is stated in Section 1(1) and it is to ensure that the natural gas supply of the country is organized and implemented with due consideration to the security of supply, the national economy, the environment and consumer protection. Within the terms of this objective, the act is to ensure that consumers are allowed access to inexpensive natural gas. In Section 1(2) it is further pointed out that in accordance with the objectives mentioned in Section 1(1), the Act is in particular to promote sustainable energy application, including energy savings, while also ensuring efficient use of financial resources and creating competition on markets for trade in natural gas.

Transmission, distribution and storage activities may only be carried out under license that can be granted to undertakings that fulfill certain requirements.²⁹⁸ The license is granted by the Minister for twenty years.²⁹⁹ A license is also required to supply customers who do not have the right to choose a supplier.³⁰⁰ Also in this situation, the license can be granted to undertakings that fulfill certain

²⁸⁶⁾ See Gammeltoft-Hansen, H., and others, "Forvaltningsret", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, 2 edition, p. 709.

²⁸⁷⁾ However, the unwritten principles regulating the activities of the municipalities, the so-called "kommunalfuldmagt", are in force also in relation to the city gas area.

²⁸⁸⁾ See Rønne, A., "Energy Law in Denmark", in "Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions", Ed. by Roggenkamp, M. M., and others, Oxford University Press, 2001, p. 335. The author adds: "At this time, the Act only included the land and territorial sea. Following the Danish ratification of the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf on 31 May 1963, sovereignty was claimed over the Danish continental shelf area in June 1963. [footnote omitted] It was considered that Danish legislation, which was not expressly limited to the land and territorial sea, hereafter also applied to the exploration and exploitation activities on the continental shelf, but in order to eliminate any doubt it was proposed to introduce separate and joint regulation of activities to be carried out on the continental shelf. Consequently, the Act on the Continental Shelf was adopted in 1971. This Act states that "the natural resources of the Danish Continental Shelf are the property of the State of Denmark and may only be explored or exploited by others under a concession or a permit" The Act has later been subject to amendments.

²⁸⁹⁾ See the Report by Energistyrelsen (the Danish Energy Authority), "Danmarks olie- og gasproduktion", 2001 (www.ens.dk).

²⁹⁰⁾ See the home page of the Energistyrelsen, www.ens.dk

²⁹¹⁾ See Rønne, A., "Energy Law in Denmark", in "Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions", Ed. by Roggenkamp, M. M., and others, Oxford University Press, 2001, p. 336.

²⁹²⁾ See Rønne, A., "Energy Law in Denmark", in "Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions", Ed. by Roggenkamp, M. M., and others, Oxford University Press, 2001, p. 360. In general, for a more detailed account of the organization of the market regarding *inter alia* exploration for, production of, transportation of and distribution of natural gas, see the mentioned work, pp. 225-384; Decision of the Competition Council of 24 April 2003 concerning "DONG/DUC naturgasaftaler"; and Hahn-Petersen, M., "A. P. Møller og den danske olie", 1997.

²⁹³⁾ See Rønne, A., "Energy Law in Denmark", in "Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions", Ed. by Roggenkamp, M. M., and others, Oxford University Press, 2001, p. 335.

²⁹⁴⁾ See Olsen, O. J., "Regulering af offentlige forsyningsvirksomheder i Danmark. Telekommunikation, kollektiv transport og ledningsbunden energi", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993, p. 480. About the regional companies, see Rüdiger, M., "DONG og energien", Handelshøjskolen Forlag, 1998, *inter alia* pp. 129-149.

²⁹⁵⁾ See the Act on DONG, *i.e.* "Lov om Dansk Olie og Naturgas m.v. nr. 254 af 8. juni 1983". Notice that DONG is not the sole actor in all activities.

²⁹⁶⁾ See *e.g.* Decision of the Competition Council of February 26th 2003 concerning DONG's acquisition of Energigruppen Jylland.

²⁹⁷⁾ See "Bekendtgørelse nr. 130 af 27/02/2003 af lov om naturgasforsyning".

²⁹⁸⁾ See Section 10 of the Natural Gas Supply Act.

²⁹⁹⁾ See Section 10 of the Natural Gas Supply Act.

³⁰⁰⁾ See Section 24 of the Natural Gas Supply Act.

requirements and it is granted by the Minister for a minimum of five years.³⁰¹ The exact requirements are stated in Section 28. Pursuant to this provision, licenses can only be granted to applicants who are considered to possess the necessary expertise and financial background. In addition to the terms mentioned in the act, other objective and non-discriminatory terms can be laid down in the licenses, including terms that are necessary with a view to compliance with EU law in the field.

In principle, everyone in areas designated for natural gas supply pursuant to the Heat Supply Act, and others who are or will be connected to the natural gas supply has the right, upon payment, to be supplied with natural gas.³⁰² It is stressed in Section 11 that transmission and distribution undertakings are to ensure adequate and efficient transportation of natural gas with accompanying services in their own networks, and these obligations include the following: 1) maintain, convert and develop the natural gas network in the supply area to the degree necessary, 2) maintain the physical balance in the network, 3) place the necessary transportation capacity at disposal, 4) ensure the measurement and purchase of natural gas in the network, and 5) supply users of the network with the necessary information about measurement of the natural gas that is transported through the network.³⁰³

Also to be mentioned is the Heat Supply Act.³⁰⁴ The background of the Act is that at the time of construction of the natural gas supply system in Denmark, one of the political conditions for introducing it at all was that it should be left to local authorities to distribute and sell the gas to consumers as they had done for many years regarding electricity, water, district heating, and city gas for cooking.³⁰⁵ The Act therefore provides the framework for the use of natural gas for heating purposes stipulating that, through a heat planning system, it was to be decided which energy source was to be used within the respective area.³⁰⁶ In practice, five regional municipally owned gas companies have been established dealing with distribution.³⁰⁷

As seen, the importance of city gas is no longer very substantial, whereas the supply of natural gas has become extremely important. The latter sector is rather young, and may be seen as still being in a phase of transition. However, the sector should not be expected to change overnight as liberalization is introduced only gradually.³⁰⁸

2.7. Railway Transport Services

In the nineteenth century numerous private railway companies were established.³⁰⁹ To be exact, the very first line was opened in 1847.³¹⁰ After what became a rather turbulent start-up period, the State took over the main lines in Jutland and on Funen in 1867, and in 1880 the main lines on Zealand. In this way, a coherent State railway network was established. In 1885, a railways directorate was administratively established. The first organizational act on the State railways was then passed in 1892. Until then, the field was primarily regulated through the terms of the concessions and the general legislation in combination with the legislation on road transport.³¹¹

In addition to main lines, a large number of local lines were also established. Three acts from 1894, 1908, and 1918 granted exclusive rights to as many as 122 private projects, among which 70

³⁰¹⁾ See Section 24 of the Natural Gas Supply Act.

³⁰²⁾ See Section 7 of the Natural Gas Supply Act.

³⁰³⁾ Further obligations are in particular laid down in Sections 12, 14, 15 and 26 of the Natural Gas Supply Act.

³⁰⁴⁾ See "Bekendtgørelse nr. 772 af 2/07/2000 af lov om varmforsyning", with later amendments.

³⁰⁵⁾ See Rønne, A., "Energy Law in Denmark", in "Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions", Ed. by Roggenkamp, M. M., and others, Oxford University Press, 2001, p. 361.

³⁰⁶⁾ See Rønne, A., "Energy Law in Denmark", in "Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions", Ed. by Roggenkamp, M. M., and others, Oxford University Press, 2001, p. 361.

³⁰⁷⁾ See Rønne, A., "Energy Law in Denmark", in "Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions", Ed. by Roggenkamp, M. M., and others, Oxford University Press, 2001, p. 362. Here, the author also points out, that in more recent times, however, two of these regional companies have been bought by DONG.

³⁰⁸⁾ See Rønne, A., "Energy Law in Denmark", in "Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions", Ed. by Roggenkamp, M. M., and others, Oxford University Press, 2001, p. 377.

³⁰⁹⁾ The first and second paragraphs of this section are - unless otherwise indicated - based on the following two works of Olsen, O. J., "Regulering af offentlige forsyningsvirksomheder i Danmark. Telekommunikation, kollektiv transport og ledningsbunden energi", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993, Chapters 8 and 9; and "Offentlige virksomheder", in "Dansk Forvaltningshistorie II. Stat, forvaltning og samfund", Edited by Knudsen, T., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, pp. 799-826.

³¹⁰⁾ See Petersen, F. V., "Om Jembane- og Sporvejskoncessioner efter dansk ret. Haandbog i de for private Jembaner og Sporveje gældende retsregler", Schultz Forlag, 1915, p. 12. This first line was placed between Copenhagen and the provincial town Roskilde on Zealand.

³¹¹⁾ See Petersen, F. V., "Om Jembane- og Sporvejskoncessioner efter dansk ret. Haandbog i de for private Jembaner og Sporveje gældende retsregler", Schultz Forlag, 1915, p. 4.

became realized. These lines, among others, had the purpose of supplementing the main lines. In general, they connected the provincial towns with the countryside. These lines, however, had much less traffic than the main lines and, not surprisingly, their financial basis over the years was much more problematic. The local lines were private in the sense that they were share holding companies with a minor degree of private participation as they were in actual fact primarily owned by the local Government, often together with the State.³¹²

In the Greater Copenhagen Area, an urban railway, the so-called S-train network, has been established. From the outset, this network was publicly owned. In addition, in 2002 the first part of a city metro was, in principle, set up by the Orestad Corporation. This corporation is a partnership established through Act No. 477 of 24 June 1992, with subsequent amendments. The State owns 45 per cent of the corporation and the City of Copenhagen 55 per cent.³¹³

In 1997, the first real step towards modernizing the sector was taken as the Danish State Railways (DSB) was divided into two organizations, namely DSB handling the train activities, and Banestyrelsen, handling the infrastructure.³¹⁴

The next important step was the enactment of the Railway Transport Act in 1998.³¹⁵ The Act stated the conditions for railway activities using the infrastructure belonging to the State without distinguishing between whether the actor in question is DSB or other companies.³¹⁶ The Act has implied that in Denmark railway passenger transport is to be a public service on the basis of contracts entered into between the Minister of Transport and the company in question.³¹⁷ In the Act, also new rules concerning permissions to carry on railway transport were laid down. This right can only be obtained if certain explicit conditions concerning, for example, financial and qualitative matters are fulfilled.³¹⁸ A general permission does not in itself give access to the railway infrastructure, but is a pre-condition.³¹⁹

These legislative changes constitute the relevant background for understanding the context in which DSB was established in 1999 as an independent publicly owned corporation, however solely owned by the State.³²⁰ It is now a company, which offers passengers and freight customers competitive services on a commercial basis. Also in 1999 DSB Trains A/S was established. The S-train network in Copenhagen is now organized as DSB S-Train a/s, and is wholly owned by DSB.

To fit into the new model of liberalization, it was also decided that DSB's exclusive right to operate nationwide passenger transport services by train formally had to expire on 1 January 2000. Now, DSB's public transport service is based on transport contracts entered into with the Danish Ministry of Transport. The long-run perspective is - as already indicated - a market opening up for other operators.³²¹ Therefore, in December 2000, the first 15 per cent of DSB's train services outside the S-train network was put up for tender. This first round was won by the company Arriva, although DSB came up with the best bid.³²² However, only after a few months of operating the new line at the beginning of 2003, it was clear to all that Arriva could not handle the obligation and DSB had to provide assistance. The entire affair has so far been classified as a complete farce by the press and the general public opinion.

³¹²⁾ For information concerning the ownership of today, see in particular "Lov nr. 1317 af 20. December 2000 om amtskommunernes overtagelse af de statslige ejerandele i privatbanerne".

³¹³⁾ See the homepage of the Ministry of Transport: www.trafikministeriet.dk. Here it is also stated that the Orestad Corporation (70 per cent) builds the Frederiksberg Railway together with the municipality of Frederiksberg (30 per cent), and they have set up the joint partnership of the Frederiksberg Railway Company I/S. The Orestad Corporation (55 per cent) also builds the Arøer Railway this time in co-operation with the City of Copenhagen (45 per cent). Again a joint partnership is set up. Also see "Bekendtgørelse nr. 442 af 7. juni 2002 om jernbanevirksomhed på letbaner (den københavnske metro)". The actual operation of the metro is handled by Metro Service A/S, which is owned by the two British companies, Arriva and Serco Rail.

³¹⁴⁾ See Trafikministeriet, "Trafikredegørelse - den kollektive trafik", 1999, p. 13.

³¹⁵⁾ See "Lov om jernbanevirksomhed nr. 289 af 18. maj 1998". The legislation now in force is "Bekendtgørelse af lov om jernbanevirksomhed m.v. nr. 310 af 28/04/2003".

³¹⁶⁾ See Trafikministeriet, "Trafikredegørelse - den kollektive trafik", 1999, p. 75.

³¹⁷⁾ See Trafikministeriet, "Trafikredegørelse - den kollektive trafik", 1999, p. 75.

³¹⁸⁾ See in particular Chapter 3 of the Railway Transport Act.

³¹⁹⁾ See Trafikministeriet, "Trafikredegørelse - den kollektive trafik", 1999, p. 70.

³²⁰⁾ See the home page of the Ministry of Transport: www.trafikministeriet.dk. The following information in this and the following paragraph are - unless otherwise indicated - based on this homepage. Also, see "Lov nr. 485 om den selvstændige offentlige virksomhed DSB og om DSB S-tog A/S af 1. juli 1998", with later amendments.

³²¹⁾ See Trafikministeriet, "Trafikredegørelse - den kollektive trafik", 1999, p. 13.

³²²⁾ See Transportrådet, "Nye organisationsformer - erfaringer med statslige selskabsdannelser på transportområdet", 2002, p. 49.

The attention should be drawn to the objective especially of the Railway Transport Act, which is indicated in Section 1. The objective of the Act is to outline the framework within which railway companies and the administration of the infrastructure are to work. This would ensure that society's transport needs are met in a satisfactory way, especially taking into consideration: 1) the environment; 2) the general economic conditions; 3) safety; 4) the passability; and 5) social interests. Public service obligations do not as such seem to be included in the Act, but will be specified in the concrete contracts to be entered into.³²³

A final regulatory initiative to be mentioned is the act concerning so-called channels.³²⁴ The objective of this act is to decide upon the sharing of the infrastructure. The point of departure is that Banestyrelsen as far as possible shall meet all requests from the railway companies.³²⁵ If this is not possible, the act outlines the main principles for how Banestyrelsen shall give priority to the various kinds of traffic.³²⁶ At the same time, it has been decided that the railway companies have to pay for applying the infrastructure.³²⁷

Altogether, within a few years a lot of changes have taken place in the sector. Most of these seem to have occurred in the light of the various EU legislative initiatives in this regard. From being a sector organized as a nation-wide monopoly in the shape of DSB, the sector is now moving in the direction of an open market, however not without serious difficulties.

2.8. Bus Transport Services

As early as in the middle of the 19th century, regular bus transport services were initiated.³²⁸ For instance, in Copenhagen, a horse-drawn bus line was introduced in 1841.³²⁹ The first act establishing the legal basis of granting exclusive rights to tramway companies was passed in 1862,³³⁰ and the first motorized bus line was introduced in 1903 between two provincial towns.³³¹ However, it was not until the 1920s that public passenger bus transport started to become a serious alternative to the so far traditional public passenger train transport.³³²

From the very beginning, it was a completely free business in which anyone could enter.³³³ Often competing lines were established.³³⁴ However, this soon changed with an act from 1923, according to which the sector became regulated as a concession was now required in order to offer bus services. In this way, it became possible to get a reasonable structure of traffic.³³⁵ The competent authority to grant these concessions were the counties which had, however, to consult the interested municipalities. In situations, where the two levels of administration could not reach an agreement, the Minister could make the final decision. In the country, the sector was primarily organized through concessions granted to private haulage contractors. In the larger cities, the public bus transport services were more often operated by the established municipal companies themselves. Altogether, it may be said about the sector, that in the start-up years it was characterized by having a large number of companies, some privately and some publicly owned - and some being very small family companies and some being owned by large companies.

The original system of regulation was more or less kept in force until the 1970s, when regulatory changes occurred in connection with a reform of the local government structure. In fact, a

³²³⁾ See e.g. the contract between DSB S-Train A/S and the Ministry of Transport concerning S-train services in the years from 2000-2004.

³²⁴⁾ See "Bekendtgørelse nr. 1186 af 15. December 2000 om tildeling af jernbaneinfrastrukturkapacitet (kanaler)".

³²⁵⁾ See Trafikministeriet, "Trafikredøgørelse - den kollektive trafik", 1999, p. 77.

³²⁶⁾ See Trafikministeriet, "Trafikredøgørelse - den kollektive trafik", 1999, p. 77.

³²⁷⁾ See Trafikministeriet, "Trafikredøgørelse - den kollektive trafik", 1999, pp. 78-80. About subsidies, see pp. 90-94.

³²⁸⁾ See Vallin, N.-F., "Danske busser", Stavnsager, 1986, p. 7. It should be pointed out from the very beginning that in what follows, the more special bus services such as long-distance, school and handicap bus transport are not scrutinized.

³²⁹⁾ See Vallin, N.-F., "Danske busser", Stavnsager, 1986, p. 7.

³³⁰⁾ See Petersen, F. V., "Om Jernbane- og Sporvejskoncessioner efter dansk ret. Haandbog i de for private Jernbaner og Sporveje gældende retsregler", Schultz Forlag, 1915, p. 3.

³³¹⁾ See Vallin, N.-F., "Danske busser", Stavnsager, 1986, p. 7.

³³²⁾ See Olsen, O. J., "Regulering af offentlige forsyningsvirksomheder i Danmark. Telekommunikation, kollektiv transport og ledningsbunden energi", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993, p. 366. The following paragraphs are - unless otherwise indicated - based on this work, primarily chapters 8 and 9.

³³³⁾ See Vallin, N.-F., "Danske busser", Stavnsager, 1986, p. 8.

³³⁴⁾ See Vallin, N.-F., "Danske busser", Stavnsager, 1986, p. 8.

³³⁵⁾ See Vallin, N.-F., "Danske busser", Stavnsager, 1986, p. 8.

re-organization of public transport took place at the same time through the enactment of two new laws in particular.³³⁶ Of special interest is it to mention that the Copenhagen-based publicly owned corporation, HT, was established in 1974, and that transport companies owned by the counties throughout the country were established in 1978. With the exception of long-distance bus transport, the system of concession, in principle, also came to an end. These different changes will be further explained in what follows immediately below.

The first of the two mentioned laws from the 1970s concerned the publicly owned corporation, HT. The regulatory changes meant a kind of centralization of public bus transport in Copenhagen. Before, the transport services had been handled by the operator, Københavns Sporveje, municipal and private companies as well as DSB.³³⁷ With the change, the intention was to simplify the structure.³³⁸ HT, therefore, was granted the right to take over all bus services in Copenhagen, which so far had been operated either by the State, the counties and municipalities, or Københavns Sporveje.³³⁹ The privately owned companies, however, should not be taken over.³⁴⁰ HT became organized in a partnership with the railway company, DSB, in a manner which turned out not to be fully optimal, and therefore it was subsequently changed. In 1989, a further amendment was enacted, which meant yet another reorganization of HT.³⁴¹ A separation of different functions was carried out. Also, it was required that a larger part of the transport services was to be operated by private haulage contractors. The law, in other words, meant that HT had to apply a system of public procurement.³⁴² These contracts were to be in force for a maximum of 8 years. In general, the change led to a considerable improvement of efficiency, which again led to substantial savings.³⁴³ In 1995, once again an important amendment was made. Under this law, public procurement was required for all bus transport services by 1 July 2002 at the latest.³⁴⁴ Finally, it should be mentioned that today the HT is owned by two municipalities and three counties.³⁴⁵

The second of the two laws from the 1970s concerned bus transport taking place outside of Copenhagen. The act had as its objective to ensure coherence between local and regional transport.³⁴⁶ Therefore, it was decided that the counties could establish transport companies with responsibility for handling the local transport in the area of the county in question.³⁴⁷ Such transport companies could be established if at least one third of the municipalities representing at least half of the citizens so desired.³⁴⁸ The act led to the establishment of public transport companies in 9 out of 11 possible counties. In the last two counties, Funen and Århus, agreement could not be reached.³⁴⁹ Here the responsibility for the regional bus transport services was placed with the counties in question, whereas the responsibility for the local bus transport services was placed with the municipalities.

As was intended, the new structure of the regional companies led to a higher degree of efficiency. This again made it possible to improve the system, *e.g.* by increasing the number of routes. Also, it became possible to establish a more co-ordinated planning of routes and a coherent system of price setting. Although the transport companies were entitled either to operate the buses themselves or to operate them through contractors, all 9 transport companies chose the latter alternative. Therefore, over the years these transport companies have functioned as companies of management rather than of operation. The transport companies decide on matters such as schedules and the level of prices. They

³³⁶⁾ See "Lov nr. 270 af 8. juni 1977 om hovedstadsområdet's kollektive personbefordring" (no longer in force), and "Lov nr. 114 af 29. marts 1978 om den lokale og regionale kollektive personbefordring uden for hovedstadsområdet", with later amendments.

³³⁷⁾ See Vallin, N.-F., "Danske busser", Stavnsager, 1986, p. 46.

³³⁸⁾ See Vallin, N.-F., "Danske busser", Stavnsager, 1986, p. 46.

³³⁹⁾ See Vallin, N.-F., "Danske busser", Stavnsager, 1986, p. 46.

³⁴⁰⁾ See Vallin, N.-F., "Danske busser", Stavnsager, 1986, p. 46.

³⁴¹⁾ See "Lov nr. 102 af 27. april 1989 om hovedstadsområdet's kollektive persontrafik" (no longer in force).

³⁴²⁾ For example, it became required that from 1991 to 1994, the bus transport subject to public procurement should be extended from 15 to 45 per cent of the company's total bus driving. In 1999, 66 per cent of the bus transport was organized through public procurement. See Konkurrencestyrelsen, "Konkurrenceregulering", 1999, Part 5.

³⁴³⁾ See Konkurrencestyrelsen, "Konkurrenceregulering", 1999, Part 5.4.

³⁴⁴⁾ See Færdselsstyrelsen, "Lokal og regional kollektiv trafik - en oversigt", 1998, p. 14 and p. 17.

³⁴⁵⁾ See Trafikministeriet, "Trafikregulering 1999 - den kollektive trafik", 1999, p. 81. Here, it is further explained that HT's administration takes care of planning, marketing, budgeting, accounting, stipulation of terms of public procurement, *etc.* and that the transport services as such are bought either from publicly or privately owned haulage contractors.

³⁴⁶⁾ See Vallin, N.-F., "Danske busser", Stavnsager, 1986, p. 50.

³⁴⁷⁾ See Vallin, N.-F., "Danske busser", Stavnsager, 1986, p. 50.

³⁴⁸⁾ See Vallin, N.-F., "Danske busser", Stavnsager, 1986, p. 50.

³⁴⁹⁾ See Vallin, N.-F., "Danske busser", Stavnsager, 1986, p. 51. Today, the picture is a bit different regarding which counties and which municipalities have established transport companies or not; see Trafikministeriet, "Trafikregulering 1999 - den kollektive trafik", 1999, p. 82.

do not own the buses themselves. The driving is carried out either with buses owned by private haulage contractors or buses owned by DSB and the so-called private train lines. The relationship between the transport companies and the mentioned actors was regulated through a standard contract which was subject to regular re-negotiation. No-one was obliged to apply the standard contract, but in practice everybody did. Since the enactment of directive 93/38/EEC, this system has been altered as the EU requirements of public procurement are followed instead.³⁵⁰ According to the conditions stated in the contract, the contractor will be granted an exclusive right to handle the bus transport in a particular period of time.³⁵¹ On Funen and in Odense, the transport companies have still not outsourced the bus transport.³⁵² Here, the transport companies themselves have handled and still are handling the bus transport services as an in-house activity.³⁵³

Neither the legislation concerning HT nor the legislation concerning bus transport taking place outside of Copenhagen as such contains an indication of public service obligations. However, there are provisions which may be interpreted in that direction, however in the context of the granting of exclusive rights. Under all circumstances, there are definitely not any requirements as to quality, price, *etc.* It is likely that more explicit public service obligations are stipulated in the many contracts which are now largely organizing the sector.

One final Act is of relevance to mention in this context. That is the Bus Act.³⁵⁴ This Act deals in particular with the conditions for acquiring a permission to operate buses. The Act distinguishes between permissions to handle commercial bus transport³⁵⁵ and permissions to handle normal or special route transport.³⁵⁶ The competent authorities vary according to which kind of permission is wanted.³⁵⁷ The various conditions which have to be fulfilled in order to obtain a permission are specifically stated in the Act and the related "bekendtgørelse".

Altogether, it may be said that since the Second World War bus transport services have been under pressure from individual transport by car. It is a sector which until fairly recently has had difficulties in renewing itself organizationally and product-wise. This has also influenced the regulatory approach which to a large degree has been defensive and protective. It has largely been concerned with protecting the different kinds of public transport services against one another. It may be added that the sector is characterized by having a primarily local and regional involvement rather than involvement of the State. Also, through a long period of time many small companies have been involved in the business. In more recent years, the possibility of applying a system of public procurement has been used more and more intensively, which has led to considerable improvements in efficiency, however without harming the quality of the service. It has also led to a note-worthy concentration of firms involved in the business.³⁵⁸

2.9. Water Supply

The Danish water supply system has been and still is characterized by being very decentralized, both with regard to the abstraction and distribution of ground water. This may be explained by favourable natural conditions in most parts of the country combined with a historical tradition, especially in the countryside, to establish local co-operatives handling, for example, water supply.³⁵⁹ Also, in the countryside there has been a tradition for farmers to establish private boreholes which have later on become extended.³⁶⁰

³⁵⁰⁾ See Færdselsstyrelsen, "Lokal og regional kollektiv trafik - en oversigt", 1998, p. 14 and p. 17.

³⁵¹⁾ See Konkurrencestyrelsen, "Koncentrations- og konkurrenceforholdene på busmarkedet", 1999, Part III (www.ks.dk/publikationer/1999/bus-notat/trafikudvalg-hth).

³⁵²⁾ See Konkurrencestyrelsen, "Konkurrenceredegørelse", 1999, Part 5.2. and Part 5.4. For a detailed survey of the two regions, see Trafikrådet, "Benchmarking af den kollektive bustrafik i Aalborg, Odense, Århus og HT-området", 2000.

³⁵³⁾ See Konkurrencestyrelsen, "Konkurrenceredegørelse", 1999, Part 5.4.

³⁵⁴⁾ See "Bekendtgørelse af lov om buskørsel nr. 107 af 19/02/2003". Also see the more detailed "Bekendtgørelse om buskørsel nr. 187 af 20/03/2000", with later amendments.

³⁵⁵⁾ See Sections 1-1c of the Bus Act.

³⁵⁶⁾ See Section 2 of the Bus Act.

³⁵⁷⁾ See Sections 2a-7 of the Bus Act.

³⁵⁸⁾ See Konkurrencestyrelsen, "Koncentrations- og konkurrenceforholdene på busmarkedet", 1999, Part III (www.ks.dk/publikationer/1999/bus-notat/trafikudvalg-hth). Here, it is pointed out that the five largest haulage contractors have a market share of 80 per cent of the market of public procurement.

³⁵⁹⁾ See Miljø- og Energiministeriet, "Drikkevandsudvalgets betænkning", Betænkning fra Miljøstyrelsen, Nr. 1, 1998, p. 207.

³⁶⁰⁾ See Miljø- og Energiministeriet, "Drikkevandsudvalgets betænkning", Betænkning fra Miljøstyrelsen, Nr. 1, 1998, pp. 213-214.

In particular regarding the development of the water supply in the cities, attention may be drawn to the development in this regard in the capital of Denmark, Copenhagen. In this way an impression of the development in the cities, in general, may be obtained. In Copenhagen, the oldest water supply took place by means of dug wells, among which some may be traced back to the 12th century.³⁶¹ The first piped supply was constructed in 1578. At that time, water was brought to the city in wooden conduits from a lake at Emdrup situated in the north of Copenhagen. These activities were organized through the establishment of several companies to exploit this supply which gave sufficient pressure for use in fountains. Other companies used the water from lakes near the city in order to distribute the water by wooden pipelines in the streets to both public and private pumps. From 1679 the water companies were under the supervision of a Royal Committee until 1812, after which period they were dissolved and the administration was taken over by a public water commission. In 1854, it was decided to establish a modern water supply system with sand filters, steam pumps and cast iron conduits but still using the water from the surrounding lakes. This was primarily due to epidemic diseases. The first modern water supply of Copenhagen was thus established and taken into use in 1859. From 1893, Copenhagen has been supplied exclusively with ground water. However, the rising water consumption has forced the water collecting plants to be extended far to the north-west, west and south-west of the city. For a long period of time, the water supply has been managed by the city as a municipal institution. In 2001, a company named Københavns Energi was established in order to take care of the water supply as well as electricity, heating, city gas and sewage.

With the Public Health Statutes of 1852, sanitation, water supply and water protection for the first time became regulated.³⁶² However, more extensive protection of fresh water against pollution did not occur until the enactment of the Water Supply Act (*i.e.* "Vandforsyningsloven") of 1926 and 1969, the Watercourse Act of 1949 and local health by-laws.³⁶³ Already in the Water Supply Act of 1926, the idea of developing a municipal water supply system was presented, however without being completely implemented.³⁶⁴ According to the Act the rights to the ground water became regulated and water courts were formed which decide upon all questions of the use and protection of ground water.³⁶⁵

Concerning the situation today, it is important to know that 90-100 per cent of the water supply is based on the abstraction of ground water of a high quality, usually requiring very limited treatment before it can be used as drinking water.³⁶⁶ Ground water is to be understood as water that can be extracted from the ground through wells, drilling and springs.³⁶⁷ The number of supply works must in general be considered as being fairly high.³⁶⁸ To be more exact, it can be mentioned that the number of common supply works is about 3,000 (of which 300 are publicly owned and 2,700 are privately owned).³⁶⁹ In addition, there are 91,000 single-supply boreholes.³⁷⁰ It must be stressed that normally the privately owned waterworks are very small.

The most important law of today is The Water Supply *etc.* Act (Promulgation Order No. 130 of 26 February 1999).³⁷¹ The purpose of the law is stated in Section 1 as ensuring that: (1) the use of water resources takes place according to integrated planning and through comprehensive evaluation of the considerations mentioned in Section 2 of the Act; (2) co-ordination of existing water supplies with a view to an appropriate use of water resources, and (3) extension and operation of a water supply

³⁶¹⁾ See Nørregård, G. & Christensen, W., "Københavns vandforsynings historie", Københavns Kommunalbestyrelse, 1959, p. 250. What follows in the paragraph is based on this work, especially pp. 250-251.

³⁶²⁾ See Basse, E. M., "Environmental Law Denmark", DJØF Publishing Kluwer, 2000, p. 41.

³⁶³⁾ See Anker, H. T., "Beskyttelse og udnyttelse af vandressourcer", in "Miljøretten III. Affald, jord, råstoffer og undergrund", Ed. by Basse, E. M., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, p. 279.

³⁶⁴⁾ See Anker, H. T., "Beskyttelse og udnyttelse af vandressourcer", in "Miljøretten III. Affald, jord, råstoffer og undergrund", Ed. by Basse, E. M., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, p. 279.

³⁶⁵⁾ See Nørregård, G. & Christensen, W., "Københavns vandforsynings historie", Københavns Kommunalbestyrelse, 1959, p. 251.

³⁶⁶⁾ See Basse, E. M., "Environmental Law Denmark", DJØF Publishing Kluwer, 2000, p. 95.

³⁶⁷⁾ See the Water Supply *etc.* Act, Section 3 (full reference below).

³⁶⁸⁾ See Miljø- og Energiministeriet, "Drikkevandsudvalgets betænkning", Betænkning fra Miljøstyrelsen, Nr. 1, 1998, p. 207.

³⁶⁹⁾ See Basse, E. M., "Environmental Law Denmark", DJØF Publishing Kluwer, 2000, p. 95; and Miljø- og Energiministeriet, "Drikkevandsudvalgets betænkning", Betænkning fra Miljøstyrelsen, Nr. 1, 1998, p. 207. The most recent analysis of the water market mentions that the number of common supply works is only 2,792, of which 166 are publicly owned, see Konkurrencestyrelsen, "Konkurrencebegørelse", 2003, p. 113.

³⁷⁰⁾ See Basse, E. M., "Environmental Law Denmark", DJØF Publishing Kluwer, 2000, p. 95; and Miljø- og Energiministeriet, "Drikkevandsudvalgets betænkning", Betænkning fra Miljøstyrelsen, Nr. 1, 1998, p. 207.

³⁷¹⁾ See "Bekendtgørelse om lov om vandforsyning m.v. nr. 130 af 26/02/1999", with later amendments. The law was originally enacted as early as in 1978, but amended several times since then.

network that is adequate as regards volume and quality. In addition to this, it should be pointed out that in Section 2 it is laid down that in the administration of the law it should in particular be taken into consideration that the administration of the Act shall emphasize the quantity of water reserves, the needs of the population and businesses for water supply that is adequate and satisfactory in quality, protection of the environment and of nature, including the conservation of the quality of the surroundings, and the use of raw material reserves.

The free water catchment right of landowners came to an end in 1978 by a revision of the Act (Act No. 299 of 8 June 1978).³⁷² Ground water and surface water are not to be extracted without a license as the Danish system is based on an acceptance of the hydrologic system.³⁷³ Pursuant to Sections 19 and 20, the decision on whether or not to grant the license is taken by the local Government, *i.e.* either by the municipalities or the counties. In principle, a landowner only gets permission if it is not possible for him to get the water from the common waterworks in the area in question.³⁷⁴ In that case, the permission is based on an evaluation of the recipient quality plans, the water quality and volume of the watercourses in the area.³⁷⁵ Also, when an application is being considered, it must be determined whether the water extraction will influence the watercourse quality, and the application can be refused due to the expected deterioration.³⁷⁶ Normally, it is not as difficult for private households or for agriculture to get a license as it is for industrial firms.³⁷⁷

Conditions concerning public service obligations are stated in the Act. In this context, Section 45, Subsection 1, is of central interest. Here it is stated that public water-supply systems are obligated to supply all properties within the natural supply zone of the system on reasonable terms. The regional council may require other water-supply systems that already supply several properties to supply additional properties within the same settlement. In Section 46, Subsection 1, it is stated that the regional council may require a public water-supply system owned by a local council to supply specific areas if this is considered necessary. Seen from the point of view of the consumers, it should be mentioned that it is laid down in Section 49 that if a property can be supplied with water from a supply pipeline that a public water-supply system has installed next to the property, the owner of the property is to have the right to have water for domestic use supplied to the property. Conditions as to the price setting are stated in Chapter 9 of the Act.

In general, the supply of water is not a sector which as such is under the pressure for liberalization. The changes which might be seen occurring primarily have to do with securing a high water quality.³⁷⁸ This may be seen as one of the reasons why the number of small common supply works and single-supply boreholes is currently falling as they often have difficulties fulfilling the strict requirements.³⁷⁹ However, in the spring of 2003 the Competition Authority has, on the basis of an analysis of the water market, found severe inefficiencies and consequently launches various proposals for improvements.³⁸⁰

2.10. Waste Handling

From a regulatory point of view, the Danish history of waste handling really only started with the growth of the cities following the industrialization.³⁸¹ In the country, waste did not become a problem

³⁷²⁾ See Basse, E. M., "Environmental Law Denmark", DJØF Publishing Kluwer, 2000, p. 101.

³⁷³⁾ See Basse, E. M., "Environmental Law Denmark", DJØF Publishing Kluwer, 2000, p. 101. In the Act the minimum requirements as to the content of the licence are stated. Among others, it is stated in Section 22, Subsection 1, that permits for the abstraction of water shall be granted for a specific period of time that shall not exceed 30 years. Permits for the irrigation of agricultural crops and for freshwater aquaculture, however, may not exceed a time period of 15 years for groundwater and 10 years for surface water. In Section 22, Subsection 3, it is decided that a permit shall specify the quantity and purpose of the abstraction and establish the extent of the investigations and measurements the owner of the installation shall be required to conduct to create the basis for the assessment of any harm to the environment resulting from changes in the water table, the streamflow in watercourses or the water level in lakes *etc.*

³⁷⁴⁾ See Section 18 of the Water Supply *etc.* Act.

³⁷⁵⁾ See Basse, E. M., "Environmental Law Denmark", DJØF Publishing Kluwer, 2000, p. 101.

³⁷⁶⁾ See Basse, E. M., "Environmental Law Denmark", DJØF Publishing Kluwer, 2000, p. 101.

³⁷⁷⁾ See Basse, E. M., "Environmental Law Denmark", DJØF Publishing Kluwer, 2000, p. 101.

³⁷⁸⁾ Also the various measures of the EU of relevance to the sector in this regard.

³⁷⁹⁾ See Miljø- og Energiministeriet, "Drikkevandsudvalgets betænkning", Betænkning fra Miljøstyrelsen, Nr. 1, 1998, p. 210-211.

³⁸⁰⁾ See Konkurrencestyrelsen, "Konkurrenceregulering", 2003, Chapter 4, pp. 101-129.

³⁸¹⁾ See Pagh, P., "Affaldsregulering", in "Miljøretten III. Affald, jord, råstoffer og undergrund", Edited by Basse, E. M., Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2001, p. 47. What follows in the paragraph is - unless otherwise indicated - based on this work, especially pp. 47-56.

until much, much later. In the years around 1850 significant cholera epidemics occurred in Copenhagen, primarily due to the inappropriate handling of animal waste. This led to the enactment in 1858 of an act providing among other things that certain undertakings being of risk to the general public health should be placed outside the cities. Also, it became a requirement that the localization of discharging berths should be approved. Finally, it was decided that if a municipality established a common system for collection of waste, any houseowner was obliged to use this and pay in accordance with the requirements of the municipality. The requirements of this law were, in principle, in force until the more modern legislation became enacted in the 1970s. It should be added that the mentioned law became a legal expression of the change of attitude among the citizens which can be described as a change away from a kind of “laissez faire” attitude to a requirement that society has to take care of handling waste in an appropriate manner.³⁸² In other words, the handling of waste changed radically in the mid-19th century.

Since 1990 the legal interest in waste has grown significantly.³⁸³ One effect of this is that regulation has grown as well, which again means that this field of law today appears as quite complicated.³⁸⁴ The relevant legal rules, in principle, reflect the requirements of the relevant directives of the EU.³⁸⁵ The most fundamental rules concerning the handling of waste are stated in Chapter 6 of the Environmental Protection Act.³⁸⁶ According to Section 45, Subsection 1, the municipalities are in charge of the disposal of waste. Thus, the tradition in this regard introduced in the old Act of 1858 has been continued. The municipalities are obliged to lay down regulations on the scope and operation, *etc.*, of the waste handling systems.³⁸⁷ Furthermore, they have to prepare a plan for disposal of waste in the local area.³⁸⁸ In Section 50 of the Act, it is stated that new plants for landfilling of waste may, in principle, be owned only by public authorities. In general, anyone who produces waste which is covered by a local collection or delivery system, must act in accordance with the system and pay the fees determined by the environmental authorities for such services.³⁸⁹

More detailed rules on the principles - mentioned above - from the Environmental Protection Act are *inter alia* laid down in Statutory Order No. 619 of 27 June 2000 on waste.³⁹⁰ Among these, a few details may be mentioned. Concerning the actors on the market, it is decided with regard to enterprises engaged in the professional transportation of waste produced in the municipality that these shall be registered with the local council.³⁹¹ Rules concerning the waste treatment plants are stated in Part 4 of the Statutory Order and involves obligations regarding notification, registration and reporting of data on waste.

The municipalities have a fairly large degree of freedom to design the required systems. In consequence, they have the choice of *e.g.* establishing a system obliging them to do everything themselves or, alternatively, for example entering into agreements with private carriers, *etc.*³⁹² The actual organization in the various sub-markets reflects this organizational flexibility: both the waste carriers involved and the recycling facilities exist in either public, private or mixed ownership.³⁹³ In contrast, facilities of incineration and storage of waste only exist in public ownership.³⁹⁴

Public service obligations of the various actors on the market, *i.e.* especially the municipalities, waste carriers, and waste treatment enterprises, are not as such indicated in the two

³⁸²⁾ See Mikkelsen, A., “Skam, Skrald og Affald. Træk af affaldets kulturhistorie 1840-1990”, Københavns Universitet, 1991, p. 32.

³⁸³⁾ See Pagh, P., “Affaldsregulering”, in “Miljøretten III. Affald, jord, råstoffer og undergrund”, Edited by Basse, E. M., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, p. 49.

³⁸⁴⁾ See Pagh, P., “Affaldsregulering”, in “Miljøretten III. Affald, jord, råstoffer og undergrund”, Edited by Basse, E. M., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, pp. 49 and 56. Here, only the absolutely most central legislation will be presented.

³⁸⁵⁾ For comments in this regard, see Basse, E. M., “Environmental Law Denmark”, DJØF Publishing Kluwer, 2000, p. 113; and Pagh, P., “Affaldsregulering”, in “Miljøretten III. Affald, jord, råstoffer og undergrund”, Edited by Basse, E. M., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, pp. 67-69.

³⁸⁶⁾ See “Bekendtgørelse af lov om miljøbeskyttelse, nr. 753 af 25/08/2001”, with later amendments.

³⁸⁷⁾ See Section 45, Subsection 3, of the Environmental Protection Act.

³⁸⁸⁾ See Section 47, Subsection 2, of the Environmental Protection Act.

³⁸⁹⁾ See Basse, E. M., “Environmental Law Denmark”, DJØF Publishing Kluwer, 2000, p. 112.

³⁹⁰⁾ See “Bekendtgørelse om affald nr. 619 af 27/06/2000”.

³⁹¹⁾ See Section 12 of the Statutory Order.

³⁹²⁾ See Pagh, P., “Affaldsregulering”, in “Miljøretten III. Affald, jord, råstoffer og undergrund”, Edited by Basse, E. M., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, p. 120.

³⁹³⁾ See the Report of the Competition Authority concerning the sector of waste (*i.e.* Konkurrencestyrelsen, “Redegørelse om affaldssektoren”, 1999, p. 26).

³⁹⁴⁾ See the Report of the Competition Authority concerning the sector of waste (*i.e.* Konkurrencestyrelsen, “Redegørelse om affaldssektoren”, 1999, p. 26).

mentioned measures. It is evident that the general principles concerning the protection of nature and the environment are of fundamental importance.³⁹⁵

Changes in recent times in the regulation of waste appear as having primarily taken place due to the interest of safeguarding nature and the environment rather than for purposes of privatization and liberalization.³⁹⁶ Discussions in political fora are taking place, but do not seem to have resulted in fundamental changes in the national regulation itself. However, public procurement, especially regarding the collection of waste, has been quite actively applied.³⁹⁷

2.11. Summing Up

Most of the sectors analyzed have been organized as publicly owned enterprises. It is not possible to identify a preferred mode of organization as each industry has developed its own organizational tradition. In fact, the juridical form reflects the period when each public enterprise was created more than any general principles of organizing public utilities.³⁹⁸ Also, when new problems have occurred, the political inclination has been to adapt practice rather than to change the juridical form.³⁹⁹ In other words, a pragmatic approach has been applied over the years. Olsen points out that publicly owned corporations have never been an important political issue in Denmark and until the 1990s there was only little political interest in privatizing publicly owned corporations.⁴⁰⁰ At the same time, large-scale nationalization after the Second World War did not occur in Denmark to the same extent as in many other West European countries. Moreover, it is quite characteristic that, just as a relatively large share of the Danish public sector has been and still is controlled by local authorities, also a large number of the publicly owned corporations are controlled locally.⁴⁰¹ Among the analyzed sectors, especially the supply of electricity, gas, water, and bus transport services, as well as the handling of waste, still have a huge degree of local involvement.

Major changes in recent times have occurred in most of the sectors analyzed with the exception of water supply and handling of waste. These latter sectors may consequently be categorized as so-called less developed sectors when considered from a point of view of liberalization. The changes that have in fact taken place in the so-called more developed sectors have primarily been initiated on the background of the EU initiatives of liberalization. The changes have led to privatization and the opening up of markets. The changes within the bus transport services were initiated as early as in the 1970s, and may rather be explained by an apparent and strong need for efficiency, in a broad sense of the term, being obtained through re-organization and through the introduction of a system of public procurement. This tendency has been intensified in recent years. The reasons for less action in the sectors of water supply and handling of waste seem to be due to a political desire - perhaps misunderstood - of weighing the interest of safeguarding nature and the environment higher than promoting interests such as liberalization and privatization.⁴⁰²

3. The Basic Rules

3.1. Introduction

³⁹⁵⁾ In a Guide from the Authority of Environment, it is indicated that the municipalities have the responsibility of ensuring that the established system is, at any time, capable of functioning. Also see Pagh, P., "Affaldsregulering", in "Miljøretten III. Affald, jord, råstoffer og undergrund", Edited by Basse, E. M., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, p. 120.

³⁹⁶⁾ See e.g. Section 1 of the Environmental Protection Act.

³⁹⁷⁾ See the Report of the Competition Authority concerning the sector of waste (*i.e.* Konkurrencestyrelsen, "Redegørelse om affaldssektoren", 1999).

³⁹⁸⁾ See Olsen, O. J., "Regulering af offentlige forsyningsvirksomheder i Danmark. Telekommunikation, kollektiv transport og ledningsbunden energi", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993, p. 590.

³⁹⁹⁾ See Olsen, O. J., "Regulering af offentlige forsyningsvirksomheder i Danmark. Telekommunikation, kollektiv transport og ledningsbunden energi", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993, pp. 590-591.

⁴⁰⁰⁾ See Olsen, O. J., "Regulering af offentlige forsyningsvirksomheder i Danmark. Telekommunikation, kollektiv transport og ledningsbunden energi", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993, pp. 167 and 591.

⁴⁰¹⁾ See Olsen, O. J., "Regulering af offentlige forsyningsvirksomheder i Danmark. Telekommunikation, kollektiv transport og ledningsbunden energi", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1993, p. 591.

⁴⁰²⁾ Suggestions as to changes also in these sectors have, however, recently been launched by the liberal parties constituting the majority of the Parliament.

In the following, an inter-sectorial analysis is accomplished with special emphasis on the relationship between the basic sectorial rules and related rules such as consumer law and competition law. Also, issues such as the rights of users/clients/consumers, public service obligations, and the characteristics of the various services are raised.

3.2. The Traditional Rules

The most important Danish legislation on administrative law is the Administrative Procedures Act, including general principles primarily laying down rules on administrative procedure.⁴⁰³ The Act applies to all cases in which an administrative decision is made, *i.e.* typically cases concerning the issuing of individual administrative acts.⁴⁰⁴ It is a condition for application that such a decision is made by an administrative authority, the definition of which is not always completely clear-cut in relationship to the many variations of supply of public services.

Another important administrative act to mention is the Access to Public Administration Files Act.⁴⁰⁵ This Act contains various specific rules on when the public may have access to public administration files. In principle, it is intended that the public may have access to almost any documents related to the activities of the public administration. Again, it is evident that as soon as the supply of public services is handled by completely privately owned undertakings, access to documents within such organizations is not included in the right of access to documents. It is important to note that in the Act it is explicitly pointed out that it is nevertheless applicable to companies producing, transmitting, or distributing electricity to companies, institutions, *etc.* handling the supply of natural gas.

At times, particular provisions are included in the sectorial rules setting the mentioned two general administrative acts out of force. This is for instance the situation in the Radio and Television Act. Thus, it is firstly stated that cases and documents concerning the program service activities and related business activities of DR, TV2/DANMARK and the regional TV2 stations are to be exempt from the Access to Public Administration Files Act and Chapters 4 to 6 of the Administrative Procedures Act. Another example to mention is that in the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market a provision is included partially setting the Access to Public Administration Files Act out of force.

For the sake of completeness, it should be mentioned that the DSB Act explicitly lays down that the Administrative Procedures Act and the Access to Public Administration Files Act are applicable regarding employees as well as in those situations where activities are performed by DSB as negotiated services.⁴⁰⁶

3.3. Consumer Law and the Rights of Users/Clients/Consumers

To a certain degree consumer law - understood as an extended protection of consumers compared to more professional groups - is present in the examined sectorial rules. The focus on the consumer is most expressly indicated in the title of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market. However, in the operational provisions of the Act, the term chosen is "end-user" rather than "consumer". The former term is defined as users of electronic communications networks or services who do not make such electronic communications networks or services available to others on a commercial basis.⁴⁰⁷ In the Electricity Supply Act, "consumer protection" (together with *inter alia* the security of supply, the national economy, and the environment) is expressly mentioned as one of the objectives of the Act. In the same provision, it is also indicated that within the terms of the mentioned objectives the Act is to ensure consumers access to inexpensive electricity and continue

⁴⁰³⁾ The Danish title is: "Forvaltningslov nr. 571 af 19/12/1985 som ændret ved lov nr. 347 af 06/06/1991".

⁴⁰⁴⁾ See Revsbech, K., "The Growth of Danish Administrative Law", in "Danish Law in a European Perspective", Ed. by Dahl, B., Melchior, T. & Tamm, D., GadJura 2002, 2nd Edition, p. 152; and Section 2 of the Administrative Procedures Act.

⁴⁰⁵⁾ The Danish title is: "Lov nr. 572 af 19/12/1985 om offentliggørelse i forvaltningen" with later amendments.

⁴⁰⁶⁾ The Danish title is "Lov nr. 485 af 01/07/1998 om den selvstændige offentlige virksomhed DSB og om DSB S-tog A/S", with later amendments. The Act also refers to the Parliamentary Ombudsman Act as applicable.

⁴⁰⁷⁾ See Section 4 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

to provide them with influence on the administration of the assets of the electricity sector.⁴⁰⁸ Also in the Natural Gas Supply Act, “consumer protection” is expressly mentioned among the objectives of the Act. In addition, it is indicated that the Act is to ensure consumers access to inexpensive natural gas. The concept of “consumer” is defined as a customer purchasing natural gas for his own use. In contrast, for example in the Radio and Television Act the consumer aspect is not really apparent. Here, the term “Danish population” seems to be the closest one comes to the term “consumer”. Also, the Postal Business Act, the Railway Transport Act, the bus regulations, and waste regulations follow this pattern of silence.

Rights of users/clients/consumers are at times stipulated. For example, it may be mentioned that the objective itself of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market states various rights of the end-users, which are described in detail in the subsequent provisions of the Act.⁴⁰⁹ In addition, it may be mentioned that under this law the Minister of Science, Technology and Innovation is entitled to lay down further rules for the purpose of obliging providers of public electronic communications networks or services to end-users to ensure a number of basic user rights in connection with agreements on delivery of electronic communications networks or services to end-users, including specific rules about the content of such obligation.⁴¹⁰

In an act, such as the Postal Business Act, the rights of the users/clients/consumers may primarily be said to be indirectly apparent through the general obligation to ensure nation-wide postal distribution.⁴¹¹ In the same way, the Water Supply Act determines that public water-supply systems are obligated to supply all properties within the natural supply zone of the system on reasonable terms.⁴¹² The Statutory Order on Waste focuses on a duty of assignment. In the Electricity Supply Act, the point of view is rather that of the electricity consumers - in opposition to the providers - as it is stated that everyone in Denmark has the right to be supplied with electricity upon payment.⁴¹³ The same principle is chosen in the Natural Gas Supply Act.⁴¹⁴

3.4. Public Service Obligations

In Part 2, whenever public service obligations are stated in the sectorial law in question, these have been pointed out. In general, it seems to be a rather new concept as such in Danish law. Also, several variations of terminology exist. For example, in the fundamental law regulating telecommunications originally from 2000 the term “universal service obligation” (USO) is applied. In contrast, in the Radio and Television Act the term “public service activities” is primarily applied. In a few instances in this law, also the term “public service obligation” is mentioned. The Water Supply *etc.* Act speaks of a “supply obligation”, whereas the Electricity Supply Act applies the term “public obligations”. In the Postal Business Act the term “service obligation” is chosen, whereas in the Railway Transport Act only the term “public service” is included. Finally, it may be mentioned that an act such as the Natural Gas Supply Act only speaks of “commitments”.

The exact meaning of the various terms naturally depends on the context in which they operate. However, variations as to the degree of specification definitely also exist. In the example of telecommunications, the obligation appears as quite specific and there is even a provision granting the Minister of Science, Technology and Innovation the competence to lay down even more specific rules, indicating, among other things, exactly which services are included in the obligation and the extent of the universal service obligation.⁴¹⁵ In other sectors, the degree of specification is kept at a minimum.

⁴⁰⁸⁾ It should be noted that in the operational provisions of the Act, at times the term “electricity consumers” is preferred to “consumers”. It is not clear from the text itself whether the legislator has intended any difference in meaning. At times, also the term “consumption site” is applied - defined as the point from which electricity is purchased for one, total title number or for connected buildings divided into several title numbers with only one consumer of electricity.

⁴⁰⁹⁾ See Section 2.2. above.

⁴¹⁰⁾ See Section 10 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴¹¹⁾ Other examples of the rights provided in the Postal Business Act may be said to follow from a provision under which the Minister of Transport is to establish the rules governing the concession holders’ obligation to compensate for the delay of, damage to or loss of items encompassed by the service obligation. In addition, a principle of confidentiality is stated in the Act.

⁴¹²⁾ Primarily consumers’ obligations are laid down in a part concerning the “Relationship between a public water-supply system and the consumers”.

⁴¹³⁾ Other rights of the electricity consumers are only included in the Electricity Supply Act in a chapter labeled “The position of electricity consumers”. Also, a part concerning “consumer influence” is included.

⁴¹⁴⁾ In the Natural Gas Supply Act a part concerning “The position of natural gas consumers” is included.

⁴¹⁵⁾ See Section 16 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

This is the model chosen, for example, in the Radio and Television Act, where it is laid down that DR's, TV2's and the regional TV2 companies' fulfillment of their public service obligations is to be specified in a public service contract between the Minister for Culture and the undertaking in question. It may also be mentioned that under the Postal Business Act, the scope of the postal service obligation is to be specified in the concession granted.⁴¹⁶

3.5. The Characteristics of the Services

In general, the characteristics of the services in question are not defined in any detail in the relevant legislation. The legislation may therefore, in this regard, be classified as being quite imprecise and the descriptions as quite qualitative in nature. As also indicated above, there might however be instances where further details are, perhaps more naturally, stated in the contracts entered into with the suppliers or in the concessions granted to them.

3.6. The Relationship to the Competition Rules

Although, the process of liberalization has commenced in most of the sectors analyzed, the general impression is that many instances of restriction of competition still exist. The most obvious examples to be given are that market access may in many instances be considered as quite limited, and that price regulation to a certain degree is still taking place. The relationship between the Danish Competition Act and public regulation is stipulated in Section 2 of the Act.⁴¹⁷ This provision is quoted and partially explained above in Section 1.⁴¹⁸ Important to notice is the fundamental principle that the Competition Act is not applicable if an anti-competitive practice is a direct or necessary consequence of public regulation. In other words, such public regulation may be considered as immune from the Competition Act.

3.7. Summing Up

The overall impression acquired from the examination of the sectorial rules is that a large degree of variation exists as to the answers to the issues raised.

4. Organization

In Section 2 above, it was pointed out that in Denmark public administration is in principle divided between State and local Government. Also, it was stated which one of the levels is the main actor in each of the selected sectors. Here, the purpose is to go into further detail with the organization of the authorities involved. The sector of telecommunications has been chosen as an interesting example to analyze further. In particular, the focus chosen is on the legislation regulating the institutions involved, the problem of independence and the relationship to the competition authority.

In the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market, the Minister of Science, Technology and Innovation and the National IT and Telecom Agency are of primary interest. In addition, rules regarding a Telecommunications Consumer Board, a Telecommunications Complaints Board, and a Code 900 Board are laid down.

⁴¹⁶⁾ Also see "Bekendtgørelse nr. 81 af 07/02/1999 om Post Danmarks befordringspligt og eneret m.v." and "Bekendtgørelse nr. 84 af 07/02/1999 om koncession for Post Danmark" (with later amendment).

⁴¹⁷⁾ The relationship between anti-competitive measures of the Member States and the competition provisions of the EC Treaty is more complicated; see e.g. Neergaard, U., "Competition & Competences. The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States", DJØF Publishing Copenhagen, 1998; "State Action and European Competition Rules: A New Path? Case Note Concerning Case C-35/96, Commission of the European Communities v. Italian Republic, Judgment of the Court of Justice of 18 June 1998 (not yet reported)", Maastricht Law Journal, 1999, 6, pp. 380-396; "Privilegerede virksomheder. Den seneste domspraksis vedrørende art. 86 smh. m. art. 82 EF", in "Julebog 2001", DJØF Publishing Copenhagen, 2001, pp. 133-167; "Kollektiv arbejdsret og den europæiske state action-doktrin", in "Skæringsfeltet mellem kollektive overenskomster og konkurrenceretten", Nordisk Ministerråd, 2002, pp. 63-74; "EU-konkurrenceret og national regulering af advokaterhvervet", Europaråtsligt Tidsskrift, 2002, 3, pp. 498-513; og "Privilegerede virksomheder og saglige begrundelser for konkurrencebegrænsninger i h.t. art. 86, stk. 2 EF", in "Julebog 2002", DJØF Publishing Copenhagen, 2002, pp. 313-335.

⁴¹⁸⁾ For a more detailed analysis of the provision, see Neergaard, U., "Intet over, intet ved siden af konkurrenceloven?", in "Julebog 2000", Edited by Nielsen, R., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, pp. 159-206.

Further regulatory powers are conferred upon the minister, whereas the National IT and Telecom Agency is granted powers, for example, to decide the appointment of one or more providers of public electronic communications networks or services as USO providers of the services mentioned in the Act.⁴¹⁹ In this regard, the Agency is also obliged to lay down more specific terms on how the providers appointed should handle their universal service obligation. The appointment is subject to further rules which are to be laid down by the Minister.

The National IT and Telecom Agency is also entitled to fix maximum prices for the delivery of USO services.⁴²⁰ This price setting is subject to specific rules. Furthermore, in connection with this fixing of maximum prices, the Agency is to obtain an opinion from the Competition Council as to whether the USO provider's proposal for maximum prices is in accordance with the Competition Act.⁴²¹

The National IT and Telecom Agency is granted various supervisory competences.⁴²² These include, among others, the maintenance of supervision to ensure that providers appointed as USO providers under the Act comply with the various provisions of the Act. It is competent to make administrative decisions in this regard. The Telecom Agency is also responsible for drawing up and administering an overall Danish numbering plan.⁴²³

As an alternative to laying down rules in accordance with certain of the provisions of the Act, the National IT and Telecom Agency may enter into agreements with providers of electronic communications networks or services and other relevant players within the industry itself for regulatory agreements to be negotiated and concluded within the framework of the industry itself.⁴²⁴ Such agreements are, *inter alia*, to contain terms ensuring that the negotiating parties, prior to submitting the agreement to the National IT and Telecom Agency, obtain an opinion from the Competition Council as to whether the agreement is in conflict with the Competition Act.⁴²⁵

It is the Minister who is responsible for setting up a Telecommunications Consumer Board.⁴²⁶ It is to consist of seven members who are all appointed by the Minister. In appointing the members, the Minister will consider it important that the overall Board should represent expertise in legal, financial and consumer fields as well as telecommunications technology. The members are to be appointed for periods of four years. The Minister appoints the chairman among the members of the Board. The chairman has to be a law graduate. The Minister is to lay down more specific rules for the Telecommunications Consumer Board's activities and case administration.⁴²⁷ In its activities the Board is to be independent of instructions on how to deal with and decide individual cases. The Minister is to provide secretarial assistance to the Board. To the Board complaints may be submitted concerning those kinds of the National IT and Telecom Agency's decisions which are specified in the Act.⁴²⁸ The decisions of the Board cannot be brought before other administrative authorities.⁴²⁹

Moreover, the Minister is to set up a Telecommunications Complaints Board. The organizational framework is identical to the abovementioned Telecommunications Board.⁴³⁰ In its activities, this Board is also to be independent of instruction on how to deal with and decide individual cases.⁴³¹ To the Board complaints may be submitted concerning, for example, decisions of the National IT and Telecom Agency as to whether providers of electronic communications networks or services comply with the various provisions of the Act in this regard.⁴³² The decisions of the Board cannot be brought before other administrative authorities.⁴³³

⁴¹⁹⁾ See Section 17 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴²⁰⁾ See Section 19 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴²¹⁾ Also see "Bekendtgørelse nr. 665 af 10. juli 2003 om forsyningspligtigheder", and the most recent decision of the Competition Council in this regard: "TDC's maksimalpriser for 2003 og 2004", 24 September 2003.

⁴²²⁾ See, *inter alia*, Part 5 of Chapter 2 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴²³⁾ See Chapter 3 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴²⁴⁾ See Section 59 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴²⁵⁾ See Section 60 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴²⁶⁾ See Section 94 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴²⁷⁾ See Section 95 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴²⁸⁾ See Section 96 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴²⁹⁾ See Section 97 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴³⁰⁾ See Section 99 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴³¹⁾ See Section 100 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴³²⁾ See Section 101 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴³³⁾ See Section 102 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

Finally, the Minister is to set up a Code 900 Board concerning premium rate services.⁴³⁴ The Board is to consist of three members appointed by the Minister. The Minister is to lay down more specific rules for the Board's activities. The National IT and Telecom Agency is to provide secretarial assistance to the Board. In its activities the Board shall be independent of instructions on how to deal with and decide individual cases. It is to be responsible for, among other things, dealing with complaints about decisions made by providers of electronic communications networks or services pursuant to section 28(2) and (3).⁴³⁵

As mentioned above, the Competition Council is involved in many aspects of the administration of the sector. For the sake of completeness, in this context it should also be mentioned that in connection with the National IT and Telecom Agency's supervision of reference offers, its accounting supervision, and its specification of terms and prices for interconnection, it is to obtain an opinion from the Competition Council as to whether terms included in such reference offers or in such specification agreements constitute a violation of competition law.⁴³⁶ This opinion is to be binding on the Agency. Complaints about such parts to the Agency's decision as are made on the basis of binding opinions from the Competition Council under this Act or rules laid down in accordance with this Act are to be brought before the Competition Appeals Tribunal.⁴³⁷

5. Functions

The purpose here is to give an impression of administrative recourse and possibilities of judicial review of administrative acts in Denmark. In addition, one sector has been chosen as an example of how the system may be shaped in practice, namely the sector of radio and television.

In general, Denmark may be described as having a quite well-developed system of administrative recourse, meaning that for example a citizen or an undertaking can complain about a decision of an administrative authority to another administrative authority which is then obliged to consider the merits of the case if certain formal conditions are met.⁴³⁸ Although plenty of systems of complaint exist, no general statutory rules on administrative recourse have been established.⁴³⁹ Instead, the relevant rules are, in general, to be found in the special regulatory acts.⁴⁴⁰ In principle, anyone with an essential, individual and relevant interest in the case may lodge a complaint.⁴⁴¹ In addition to the system of administrative recourse, the existence of control of the local governments and of the Parliamentary Ombudsman as supplementary possibilities of control of the public administration should be mentioned for the sake of completeness.

Furthermore, it is important to mention that it is fairly easy to obtain a judicial review of administrative acts. However, contrary to many other countries, Denmark has no administrative courts as such, which is why the judicial review is undertaken by ordinary courts.⁴⁴² The basis for this is Section 63(1) of the Constitution, which lays down that the courts can legitimately review any question concerning the limits of administrative authority.⁴⁴³ The issue of whether there is a right of action depends on the legal interest in the case of the person in question, which implies that the case must be eligible for a court solution, that the action must be sufficiently specific and of current interest, and that the person who institutes the proceedings must have a sufficient connection to the case.⁴⁴⁴

⁴³⁴⁾ See Section 103 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴³⁵⁾ See Section 104 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴³⁶⁾ See Section 79 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴³⁷⁾ See Section 106 of the Act on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market.

⁴³⁸⁾ See Revsbech, K., "The Growth of Danish Administrative Law", in "Danish Law in a European Perspective", Ed. by Dahl, B., Melchior, T. & Tamm, D., GadJura 2002, 2nd Edition, p. 172.

⁴³⁹⁾ See Revsbech, K., "The Growth of Danish Administrative Law", in "Danish Law in a European Perspective", Ed. by Dahl, B., Melchior, T. & Tamm, D., GadJura 2002, 2nd Edition, p. 172.

⁴⁴⁰⁾ See Revsbech, K., "The Growth of Danish Administrative Law", in "Danish Law in a European Perspective", Ed. by Dahl, B., Melchior, T. & Tamm, D., GadJura 2002, 2nd Edition, p. 172.

⁴⁴¹⁾ See Revsbech, K., "The Growth of Danish Administrative Law", in "Danish Law in a European Perspective", Ed. by Dahl, B., Melchior, T. & Tamm, D., GadJura 2002, 2nd Edition, p. 173.

⁴⁴²⁾ See Revsbech, K., "The Growth of Danish Administrative Law", in "Danish Law in a European Perspective", Ed. by Dahl, B., Melchior, T. & Tamm, D., GadJura 2002, 2nd Edition, p. 166.

⁴⁴³⁾ See Revsbech, K., "The Growth of Danish Administrative Law", in "Danish Law in a European Perspective", Ed. by Dahl, B., Melchior, T. & Tamm, D., GadJura 2002, 2nd Edition, p. 166.

⁴⁴⁴⁾ See Revsbech, K., "The Growth of Danish Administrative Law", in "Danish Law in a European Perspective", Ed. by Dahl, B., Melchior, T. & Tamm, D., GadJura 2002, 2nd Edition, p. 167.

The sector of radio and television may be taken as an example in order to concretize how the system might work in practice. In this sector, the primary authority of interest is the Radio and Television Board. It consists of seven members who together represent expertise in legal, financial/administrative, business and media/cultural affairs.⁴⁴⁵ This authority has the competence to grant licenses following tendering.⁴⁴⁶ It also has the competence to withdraw a license granted if the licensee infringes the Radio and Television Broadcasting Act or any provisions laid down pursuant to the Act, where such infringement is gross or frequently repeated or disregards the terms upon which the license is granted.⁴⁴⁷ Furthermore, it is stated that the board is to have a number of responsibilities in relation to radio and television, cf. Sections 41-44.⁴⁴⁸ Decisions made by the Board under these provisions may not be brought before any other administrative authority.⁴⁴⁹ Furthermore, the Board is to issue opinions on radio and television enterprises, i.e. statements on their fulfillment of their public service contracts.⁴⁵⁰ Finally, among the many duties of the Board should be mentioned that it is to offer advice to the Minister for Culture on matters concerning radio and television.⁴⁵¹ It is also to be understood from the Act that provision of program services by a radio and television enterprise under Danish jurisdiction is to be subject to a license from the Radio and Television Board.⁴⁵²

Also, local radio and television boards are to be established. These may be set up by a municipal council if required.⁴⁵³ Their existence are, among other things, related to the fact that the provision of program services by means of radio equipment within a local area is subject to a license granted by the relevant local radio and television board.⁴⁵⁴ These boards are subject to the control of the Radio and Television Board.

Regarding this sector, it should also be mentioned that the Minister for Science, Technology and Development is granted several regulatory competences. Also to be mentioned is that the Telecom Agency supervises compliance with a large number of elements of the regulation of the field. Complaints against decisions by this Agency may be brought before the Telecommunications Consumer Board.

Furthermore, it may be mentioned that the size of license fees payable for radio receivers and television sets is to be determined for one or several years at a time by the Minister for Culture with the consent of the Parliamentary Finance Committee. The license fees are to be collected by DR and, subject to the Minister's decision, are to be distributed to DR, TV2/DANMARK, the regional TV2 stations and for any other media-related purposes.⁴⁵⁵ In accordance with the rules which may be laid down by the Minister for Culture, it is the duty of the owner of a radio receiver or television set to inform DR of the installation of such equipment. Also, business enterprises selling or hiring out radio receivers or television sets to consumers are under an obligation, subject to the rules which may be laid down by the Minister, to inform DR of any sale or hire of equipment.⁴⁵⁶ Fees and charges which remain unpaid may be collected by the Danish Finance Agency (*i.e.* Finansstyrelsen). This Agency may collect amounts owing, for example, by attachment of earnings.⁴⁵⁷ Upon request the Bailiff's Court is to decide cases of protest against the control fee.⁴⁵⁸

Advertising and program sponsoring are possible sources of financing the activities. Complaints in this regard are to be lodged with the Radio and Television Board within four weeks of

⁴⁴⁵⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 39 (the Danish name of the Act is: "Lov nr. 1052 af 17/12/2002 om radio- og fjernsynsvirksomhed"). For a comment to the law, see Sandfeld Jakobsen, S., "Den ny radio- og tv-lov", *Juristen*, Number 8, 2003, pp. 309-318.

⁴⁴⁶⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 3.

⁴⁴⁷⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 4.

⁴⁴⁸⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 40. In Section 41 of the Act various responsibilities are stipulated in relation to the distribution of sound and television programs by means of terrestrial digital broadcasting opportunities; in Section 42 various responsibilities are stipulated in relation to national and regional programme services on the basis of a special licence or registration; in Section 43 various responsibilities are stipulated in relation to local radio and television; and in Section 44 various responsibilities are stipulated in relation to advertising and program sponsorship.

⁴⁴⁹⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 40.

⁴⁵⁰⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 40.

⁴⁵¹⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 40.

⁴⁵²⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 45.

⁴⁵³⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 64.

⁴⁵⁴⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 52.

⁴⁵⁵⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 69.

⁴⁵⁶⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 70.

⁴⁵⁷⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 71.

⁴⁵⁸⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 71.

the broadcasting of the advertisement or program concerned.⁴⁵⁹ The Board may decide to take up cases on its own initiative.⁴⁶⁰

Finally it should be mentioned that in Chapter 13 of the Act penalties are stipulated. Anyone who infringes the provisions laid down in Section 93 is liable to a fine. Companies, *etc.* (legal persons) may incur criminal liability in accordance with the rules of Chapter 5 of the Danish Penal Code.⁴⁶¹ In Section 94 it is, furthermore, laid down that any person who deliberately or by gross negligence infringes Section 91 shall be liable to a fine.⁴⁶² If such infringement is for the purpose of commercial activity, the penalty may be increased to imprisonment for up to six months.

⁴⁵⁹⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 78.

⁴⁶⁰⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 78.

⁴⁶¹⁾ See the Danish Radio and Television Broadcasting Act No. 1052 of 17 December 2002, Section 93.

⁴⁶²⁾ This provision concerns the prohibition against manufacturing, importing, selling, owning or changing decoders the purpose of which is to give unauthorized persons access to the content of an encoded radio or television program.

RÉGULATION ET SERVICES PUBLICS EN ESPAGNE

Elisenda MALARET,

Professeur de droit administratif à l'Université de Barcelone, avec la collaboration de Marta Timon, professeur associé à l'Université de Barcelone

I. La régulation, une notion émergente

Expression, notion, théorie ?

La régulation, expression largement utilisée par les juristes, ne connaît pas de controverse, jusqu'à présent, dans le droit public espagnol. Nous pouvons, peut-être, trouver l'explication de cette situation dans les ambivalences qui lui sont inhérentes, dans son caractère polysémique. Bien sûr, cette explication est peu convaincante puisque en effet celle-ci est une donnée présente dans d'autres contextes et c'est une des causes qui sont à l'origine du vif débat suscité⁴⁶³. À notre avis, il faut explorer d'autres territoires, nous y reviendrons, mais avant quelques observations préliminaires relatives au contexte de production des juristes espagnols.

Ainsi, dans une approche sommaire, l'on pourrait penser qu'une notion porteuse de confusion devrait être écartée du champ juridique, un domaine guidé par l'idée d'ordre –juridique-, le souci de cohérence, la portée du principe de sûreté juridique. Cette démarche avait déjà été présente dans un secteur majoritaire de la doctrine espagnole et, dans les années cinquante, elle a guidé le rejet à la théorie du service public –légitimation de l'action publique- et a conduit à une réduction du concept de service public qui l'a privée de force pour ordonner les rapports entre usagers et administration publique en le cantonnant dans le domaine des rapports entre entreprises (privés) concessionnaires (en monopole) et administration publique⁴⁶⁴.

Dans ce paysage la régulation ne s'inscrit pas comme un concept donc il faut éclairer le sens; la tâche de détermination de la signification, la réalisation de la fonction traditionnelle d'interprétation, une fonction nécessaire pour contribuer à établir le contenu de la norme ne s'avère pas nécessaire. La doctrine espagnole, dans une large majorité, est encore gouvernée par une orientation orientée à la résolution des problèmes suscités par l'application du droit⁴⁶⁵.

En effet, la régulation apparaît comme un concept abstrait qui montre sa fécondité sur un plan théorique, sans conséquences pratiques dans le domaine d'application de la loi. Et placés dans cette perspective les débats ne sont plus présents.

Mais alors, pourquoi cette présence croissante de la régulation dans la littérature juridique ? Mode, simple imitation ou importation d'une notion controversée dans deux littératures influentes dans les différents courants de pensée juridiques ?

La *régulation* ne constitue pas une catégorie juridique traditionnelle en Espagne. Mais le mot est présent dans la production doctrinale. Il est souvent utilisé dans le champ juridique; soit comme équivalent de l'idée de réglementation, de production de normes générales⁴⁶⁶ - mais sans désigner un type de normes juridiques spécifiques -, soit comme synonyme d'intervention administrative et

⁴⁶³ L'exemple du vif débat qui anime la science juridique française est significatif, v. MARCOU dans ce livre.

⁴⁶⁴ Plus largement E. MALARET: « Le service public. L'expérience espagnole », *Service public : unité et diversité AJDA*, numéro spécial, 1997

⁴⁶⁵ V. la distinction proposée par J. CHEVALLIER : « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, 2002, 50

⁴⁶⁶ Celui-ci est l'usage que l'on peut trouver dans un ouvrage récent, L. ARROYO JIMENEZ: *Libre empresa y títulos habilitantes*, ed. CEPC, Madrid, 2004, p.312

notamment dans le domaine de l'économie⁴⁶⁷, d'une intervention administrative qui se veut l'équivalent de la police⁴⁶⁸.

Mais cet état de choses ne peut pas cacher un autre phénomène, la notion de régulation a fait son irruption dans le droit public, surtout dans le domaine du droit de l'économie.

Ainsi, l'expression apparaît dans le droit positif. L'article 1^{er} de la Loi sur le secteur de l'électricité précise que l'objet de celle-ci est constitué par « la régulation des activités visant à la fourniture de l'électricité » (1997).

Et, bien sûr, la notion est fortement présente dans la littérature qui s'occupe d'exposer ou d'analyser les transformations a) du rôle et des modes d'intervention de l'état dans l'économie, b) du droit de certains secteurs qui ont subi des processus menant du monopole à la libéralisation, spécialement dans le domaine des industries en réseau.

La notion de régulation traduit les changements dans les fonctions et dans les modes d'intervention de l'état. Notion importée de la littérature économique⁴⁶⁹ et divulguée dans ce domaine, elle exprime le relief de l'économie dans la vie sociale actuelle. Dans un environnement d'intégration croissant des échanges, au niveau européen, mais aussi mondial elle relève le rôle des marchés.

Deux conceptions peuvent être recensées, une qui vise l'objectif de l'intervention publique (et la place faite à la concurrence), l'autre qui attire l'attention sur les formes (la place de l'informalité), les moyens et les institutions (l'émergence des AAI).

Et lorsque l'on analyse la première approche, nous pouvons identifier aussi deux manières de procéder; la première se situe dans l'ordre du normatif ou prescriptif, la deuxième dans l'ordre du positif ou analytique. Dans la première perspective la notion occupe une place clé dans un discours néo-libéral postulant un retrait de l'état à ses fonctions régaliennes, l'état ne devant être plus producteur d'un service, mais seulement garant de l'offre de celui-ci⁴⁷⁰. Par contre, dans la deuxième démarche, il s'agit de décrire un ensemble de mutations concrètes et précises dans le rôle que joue l'état dans l'économie; la régulation permet d'évoquer de manière condensée des changements dans les finalités, les méthodes et l'organisation⁴⁷¹.

La régulation comme intervention de la puissance publique dans l'économie

Deux étapes peuvent être identifiées avec un moment de transition.

Ainsi, tout d'abord, la *dérégulation*. A partir de la fin des années quatre vingt du xx siècle (faisant suite à l'intégration dans la Communauté Européenne, 1986), un lien étroit s'établit avec le processus de libéralisation des activités économiques, c'est la vague de la « dérégulation », du retrait de l'état dans la vie économique. Un retrait qui acquiert deux formes, (i) réduction des barrières d'accès –

⁴⁶⁷ Nous pouvons à nouveau utiliser le même texte qu'auparavant, L. ARROYO, op.cit. p.10. La valeur de ce texte dérive du fait qu'il montre une bonne connaissance de la littérature anglaise et américaine portant sur la *regulation*, et parallèlement il opère avec des notions traditionnelles dans une partie de la doctrine espagnole, des notions en provenance du droit administratif allemand. Ce texte s'occupe des différents modèles de régulation par rapport au territoire, les conséquences qui dérivent de l'un et de l'autre, mais sans se borner à définir la régulation.

⁴⁶⁸ Ainsi si nous reprenons le même ouvrage, L. ARROYO, op.cit. au lieu de la *police* nous trouverons la notion de *limitation et d'ordonnement* (au sens de donner un ordre et mettre un certain ordre) de l'activité des privés ; cette terminologie appliquée à un secteur de l'activité administrative a été introduite par E. GARCIA DE ENTERRIA/T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ : *Curso de Derecho Administrativo* (II), ed. Civitas, Madrid, 1978 (la dernière édition, 2004)

⁴⁶⁹ En effet, quand la notion est utilisée avec un sens propre l'origine économique est très net, ce qui constitue certainement une des différences avec la pensée française, v. un travail séminal de J. CHEVALLIER : « De quelques usages du concept de régulation en droit public », dans : M. MIAILLE (dir.): *La régulation entre droit et politique*, Paris, ed. L'Harmattan, 1995

⁴⁷⁰ G. ARIÑO: *Principios de derecho Público Económico. Modelo de estado, gestión pública, regulación económica*, ed. Comares, Granada, 1999

⁴⁷¹ E. MALARET: "Regulación económica: su instrumentación normativa (el lugar de la Ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)", *Derecho Privado y Constitución*, 2003, 17, p. 327 et ss; S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (I), ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 1172.

réduction du domaine des autorisations préalables à la mise en place de l'activité ou bien introduction du silence valant acceptation– et (ii) assouplissement des contraintes aux entreprises –élimination des contrôles de prix et des autorisations préalables relatives au fonctionnement-.

La régulation dans ce contexte apparaît comme une nouvelle forme d'intervention de la puissance publique axée sur la production de règles, en détriment de l'action administrative. Comme l'intitulé d'un livre de droit public de l'économie a proclamé : « Libéralisation de l'économie. Plus d'Etat, moins d'administration » (Martin Mateo, 1988).

Des réformes législatives ont été adoptées dans cette direction⁴⁷². Cette période suppose de placer la liberté d'entreprise au cœur du débat et surtout de repenser les bases de l'intervention de l'Etat dans l'économie, démarche que la Constitution de 1978 induisait⁴⁷³.

La première proposition doctrinale sur la régulation aura lieu (Ariño, 1993) dans le cadre d'une étude théorique sur l'état et le marché conçue avec une volonté normative nette : la régulation est alors conçue comme une notion synonyme d'intervention économique de l'état. Ce qui permet d'établir trois modèles de régulation: (i) la réglementation d'activités, (ii) la délégation du service public (monopole légal) à une entreprise privée, (iii) la nationalisation. Evidemment étant donnée que dans le dernier modèle la puissance publique opère sur la base du titre « *dominum* » les règles juridiques sont réduites. Dans cette approche, conduite de la main de l'école économique du « *public choice* » et où les références à Stigler sont nombreuses, la Régulation est explicitement conçue comme « étant par définition un substitut du marché ».

Cette démarche doctrinale se prolonge par la référence à « un nouveau service public »⁴⁷⁴ et à une « nouvelle régulation » : une nouvelle régulation puisqu'elle aurait de nouveaux objectifs, « restaurer le marché » et promouvoir la concurrence, et bien sûr protéger les intérêts des usagers (en termes de sécurité, qualité et prix).

Cette interaction entre « nouvelle régulation » et « nouveau service public » est cohérente dans cette vision puisque la nouvelle forme d'intervention de l'état doit conduire à un nouveau service public. Un service public qui aurait comme traits singuliers la prémisse de la liberté des activités économiques (par opposition au monopole antérieur, monopole considérée par la doctrine majoritaire espagnole comme condition nécessaire « et suffisante » pour que tout un secteur d'activité soit considérée service public⁴⁷⁵), l'accès à l'activité par le préalable d'une licence ou autorisation (par opposition à la concession propre au régime antérieur) et, quand le marché serait insuffisant pour satisfaire certains besoins, l'administration publique pourrait imposer des obligations ponctuelles et limitées de service public.

Un « nouveau service public » qui n'est plus le service public (puisque'il n'y a plus de monopole). Un nouveau service public conçu avec une portée très réductionniste et pour lequel l'on propose l'expression « service essentiel » (Martinez López-Muñiz, 2000)

Avec l'élan de la dernière étape de la libéralisation des télécommunications et de l'énergie (et la rupture des monopoles, assurés par des entreprises privés), le législateur « populaire » a suivi cette approche. La notion de régulation a fait son irruption dans la loi (Loi sur le Secteur Electrique de 1997 ; Loi Générale sur les Télécommunications de 1998). Dans le secteur de l'électricité des activités sont explicitement déclarées « régulées », la notion de service public disparaît (bien que la fourniture doive être garantie à tous les « consommateurs » et cette phase du cycle est déclarée « service essentiel »). Dans les télécommunications, « l'objet de la loi est la régulation des télécommunications », lesquelles sont considérées comme des « services d'intérêt général fournis dans un régime de concurrence ». On y reviendra plus loin.

⁴⁷² E. MALARET: « Les transformations du système administratif espagnol », M. MIAILLE (dir.): *La régulation...* op.cit

⁴⁷³ E. MALARET : *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Madrid, ed. Civitas, 1991

⁴⁷⁴ G. ARIÑO/J.M. DE LA CUETARA/J.L. LÓPEZ-MUÑIZ : *El nuevo servicio público*, Madrid, ed. Marcial Pons, 1996

⁴⁷⁵ V E. MALARET : L'expérience espagnole, op.cit.

Dans cette vision doctrinale, le constat fait que la disparition des monopoles n'a pas entraîné une réduction de l'intervention de la puissance publique, mais une intervention plus intense, la notion de « ré-régulation » ou « néo-régulation » émerge⁴⁷⁶. Une intervention plus incisive, puisque la régulation asymétrique sectorielle impose de lourdes obligations aux opérateurs dominants⁴⁷⁷.

Notons comme, étant donné la conception de la régulation comme intervention de l'Etat, l'usage au sens large de cette notion oblige à introduire une distinction entre « régulation civile », « régulation sociale ou de police administrative » (!) et « régulation économique »⁴⁷⁸. Cette dernière ayant pour cause les défaillances du marché, notamment en ce qui concerne les monopoles naturels, c'est dans ce domaine que la régulation va s'épanouir et c'est ce domaine que la notion de régulation déploie toute sa portée, puisqu'elle y acquiert un sens précis..

Finalement, l'expression régulation comme équivalente à intervention publique est utilisée par certains auteurs - ne se ralliant pas à l'école précitée - dans le cadre de la description de l'évolution du droit qui régit les services publics industriels⁴⁷⁹; ils reçoivent l'expression comme constat des transformations mais sans donner une caractérisation précise du concept.

A titre de conclusion provisoire nous pouvons affirmer que si dans un premier moment la régulation s'affirme comme formule permettant de décrire les modifications dans les modes d'intervention de l'état dans le domaine des services publics en réseau, l'évolution postérieure tant sur le plan analytique comme sur les évolutions du droit positif (notamment sur l'influence du droit communautaire) prépare la montée en puissance de la théorie de la régulation. Une théorie capable d'affirmer la légitimation de l'intervention publique pour maîtriser les entreprises –publiques ou privés- dans un contexte concurrentiel, une intervention destinée à corriger les défaillances du marché – déficit d'information ou abus de pouvoir- et surtout à garantir la fourniture des biens collectifs (notamment les infrastructures de base territoriale étendue associées aux services essentiels pour le développement économique et social). La régulation au sens strict suppose la préservation de la concurrence et la garantie des missions d'intérêt général, des besoins collectifs⁴⁸⁰. Dans une perspective fonctionnelle la régulation a comme but la construction d'un équilibre entre efficacité et équité.

L'approche institutionnelle

Il y a la régulation, mais aussi les autorités, les régulateurs : une approche institutionnelle est donc nécessaire.

Bien sûr, la demande d'une nouvelle forme d'intervention de l'état ayant pour objectif la « récupération du marché et la promotion de la concurrence demandait une nouvelle forme d'organisation de la puissance publique. La liberté d'entreprise devait être tenue à l'écart des « tentations » des politiques, trop enclins à manœuvrer l'économie et surtout les tarifs pour atteindre des objectifs non nécessairement liés à l'efficacité économique. Donc la création de commissions de régulation indépendantes est proposée (Ariño, 1994). A nouveau les théories de Stigler et la « capture du régulateur » réapparaissent.

Parallèlement à cette vision de la régulation, la notion fait son irruption dans l'analyse plus spécifique de certaines organisations créées sous l'influence du modèle américain des *Regulatory agencies* et des autorités administratives indépendantes françaises.

En effet hormis le débat suscité par l'encadrement constitutionnel de ce nouveau type d'organisation, l'éventail de pouvoirs et des fonctions leur sont attribuées a été noté comme l'élément majeur. Au fil

⁴⁷⁶ J.C. LAGUNA DE PAZ : « Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el derecho Comunitario », *R.E.D.A.* 1995, 88

⁴⁷⁷ J. DE LA CRUZ FERRER : *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Madrid, ed. Marcial Pons, 1999

⁴⁷⁸ J. DE LA CRUZ FERRER : *La liberalización de los servicios públicos...op.cit*

⁴⁷⁹ Notamment S. MUÑOZ MACHADO : *Servicio público : los fundamentos*, Madrid, ed. Civitas, 1998

⁴⁸⁰ E. MALARET : « Regulación económica : su instrumentación normativa (El lugar de la Ley en el Estado regulador, la experiencia reciente) », *Derecho Privado y Constitución*, 2003, 17

de cette analyse la régulation apparaît comme une nouvelle forme d'intervention de l'Etat caractérisée par l'amalgame de pouvoirs. Des pouvoirs variés, de portée diverse, réglementaire, de sanction, de garantie de la fourniture de l'information pertinente, de contrôle –surtout à posteriori –, de règlement des conflits entre opérateurs⁴⁸¹ exercés par une autorité fortement spécialisée et soustraite au pouvoir de direction du gouvernement, afin de mieux garantir l'objectivité que le respect à la liberté d'entreprise suppose. L'efficacité des mesures - très incisives du point de vue des charges imposées aux entreprises- demande des garanties de neutralité supplémentaires.

Dans cette approche la régulation n'apparaît surtout pas comme équivalente à la réglementation. Elle est utilisée pour rendre compte de ce surplus de fonctions et des rapports que l'intervention de la puissance publique entretient avec les spécificités de l'intervention sectorielle et les faits qui la commandent. La finalité de l'action des régulateurs produit un droit imprégné de technique et d'économie.

Précisément, l'analyse de la démarche de libéralisation dans les secteurs auparavant en monopole a mis en exergue la notion de « régulation asymétrique ». Une intervention publique qui effectivement vise la garantie de la concurrence, mais qui présente aussi le trait significatif d'une forte dépendance de la structure et des caractéristiques qu'à un moment donnée présente le secteur en question.

Dans ce cadre la notion de régulation émerge aussi pour justifier/exiger la position différente et surtout la distinction d'activités attribuées à l'autorité et à l'entreprise respectivement. C'est l'approche bien connue qui consiste à distinguer entre régulateur et opérateur⁴⁸². La régulation émerge comme attribut de la puissance publique et dans un environnement concurrentiel cette fonction ne peut pas être attribué à une entreprise.

Enfin, l'intervention publique par rapport aux contenus de l'audiovisuel présente une notable spécificité à cause du lien étroit avec la liberté d'expression. Donc, hors du domaine économique. Dans une réflexion doctrinale qui vise l'activité informelle, de persuasion même, de fourniture d'avis, la régulation apparaît pour identifier une intervention où le consensus et l'équilibre entre les intérêts en présence sont les traits essentiels ⁴⁸³.

A titre de conclusion provisoire

La notion de régulation est donc une notion largement utilisée dans le cadre de l'analyse des transformations des modalités d'intervention de la puissance publique, bien que pour l'instant son statut, son contenu soient incertains et vagues.

La régulation comme nouvelle forme d'intervention s'inscrit dans un contexte de suppression des monopoles et de libéralisation des activités économiques; l'objectif privilégié dans cette approche est celui de la garantie de la concurrence et la garantie de la fourniture des biens collectifs. Tâche qui suppose l'attribution de pouvoirs notables à des autorités placés au-delà du pouvoir de direction gouvernementale.

La défense de la concurrence, une concurrence à promouvoir, ne s'oppose pas à la garantie de certains services « d'intérêt général », des services satisfaisant des besoins de tous les citoyens ; des services qui doivent être fournis de manière « universelle ».

La garantie de la fourniture des « services publics », « les services « essentiels » dans un environnement concurrentiel à protéger et bien sûr à encourager constituent les finalités qui orientent les pouvoirs des autorités de régulation ; finalités, autorités et fonctions qui fondent la spécificité de la régulation.

⁴⁸¹ L. PAREJO : Prólogo , A. BETANCORT : *Las administraciones independientes*, Madrid, 1992 ; E. MALARET : La CNMV, una aproximación institucional, R.E.D.A. 1992

⁴⁸² S. MUÑOZ MACHADO: *Servicio público. Los fundamentos...*, op.cit, E. MALARET : La CNMV..., op.cit

⁴⁸³ J. TORNOS : *Las autoridades de regulación del audiovisual*, Madrid, Marcial Pons, 1999

II. Approches sectorielles : électricité, télécommunications, transport ferroviaire. Du service public en monopole au service universel en concurrence

Comme il a été déjà précisé, la nouvelle forme d'intervention qu'implique la régulation s'inscrit dans un contexte plus vaste des transformations technologiques, économiques, mais aussi politiques et sociales. Un des facteurs déterminants, même s'il n'est pas le seul, a été le processus d'intégration européenne. Les conséquences de cette intégration sont visibles, spécialement, sur les services publics en réseau. L'approche que l'on va réaliser aux secteurs des télécommunications, électricité et transports (même si elle sera schématique et certainement descriptive) sera utile pour montrer le besoin de procéder à un changement de perspective qui dépasse les notions traditionnelles (ou, au moins, la façon dont elles ont été conçues) pour dessiner les lignes que la nouvelle optique de la régulation suggère.

A) Structure et typologie des services envisagés : entreprises privés, service public et monopole aux origines de l'intervention publique

Les services de télécommunications, électricité et transports ferroviaires que l'on envisage ont des caractéristiques communes, d'ordre technique et structurel. D'abord il faut préciser, et cette donnée mérite d'être soulignée, qu'il s'agit d'une typologie qui distingue ces services des services publics à caractère non économique. Cette distinction entre services publics économiques et services publics non économiques (ou sociaux) est présente dans le droit espagnol, bien que souvent elle a été sous-estimée sous l'influence des secteurs de la doctrine partisans « au service public au sens strict » qui considéraient exclusivement les entreprises concessionnaires de services publics gérés en monopole.

Certes, les deux catégories supposent la responsabilité ou la prise en charge de la part des pouvoirs publics de ces services (en termes de responsabilité) en tant qu'ils répondent à des besoins collectifs essentiels. Pourtant, les services publics sociaux sont liés, d'une façon plus immédiate, à l'exercice de droits fondamentaux (éducation, santé, culture, etc.) et, historiquement, ont été gérés par les administrations publiques mais surtout par des organisations privées. Il y a eu une coexistence public-privé dans la fourniture de ces services.

Par contre, les services publics économiques appellent à un autre type de besoins : il s'agit de la distribution universelle, dans une perspective territoriale, de services qui concourent à former l'armature territoriale. Une articulation territoriale avec des conséquences certaines sur la cohésion sociale et la solidarité.

Les services publics à caractère économique requièrent souvent d'un réseau, une infrastructure nécessaire pour la fourniture du service. Il va de soi que leur régime juridique et économique est conditionné par une telle circonstance – investissements lourds, capacité *limitée* du réseau. Dès lors, la présence du monopole paraissait normale dans ces secteurs, en présence d'un monopole *naturel* et de mécanismes permettant des financements croisés⁴⁸⁴.

Les considérations que l'on vient de réaliser sont utiles pour comprendre, dans une perspective critique, une certaine approche à la notion de service public présente à la doctrine administrative espagnole : l'établissement d'un binôme, la considération que service public et monopole (soit public, soit privé) sont inséparables⁴⁸⁵. Pourtant, en Espagne, la qualification des télécommunications, de l'électricité ou des transports comme des services publics (essentiels) n'a pas signifié dans tous les cas la prise en charge directe du service par les pouvoirs publics ni la totale exclusion de tiers. Ainsi, cette conception ne peut qu'être considérée comme restrictive, car la réalité des services publics économiques ne peut pas se

⁴⁸⁴ MALARET i GARCIA, Elisenda. «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los ciudadanos: perennidad de las necesidades transformación del contexto», *Revista de Administración pública*, núm. 145, enero-abril 1998.

⁴⁸⁵ MALARET i GARCIA, Elisenda. «Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?», *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291, enero-abril 2003 (Homenaje a Sebastián Martín-Retortillo)

réduire à l'équivalence entre service public et monopole, bien que cette équivalence soit présente dès les premiers moments de l'intervention de la puissance publique.

Ainsi, la première réglementation des **Télécommunications** en Espagne (comme une activité autonome, indépendante de la Poste, par décret de 1882) définissait le service téléphonique comme un service public essentiel dans la «titularité» (titularidad : maîtrise, propriété) de l'État. Mais cette qualification n'a pas exclu la fourniture du service par les particuliers, et même la création et l'établissement des lignes privées (limités par l'activité de *police* de l'administration). La structure du secteur montrait bien l'impératif d'ouvrir les portes à une collaboration privée pour garantir les investissements nécessaires : pluralité d'opérateurs privés (avec «concession» administrative) qui desservaient différents territoires. Certes, cette pluralité de réseaux ne permettait pas un réseau national, un service téléphonique unifié. Le service ne satisfaisait pas les besoins collectifs, des besoins liés à la construction d'un marché national, et surtout il ne répondait pas aux exigences de continuité que le développement économique nécessitait. En 1924 (dictature de Primo de Rivera) un contrat de concession octroie à une entreprise privée, la «Compañía Nacional de España» (CTNE) – contrôlée par ITT - la fourniture du service téléphonique en monopole dans tout le territoire national. La République, trop faible n'a pas pu réviser le monopole et après la Guerre Civile le départ du capital américain laissera l'entreprise dans une pénible situation, l'apport de capitaux publics se produira sans changer le statut juridique de l'entreprise. Toujours une entreprise privé bien que contrôlée par l'Etat actionnaire, mais sans qu'il détienne la majorité du capital (très dispersé)

Le **secteur électrique** présente une situation initiale assez proche, et la dispersion du capital perdurera dans le temps. Ainsi, au début du XXème siècle les sociétés électriques privées étaient nombreuses. En 1924 (dictature de Primo de Rivera), la fourniture d'électricité, de gaz et d'eau est déclarée service public. Mais la déclaration formelle a un impact limité sur la structure du secteur. Après la Guerre Civile un timide processus de concentration s'est initié, mais l'élément clé de toute la période franquiste c'est la création d'UNESA, en 1944; association des entreprises du secteur pour gérer en commun, à l'écart de l'état, le transfert d'électricité et la continuité du service. Pour les auteurs de l'époque la création de cette organisation a permis d'éviter la nationalisation du secteur⁴⁸⁶; en effet, il n'y a pas eu de nationalisation, mais ce qui est plus significatif, le secteur, malgré la création d'une entreprise publique, a conservé une image et un fonctionnement à l'écart de la puissance publique, et géré selon une logique d'intérêts privés.

Jusqu'en 1994 (Loi du Système Électrique National), l'une intervention publique était exceptionnelle dans ce secteur, même si la fourniture d'électricité avait été déclarée formellement comme un service public. Le secteur avait de sérieux problèmes d'inefficacité, avec un manque d'investissement et les coûts de la politique de construction de centrales nucléaires. L'électricité était fournie par des sociétés en large partie privées qui intégraient verticalement les activités de production, transport et distribution de l'énergie. La pluralité d'opérateurs privés se traduisait par l'existence de monopoles territoriaux dépourvus de base légale. Certes, la constitution de REE SA, société mixte qui réunit dix-sept des sociétés préexistantes⁴⁸⁷ (représentant le 80% du secteur électrique), initie le régime d'exploitation unifié avec le but de satisfaire les demandes de la population en général. L'on peut voir, à nouveau, que les décisions d'unification s'appuyaient sur un besoin de coordination de la fourniture du service électrique et de la création et exploitation d'un réseau de transport. À partir des années quatre-vingt on constate un changement de perspective, une nouvelle politique visant à répondre aux besoins par une fourniture universelle de qualité de l'énergie électrique.

Enfin, il faut aussi souligner que, dans tous les secteurs envisagés, la qualification de service public ne relevait pas de toute l'activité, mais de certaines parties ou prestations. Cette donnée s'explique, d'abord, par la diversité et l'hétérogénéité de services qui y sont compris; ensuite, par le caractère dynamique de la notion du service public, dont l'une des caractéristiques propres est la mutabilité, ou l'adaptation, de son contenu et de son périmètre aux demandes sociales et au développement technique. Ainsi, dans le secteur des transports, seul le transport de voyageurs présentait cette

⁴⁸⁶ V. E. GARCIA DE ENTERIA, plus largement E. MALARET : La distribución de competencia en el sector eléctrico, *Quaderni* :

⁴⁸⁷ Créé par la Loi d'exploitation unifiée du réseau national (1984)

caractéristique (transport urbain, transport régulier de voyageurs, etc.). Quant au secteur électrique, la production n'a jamais été qualifiée comme service public.

B) Les mutations du contexte technologique, politique et économique et leurs conséquences dans les secteurs considérés.

Le processus d'intégration européenne, ainsi que le développement technologique, a généré de nouveaux besoins et a supposé l'introduction d'une nouvelle perspective qui tient compte de la compatibilité entre les missions de service public et le respect de la libre concurrence. Ainsi donc, l'idée que les services publics doivent être fournis en monopole a été remise en cause par divers facteurs et cela a accéléré le procès de libéralisation de ces secteurs.

Dans la perspective des institutions communautaires, la création d'un marché unique dans les secteurs en réseau et la volonté de créer des réseaux transeuropéens (donc, introduction d'un facteur de transnationalité des marchés) obligent aux États Membres à moduler ou adapter leurs réglementations. A la libéralisation initiale des services à valeur ajoutée s'ajoutera bientôt un régime des réseaux, des infrastructures essentielles, tendant à permettre l'accès des tiers. Désormais, la logique de l'ouverture des marchés doit être conciliée avec les attributions qui relèvent naturellement de la sphère de chacun des États: notamment, la définition et l'articulation des missions de service public.

La libéralisation des secteurs considérés a donc été en Espagne la conséquence : a) de la transposition des directives communautaires tendent à la libéralisation progressive des services et à l'introduction de la concurrence; b) ainsi que d'une augmentation de la capacité des réseaux (à cause du développement de la technologie numérique, dans le cas des télécommunications) ou de l'émergence de nouvelles activités permettant de fournir les services de manière plus efficace.

Les principes qui découlent des directives de libéralisation des secteurs de télécommunications, électricité et transport ferroviaire (et qui sont aussi présents dans autres secteurs) sont:

- a) un régime différent pour les infrastructures et les services
- b) des services et des infrastructures soumis aux règles de la concurrence.
- c) la garantie d'un service universel (garantie de la fourniture de prestations déterminées et dans des conditions déterminées) en fonction du caractère essentiel pour l'ensemble des citoyens

Ces principes doivent être maintenant rappelées, bien que communs à tous les pays de l'U.E., parce que le législateur espagnol se limitera souvent à les reproduire sans procéder à une adaptation aux institutions juridiques propres du droit administratif espagnol. De manière plus précise l'on peut signaler que :

- a) L'irruption de tout en ensemble de notions, *service universel*, *autres obligations de service public* qui coexistent dans le droit communautaire, sans un contenu précis. En effet, la distinction entre les *services d'intérêt général*, *les services économiques d'intérêt général*, *le service universel* et aussi le *service public* a suscité des discussions dans la doctrine juridique espagnole⁴⁸⁸ et une large partie de la doctrine a été conduite à déclarer la mort du service public (!) et son remplacement par les services d'intérêt général.
- b) L'ouverture du marché à la concurrence n'exclut pas que les opérateurs soient soumis des obligations précises de service public.
- c) Les infrastructures sont envisagées en partant de l'introduction des exigences d'interconnexion, d'accès des tiers au réseau et d'interopérabilité (ou compatibilité des systèmes utilisés). Le respect de ces principes et la surveillance des conventions adoptées pour

⁴⁸⁸ V. quelques éléments du débat E. MALARET Servicio público, actividad económica...op.cit

leur application font partie des compétences de l'organisation administrative traditionnelle, ou bien des nouvelles autorités de régulation pouvant être créées.

- d) La prestation des services est libre, bien que, parfois, elle soit conditionnée à l'octroi d'une autorisation ou d'une déclaration préalable.

C) Le droit des secteurs : la transposition des principes généraux qui découlent des directives communautaires

La législation propre aux secteurs considérés repose sur une conception de la régulation rattachée à l'idée d'une diminution de l'intervention de l'État sur ces services à caractère économique. On peut le constater, par exemple, dans la **Loi 54/1997, du Secteur Electrique (LSE)** quand elle affirme « *qu'il ne faut pas que l'État se réserve l'exercice d'aucune des activités qui constituent le système électrique* » ; et donc, que « *l'on abandonne la notion de service public traditionnel dans notre ordonnancement (...) et on la remplace par la garantie expresse de fourniture du service à tous les consommateurs qui la sollicitent sur le territoire espagnol* ». La même idée se trouve dans la **Loi 32/2003, Loi Générale sur les Télécommunications (LGT)** qui, dans la liste qu'elle établit des principes régulateurs du secteur, énonce « *l'intervention minimale de l'Administration dans le secteur, le respect de l'autonomie des opérateurs et la supervision administrative des aspects qui visent le service public, le domaine public et la défense de la concurrence* ». Par contre, la **Loi 39/2003 du 18 novembre, sur le Secteur Ferroviaire (LSF)** ne contient pas ce type de déclaration.

Certes, les trois lois considérées mettent en place l'ouverture du marché, invoquent la concurrence ; mais l'on ne peut parler que d'un changement dans les formes d'intervention, et non exactement d'une diminution de l'intervention de l'État. Comme on le verra, l'exclusion de la qualification de service public de ces activités s'accompagne de leur soumission à un régime d'autorisations ou déclarations préalables qui font partie de l'activité de régulation (*police*) administrative des activités économiques, en abrogeant l'exigence d'obtenir une concession administrative et, d'un autre côté, à certaines obligations, comme l'interconnexion et la fourniture du service universel. Un pas supplémentaire est fait par la dernière LGT qui prévoit explicitement le remplacement de la *régulation ex ante* par une *régulation ex post*.

Voyons brièvement le régime de ces secteurs.

1. Le secteur de l'électricité.

La situation des monopoles territoriaux que l'on a déjà décrit, a changé avec la nationalisation du réseau de transport par la création, en 1985 de REE (Réseau Électrique National SA) qui a comme fonction la gestion du service public d'exploitation unifiée du système électrique national ; il faut remarquer qu'il s'agit d'une nationalisation de portée limitée puisqu'en fait est prévue la création d'une société mixte qui gère de manière unifiée tout le réseau national ; le réseau devient national dans le sens de sa conception territoriale. La loi de 1994 a envisagé pour la première fois le système électrique dans son ensemble ; elle a donné un cadre juridique aux rapports entre les entreprises et l'Etat. Elle a constitué le *Système intégré* et le *Système Indépendant*. Ce dernier était régi par la concurrence (bien qu'elle n'ait qu'un rôle marginal dans le système). Cependant, la loi a limité la portée du service public de l'exploitation unifiée, ce qui a permis une libéralisation de l'activité de transport de l'électricité. L'accès au marché était structuré par le biais de des autorisations administratives préalables qui étaient octroyées selon les critères de la planification obligatoire. La Loi de 1994 a créée, aussi, une autorité régulatrice du marché, la Commission du Système Electrique Nationale. Pourtant, cette loi (la LOSEN) a eu une application limitée car elle a été abrogée en 1997 par l'adoption de l'actuelle Loi sur le Secteur Électrique.

(a) La structure du secteur électrique (évolution et perspective actuelle)

La Loi sur le Secteur Électrique (LES) affiche la volonté de libéraliser toutes les activités liées à la fourniture de l'énergie électrique et, dans cette intention, elle oblige à séparer les diverses activités.

Ainsi, la Loi définit son objet en distinguant les activités de production, transport, distribution, commercialisation et échanges communautaires et internationales, avec l'objectif final de la fourniture de l'énergie électrique aux consommateurs. La distinction des différentes activités du cycle électrique est importante puisque leur régime juridique présente des différences notables.

Par rapport à la loi antérieure, la LSE introduit des variations importantes car elle ne réserve aucune activité du cycle à l'Administration; au contraire, elle articule son régime juridique en partant de la libre initiative privée dans tous les domaines. Le principe qui constitue la prémisse de base de toute la réglementation est la libre initiative des entreprises privées pour les activités *destinées* à la fourniture de l'énergie électrique; chaque activité spécifique est ensuite soumise à un régime distinct qui présente des traits singuliers.

On pourrait résumer de la façon suivante : a) liberté d'établissement pour les installations de production ; b) régime de libre concurrence de l'activité de production qui s'appuie sur un système d'offre-demande (producteurs, commercialisateurs et distributeurs)⁴⁸⁹ ; c) régime de libre concurrence dans le cadre établi par la Loi pour la commercialisation de l'énergie. Par contre, la gestion économique et technique du système, le transport et la distribution ont le caractère d'activités *régulées*, dont leur régime économique et de gestion est conditionné par les dispositions de la Loi.

Le processus de libéralisation initié par la LSE a été complété par toute une série de normes qui ont avancé le calendrier de libéralisation établi pour ce processus : par exemple, le décret-loi 6/1999 qui a avancé le calendrier de libéralisation établi à la LSE pour les usagers connectés à haute tension ; et, aussi, le décret-loi 6/2000, 23 juillet, qui généralise le droit de tous les usagers à choisir leur fournisseur d'électricité. Dès le 1^{er} janvier 2003, tous les consommateurs ont la qualité de clients éligibles.

Ce changement de régime juridique comporte l'attribution à l'Administration d'importantes fonctions. L'activité des opérateurs est soumise à certaines règles (ce qu'on appelle la *concurrence encadrée*) : d'un côté, la fourniture du service doit s'inscrire dans la planification électrique (désormais, à caractère indicatif et non déterminant) qui relève de la compétence de l'État et des Communautés Autonomes ; d'autre côté, les activités sont soumises à une procédure d'autorisation administrative préalable, procédure qui a un caractère lié ; enfin, l'ouverture à la concurrence suppose l'accomplissement de certaines obligations.

Le principe de séparation des activités joue son rôle, aussi, dans ce secteur : afin de garantir l'indépendance des gestionnaires des réseaux, dès lors qu'une entreprise réalise des activités de distribution ou de transport elle ne peut pas s'engager dans d'autres activités comme la production ou commercialisation. La libéralisation a été aussi étendue aux activités de transport et de distribution à travers l'obligation de donner accès aux tiers qui demandent à utiliser les réseaux existants pour exercer l'activité de fourniture d'électricité. Ce droit d'accès est assuré moyennant le paiement des tarifs d'accès et en interdisant l'octroi de droits exclusifs en fonction de la propriété du réseau.

Du point de vue organisationnel, la loi prévoit, comme plus tard ce sera le cas de la Loi sur le Secteur Ferroviaire, la présence de deux sociétés commerciales qui assurent le bon fonctionnement du système. Ainsi, le marché de l'électricité et la gestion économique sont gérés par l'Opérateur du Marché de l'électricité⁴⁹⁰ (Opérateur du Marché Ibérique d'Énergie - Polo Español SA⁴⁹¹) tandis que l'activité de transport et la gestion technique du système sont attribuées au Réseau Électrique Espagnol (REE SA). L'opérateur du système est le responsable de la gestion technique du système en garantissant la continuité et la sécurité de la fourniture du service électrique, ainsi que la coordination du système de production et transport⁴⁹².

⁴⁸⁹ Art. 11.1. LSE

⁴⁹⁰ Art.33 LSE

⁴⁹¹ Des l'année 2004, l'ancien OMEL est transformé en OMIEL POLO ESPAÑOL, d'auprès de la signature du Protocole avec Portugal pour la création d'un marché coordonné et unique d'énergie ibérique.

⁴⁹² Art. 34 LSE

La LSE a défini avec plus détails les fonctions de la Commission Nationale du Secteur Électrique qui a une vocation de régulation sectorielle et joue (comme la CMT) un rôle d'arbitre des conflits qui peuvent surgir entre les opérateurs pour l'accès au réseau ; la Commission nationale exerce aussi un contrôle de la gestion économique et technique du système électrique intégré. Mais cette autorité a été modifiée par la Loi 34/1998 sur le Secteur des Hydrocarbures qui a créé la Commission Nationale de l'Énergie, laquelle a pour fonction la sauvegarde de la concurrence dans tous les systèmes énergétiques. Elle exprime donc la convergence des systèmes.

b) L'abandon du service public dans le secteur électrique. : de la rhétorique à la réalité d'un régime juridique

S'il est vrai que la Loi déclare l'abandon du service public, il n'est pas moins certain qu'elle met en place certaines obligations qui peuvent être imposées aux opérateurs du secteur et qui peuvent être rattachées à la notion de service public : obligation de réaliser la fourniture du service aux usagers; garantie de la continuité et de la qualité du service et, aussi, des prévisions par rapport à la mutabilité du service (son adaptation au développement technologique). La Loi établit ainsi que l'activité de fourniture du service électrique doit s'exercer en garantissant la fourniture à tous les consommateurs qui demandent le service sur le territoire national, en utilisant la notion de *service essentiel*⁴⁹³. Cette déclaration est complétée par le droit « *de tous les consommateurs à recevoir la fourniture de l'énergie électrique, sur l'ensemble du territoire national et avec les conditions de qualité et sécurité établies par règlement du Gouvernement de l'État en collaboration avec les Communautés Autonomes* »⁴⁹⁴. Enfin, les opérateurs sont obligés d'assurer la fourniture du service selon le tarif pour les usagers, dans les conditions de régularité, de continuité et de qualité, et le Gouvernement peut intervenir quand ces conditions ne peuvent pas être remplies.

Dès lors que l'on reconnaît aux usagers (citoyens) le droit à des prestations déterminées l'on se trouve dans le domaine du service public (*lato sensu*), bien que l'on puisse assimiler le système de la LES au service universel qui découle des directives communautaires. La conséquence que s'en dégage est que la qualification du service comme *essentiel* ne fait pas appel au régime exorbitant de service public dans le sens que l'a compris une partie de la doctrine. En réalité, c'est seulement quand on identifie le service public avec le monopole ou la réserve de compétence (comme deux éléments inséparables) en concevant un *service public strict* qu'il faut recourir à l'artifice de créer une nouvelle catégorie qui puisse couvrir toute la gamme (la diversité) de services que les administrations publiques fournissent aux citoyens, que ce soit par elles-mêmes, directement, ou en faisant confiance à la gestion des tiers.

On peut distinguer, dans cette disposition, les contours du service universel et du service public, mais il faut, c'est vrai, une plus grande précision sur son contenu et sa portée. Même si la LES écarte la qualification des activités comme services publics, il faut rappeler que les directives communautaires reconnaissent aux Etats la faculté d'imposer aux opérateurs privés des obligations de service public en matière de sécurité, de continuité, de la qualité, et dès 2004, en matière de la protection de l'environnement et d'efficacité énergétique.

2. Le secteur du transport ferroviaire.

Le transport (dans toutes ses modalités) est une activité absolument nécessaire pour garantir les communications sur l'ensemble du territoire national et la mobilité des citoyens ; il est devenu un élément structurant de la cohésion territoriale et sociale de l'État, laquelle n'est pas étrangère à la notion de service public. On envisagera, ici, le secteur des transports terrestres, notamment le secteur du transport ferroviaire, car ce dernier a connu de profondes modifications avec la Loi sur le Secteur ferroviaire de 2003. Cette transformation est la conséquence des directives communautaires sur le

⁴⁹³ Art. 2 LSE

⁴⁹⁴ Art. 10 LSE

secteur ferroviaire européen⁴⁹⁵. Certes, si auparavant il s'agissait de garantir la communication sur l'ensemble du territoire national, désormais il s'agit d'établir et garantir la communication sur l'ensemble du territoire européen.

Néanmoins, il faut préciser que le cadre juridique des transports terrestres se trouve à la Loi 16/1987 sur l'Organisation des Transports Terrestres (LOTT). Cette Loi demeure en vigueur en dehors du secteur ferroviaire, et pour ce dernier en ce que concerne la fixation des principes généraux de cette organisation. La loi précitée a une vocation de régulation globale et intégrale du secteur des transports terrestres et fait appel à de nombreux éléments entrant dans la notion de régulation : elle offre une perspective globale qui vise à une régulation homogène de toutes les modalités de transport terrestre. Sa finalité est d'encourager « *la fourniture des services de "titularité publique" d'une façon efficace ainsi que d'établir les fonctions de police ou de soutien aux transports privées* ».

L'on constate, donc, qu'il existe une convergence (traditionnelle) d'opérateurs publics et privés dans ce secteur, de missions de service public et de missions qui doivent être régulées (encadrées par une réglementation) mais sans pouvoir être qualifiées de services publics. Les activités qui sont définies comme services publics sont le transport régulier de voyageurs d'utilisation générale, les transports urbains (qui sont déclarés services public locaux), les transports par câble ou l'exploitation des stations de transport. Dans ces cas, la fourniture du service – en dehors de la *publicatio* qui s'opère sur l'ensemble de l'activité - doit respecter certaines conditions (continuité, universalité, égalité et mutabilité) . Il va de soi que cette coexistence se reflète dans la réglementation qui prévoit deux modalités d'intervention des pouvoirs publics dans le cadre de la planification et des principes généraux d'application : d'un côté, les concessions administratives pour la fourniture des services qualifiés de services publics; d'un autre côté, les fonctions de *police administrative*, d'inspection et de sanction en ce qui concerne les activités privées.

Quant au secteur du transport **ferroviaire**, il faut tenir compte que la Loi 39/2003, 18 novembre, sur le Secteur Ferroviaire (LSF, actuellement en vigueur) qui abandonne la conception traditionnelle selon laquelle l'exploitation du transport ferroviaire comprenait les infrastructures et les services. Il s'agissait de l'exploitation d'un ensemble unifié qui était confié à un seul opérateur prenant en charge la gestion et l'exploitation du Réseau National Intégré du Transport Ferroviaire, c'est-à-dire l'exploitation des services de transport et celle des infrastructures. L'introduction de la LSF déclare expressément que, dès son entrée en vigueur, il faut mettre en place la concurrence pour la fourniture des services de transport ferroviaire de marchandises dans le domaine national, ainsi que la garantie de l'accès au réseau pour les entreprises ferroviaires internationales en ce qui concerne le transport de marchandises dans certains cas. Il s'agit donc d'une ouverture limitée car la présence d'une pluralité d'opérateurs pour la fourniture du transport ferroviaire de voyageurs est subordonnée à la fixation d'un régime d'ouverture du marché par l'Union Européenne. Jusque là, il appartient au RENFE-Operadora d'assurer la fourniture de ces services conformément aux dispositions de la Loi de 1987.

Néanmoins, la nouvelle loi établit les principes sur lesquels se fondera la mise en place de l'ouverture à la concurrence. En transposant les directives communautaires, la loi fait un traitement différent du réseau et des services ferroviaires, exige la séparation des comptes et procède à une réorganisation du secteur qui s'appuie sur la séparation entre les activités d'administration de l'infrastructure et celles d'exploitation des services.

a) la structure du marché

Traditionnellement, toutes les lignes qui faisaient partie du Réseau National du Transport Ferroviaire étaient exploitées, par rapport au transports de voyageurs, par un seul opérateur : RENFE, entreprise publique de l'État (établissement public). L'obligation de séparation des activités d'exploitation du réseau et de fourniture de services avait déjà eu comme conséquence la création d'un autre

⁴⁹⁵ Directive 2001/12/CE, sur le développement des ferroviaires communautaires ; 2001/13/CE, relative à l'octroi de licences, 2001/14/CE, relative à l'adjudication de la capacité des infrastructures, 2001/16/CE sur l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen, qui modifient, toutes elles, les Directives des années 90.

établissement public étatique ayant comme fonction la gestion et administration du réseau ferroviaire (Gestionnaire des Infrastructures Ferroviaires, GIF) ; mais qui en réalité s'occupait seulement des lignes nouvelles à grande vitesse.

La nouvelle loi maintient ces principes, mais procède à une restructuration organique du secteur des transports, en partant de la société RENFE, qui se voit dédoublée. Ainsi, la loi prévoit deux entités distinctes : l'Administrateur des Infrastructures Ferroviaires - AIF (qui absorbe le GIF) et l'Opérateur du Système (RENFE-Opératrice).

L'Administrateur des Infrastructures Ferroviaires est un établissement public à caractère commercial rattaché au *Ministère de Fomento* qui a pour objet l'administration du système et, parfois, la construction des infrastructures ferroviaires nécessaires pour la fourniture des services, soit avec son propre financement soit avec des aides publiques (ou un autre type de ressources). L'activité d'administration du système ferroviaire comprend l'exploitation et la maintenance du réseau ainsi que la gestion du contrôle (sécurité et circulation). Cette activité est considérée comme un *service d'intérêt général* pour l'instant réservé à l'AIF. Le caractère public de cet établissement public (selon la Loi d'Organisation et Fonctionnement de l'Administration de l'État, LOFAGE) explique l'ensemble des compétences qui lui sont attribuées: la construction d'infrastructures ferroviaires dans certains cas, le contrôle et l'inspection des infrastructures ferroviaires qu'elle administre, l'adjudication de la capacité d'infrastructure aux entreprises qui le demandent, etc.⁴⁹⁶ Pour préserver la séparation entre activités, la loi interdit expressément que l'AIF puisse fournir des services de transport ferroviaire, sauf ceux qui sont inhérents au développement de ses fonctions.

D'autre part, la loi crée une nouvelle organisation qui devient agent d'exploitation et de fourniture des services: il s'agit de RENFE-Opérateur, qui a le caractère d'établissement public (à caractère commercial) et qui sera l'agent dominant dans le secteur (au moins jusqu'à l'on puisse parler d'une pluralité réelle d'opérateurs). La fonction de RENFE-Opérateur est de fournir les services de transport ferroviaires de marchandises et de voyageurs (que, jusqu'à présent, elle assure de manière exclusive) ; et pour cela elle se voit assigner la capacité du réseau qui appartenait à l'ancienne RENFE.

b) Le service public, les services d'intérêt général et l'accès au marché au secteur du transport ferroviaire.

En ce qui concerne le réseau, la loi part de l'existence d'un réseau public faisant partie du *Réseau Ferroviaire d'Intérêt Général* (RFIG). Ce Réseau d'intérêt général est formé par l'ensemble des infrastructures ferroviaires⁴⁹⁷ *essentiels* pour garantir un système commun de transport ferroviaire dans tout l'ensemble du territoire de l'État ou bien, si nécessaire, une administration unique pour veiller pour le fonctionnement normal du système de transport. Les connexions avec les systèmes ferroviaires des collectivités territoriales (Communautés Autonomes) et avec les systèmes internationaux font partie, aussi, du RFIG. Dès lors que la loi définit le réseau (et ses infrastructures) comme un service d'intérêt général en se référant à des notions comme l'*essentialité du service* et le besoin de couverture (géographique) universel, il va de soi que l'intervention des pouvoirs publics est assurée : au moins, pour la définition des infrastructures qui feront partie à l'avenir du RFIG (ce qui se rattache à la dimension dynamique du service public)⁴⁹⁸ et pour la planification (conception et construction des infrastructures ferroviaires - compétences du ministère, sauf quand la construction est confiée à l'Administrateur du Système Ferroviaire).

A côté de ce réseau qui est géré – on y reviendra – par un établissement public, il peut y avoir des infrastructures ferroviaires de propriété privée; dans ce cas, leur établissement et leur exploitation sont soumis à l'obtention d'une autorisation administrative préalable qui sera octroyée par le ministère.

⁴⁹⁶ Art. 21 LSF.

⁴⁹⁷ L'art. 3 de la LSF contient une définition d'infrastructure ferroviaire ample, dans la ligne (déjà habituelle) d'inclure, non seulement le réseau mais aussi tous les éléments et toutes les installations qui sont déterminantes pour le système.

⁴⁹⁸ Ici, il faut tenir compte des Communautés Autonomes, car elles ont des attributions ce sujet.

Cette autorisation imposera, dans tous les cas, des exigences de sécurité et d'interopérabilité⁴⁹⁹. Ces réseaux en propriété privée ne supporteront que des services réalisés par les propriétaires en complément de leur activité principale. Ces services n'auront donc pas la qualification de service d'intérêt général, sauf si le Ministère considère qu'il s'agit d'une activité à caractère social ou d'utilité publique.

Quand au service de transport ferroviaire, « *le transport ferroviaire est un service d'intérêt général et essentiel pour la communauté (...). Ce service sera fourni en concurrence conformément aux dispositions de cette loi*⁵⁰⁰. Le transport ferroviaire, selon la loi, est celui qui est réalisé par des sociétés ferroviaires au moyen de matériels roulants adéquats qui circulent sur le Réseau Ferroviaire d'Intérêt Général (soit transport de voyageurs, soit transport de marchandises). Cette définition n'est pas utilisée pour les infrastructures et ne se réfère pas au service universel comme dans le secteur des télécommunications. Ici, la caractérisation de ces services comme d'intérêt général implique, surtout, leur soumission à un régime très distinct de celui des services publics. En fait, la loi prévoit que le Conseil de Ministres peut déclarer⁵⁰¹ comme services publics (on voit qu'il s'agit d'une déclaration formelle) la fourniture de certains services de transport ferroviaire opérés sur les lignes ou tronçons du RFIG *quand leur fourniture est déficitaire ou bien quand elle ne répond pas à des conditions adéquates de fréquence et de qualité, et s'avère nécessaire pour garantir la communication entre diverses localités du territoire espagnol* »⁵⁰². Dès lors, les sociétés ferroviaires ne pourront fournir ces services publics qu'avec une autorisation préalable. Exceptionnellement (et comme dans le secteur des télécommunications), les pouvoirs publics prendront en charge la fourniture de certains services.

La considération d'un service comme public introduit une exigence de contrôle a priori qui sera plus contraignante que le contrôle réalisé pour acquérir la condition d'opérateur dans le secteur (licence d'entreprise ferroviaire). Cela veut dire que la libre concurrence se voit modulée, abrogée en partie, par l'interposition d'une barrière d'entrée au marché dans la mesure où l'initiative privée ne garantit pas la fourniture de certains services essentiels dans les conditions de continuité et qualité requises ; ou bien parce qu'il est nécessaire de préserver l'équilibre financier de l'entreprise (ce qui nous renvoie à l'article 86.2 TCE qui permet le financement des entreprises qui gèrent des services d'intérêt économique général si cela est nécessaire pour garantir l'accomplissement de la mission de service public, et d'une façon proportionnée au but poursuivi). Cette modulation des règles de la concurrence requiert d'une «encomienda», une attribution formelle à la société qui prendra en charge la fourniture du service.⁵⁰³

Désormais, la condition d'entreprise ferroviaire et la réalisation de l'activité est soumise à une autorisation préalable (appelée licence), de même forme que celle requise dans le secteur de l'électricité, qui est liée à l'accomplissement de certaines conditions : forme de société anonyme, établir la capacité économique et financière de la société, garantir la compétence professionnelle du personnel technique et directif, avoir passé des contrats de responsabilité civile (en assurant les risques pour les dommages aux tiers, aux marchandises, aux voyageurs et aux infrastructures ferroviaires), etc.⁵⁰⁴. Il s'agit, en bref, d'assurer la sécurité matérielle de la fourniture du service par rapport à la sécurité personnelle des voyageurs et des villes sur le territoire desquelles le service est exploité. Les entreprises avec licence seront inscrites dans le *Registre Spécial des Entreprises Ferroviaires* à caractère public. Il faut souligner que ces licences n'ont pas le même caractère que les autorisations préalables pour fournir un service déclaré service public dont l'on vient de parler.

L'accès au marché, qui dépend de l'accès au réseau, est subordonné à l'instauration de certains mécanismes qui assurent l'accès des entreprises ferroviaires dans des conditions non discriminatoires.

⁴⁹⁹ Art. 37 LSF

⁵⁰⁰ art. 42.2 LTF

⁵⁰¹ A volonté ou bien par sollicitude des Communautés Autonomes ou des collectivités locales.

⁵⁰² Art.53 LSF.

⁵⁰³ Néanmoins, il faut dire que cette modulation de la concurrence ne suppose la prise en charge directe de la fourniture du service par l'Administration que dans des cas exceptionnels liés à la sécurité publique et à la défense nationale.

⁵⁰⁴ Art. 45 de la LSF, relatif aux conditions pour l'obtention de la licence qui se concrétisent aux articles suivants.

Il repose sur la « déclaration sur le réseau »⁵⁰⁵, une sorte d'information sur la capacité de chacun des tronçons du réseau et sur les conditions d'accès (techniques et économiques). L'élaboration et la publication de cette déclaration relèvent de la compétence de l'AIF ; elle lui permettra par la suite l'adjudication de la capacité d'infrastructure aux exploitants de services de transport ferroviaire. L'adjudication de la capacité des divers tronçons de la ligne sera déterminée par la coordination des horaires possibles de fourniture du service du transport ferroviaire. Les critères d'adjudication, qui doivent être élaborés par le Gouvernement, se rattachent à la capacité réelle de l'infrastructure et à la possibilité de l'augmenter, à éviter la congestion ou saturation du réseau et à coordonner les services qui utilisent le réseau. Il faut remarquer que l'obtention de la capacité d'infrastructure est définie comme un *droit* des sociétés ferroviaires qui ne peut être nié ou limité que par raisons techniques.

Les règles d'interconnexion doivent aussi s'appliquer aux réseaux ferroviaires qui font partie d'autres structures ou systèmes d'intérêt général (comme les ports) quand ils font partie du RFIG. Les conditions seront fixées par une convention qui sera passée avec l'AIF. En outre, il appartient aux organismes compétents de l'Administration de l'État et aux sociétés ferroviaires de veiller au respect des conditions nécessaires pour garantir l'interconnexion, l'interopérabilité et l'intermodalité des réseaux et des services ferroviaires (la loi parle d'éléments : construction, mise en service, rénovation, exploitation, etc.) qui constituent le système ferroviaire transeuropéen et qui sont liés au RFIG. Il s'agit d'assurer certaines conditions techniques permettant l'interconnexion de tous les réseaux.

Enfin, et même si elles ne font pas partie d'une telle qualification, la loi prévoit une série d'exigences qui peuvent se comparer ou se comprendre sur une notion vaste de service public : d'abord, la fixation des conditions qui régiront la fourniture du service et qui sont les corrélatés des droits des usagers⁵⁰⁶, et d'un autre côté l'accomplissement des obligations de sécurité (qui passent par l'obligation d'obtenir le certificat de sécurité par le Ministère et l'homologation du matériel utilisé)⁵⁰⁷.

c) La création d'un organe de régulation.

L'éventuelle entrée de nouveaux opérateurs exige, toujours selon le rédigé actuel de la Loi, la création d'un Comité de Régulation Ferroviaire qui puisse résoudre les potentiels conflits entre les opérateurs. La mise en place d'une certaine ouverture à la concurrence est complétée, aussi dans ce secteur, par la création d'un organisme qui a des fonctions de sauvegarde de la concurrence. Il s'agit du Comité de Régulation Ferroviaire, qui se structure comme un organisme à caractère collégial intégré dans le *Ministère de Fomento* (n'ayant pas les caractéristiques des administrations indépendantes à l'espagnole⁵⁰⁸). Ce Comité, qui est une nouveauté dans ce secteur, a comme fonctions principales la sauvegarde de la pluralité de l'offre dans la fourniture des services qui se déroulent sur le RFIG, la garantie de l'égalité entre les sociétés publiques et privées dans les conditions d'accès au marché et la résolution des conflits qui puissent se soulever entre les opérateurs par rapport aux procédures d'adjudication de capacité, l'octroi et l'utilisation du certificat de sécurité, ou l'application des critères contenus dans les déclarations sur le réseau⁵⁰⁹.

3. Le secteur des télécommunications

L'aménagement du secteur des télécommunications a connu en Espagne un processus de rénovation très profond depuis la Loi d'Organisation des Télécommunications de 1987 (LOT) – première loi d'ensemble qui fut modifiée en 1992 pour réaliser la première transpositions des directives de 1988 et 1989 - jusqu'à la nouvelle Loi Générale de Télécommunications (3 novembre 2003).

La Loi de 1987 (1992) a défini les services des télécommunications comme services essentiels dans la «titularité» de l'État qui sont réservés au secteur public (en excluant les services de télécommunications

⁵⁰⁵ Art. 29 LSF.

⁵⁰⁶ Art. 59 LSF.

⁵⁰⁷ Arts. 56 à 58 LSF.

⁵⁰⁸ Qui toutes disposent de la personnalité morale

⁵⁰⁹ Art. 83 LSF.

en régime non ouvert au public). On se référait donc à une conception stricte du service public, à la *publicatio* de l'activité, conformément à l'interprétation de l'article 128 de la Constitution. En outre, le Gouvernement a procédé à la révision du contrat avec Telefónica pour assujettir le contrat de concession aux règles de droit administratif.

La directive de 1989, relative à la libéralisation du secteur, exigeait la séparation entre les fonctions de régulation (réglementation) du secteur et la fourniture des services dans le marché. Même si cette exigence était théoriquement remplie, il ne faut pas oublier qu'il s'agissait d'une séparation formelle car Telefónica avait de nombreux pouvoirs *normatifs*. Cette raison est, peut être, à l'origine de la décision de créer une Autorité spécifique de régulation (la Commission du Marché des Télécommunications, CMT) par un décret-loi de 1996 et de procéder à la privatisation de Telefónica. Depuis lors, il existe une séparation visible entre régulateur et opérateur.

L'on peut affirmer que l'année 1996 a été décisive pour la libéralisation du secteur des télécommunications. Le décret-loi précité (consolidé dans la Loi 12/1997 de libéralisation des télécommunications) a modifié certaines dispositions de la Loi de 1987 en introduisant une timide libéralisation des services routeurs et finals. Cette loi a aussi établi les premières exigences d'interconnexion et la prévision du deuxième opérateur de télécommunications, RETEVISION⁵¹⁰. A partir de ce moment-là, on a pu assister à l'introduction des plusieurs opérateurs : UNI 2, Jazztel, et Airtel et Amena dans le secteur de téléphonie mobile. Il faut souligner que le caractère très dynamique de ce secteur était propice l'apparition de nouveaux opérateurs dans certains segments du marché (même si Telefónica continue d'être l'opérateur dominant).

La privatisation de TELEFÓNICA, opérateur dominant, a été engagée précisément en décembre 1996. D'abord, on a privatisé 21% des actions de la société, qui est devenue Société Anonyme (TESA). En 1997, l'État s'est retiré du conseil d'administration même s'il se réserve 21% des actions pour vente aux actionnaires privés. Cette privatisation ne signifie pourtant pas que TESA se situe au même niveau que les potentiels opérateurs privés, car elle a en plus des infrastructures et une expérience dans le marché qui lui confèrent une position dominante. Pour cette raison, Telefónica sera l'opérateur désigné pour l'accomplissement des obligations du service universel, à partir de la loi de 1998.

Mais la privatisation de Telefónica répond aussi à certaines conceptions qui lient l'introduction de la concurrence à la disparition des entreprises publiques. Il faut rappeler que la Communauté Européenne ne préjuge la propriété des sociétés et que la concurrence faite référence à l'introduction de plusieurs opérateurs dans le marché. Rien ne s'oppose donc à la coexistence entre opérateurs publics et privés s'ils sont soumis aux mêmes règles de fond (parité du traitement).

Avec la Loi Générale de Télécommunications de 1998, le législateur espagnol a prétendu mettre en place d'un façon effective l'ouverture au marché et s'adapter aux changements techniques et économiques du contexte, en transposant les principes du droit communautaires relatifs à l'interconnexion, à l'accès des tiers et à l'exigence de fourniture (par l'opérateur dominant) du service universel. Il s'agit de la première fois que les services de télécommunications et l'exploitation des réseaux des télécommunications sont définis comme des *services d'intérêt général fournis en régime de libre concurrence*.

Surtout, cette loi essaie de transposer la directive de 1997 relative aux titres habilitant à entrer sur le marché. Pourtant, la transposition des concepts de *licence individuelle* et *autorisation générale* qui étaient définis dans la directive a été faite d'une façon certainement confuse.

La régulation actuelle tient compte de la convergence des services et des infrastructures. Désormais, son domaine d'application n'est pas déterminé par la notion de télécommunications mais par celle de *communications électroniques*, conformément avec les notions qui découlent du cadre communautaire⁵¹¹.

⁵¹⁰ Voir sur ce processus, E. MALARET : Financiación, infraestructuras, televisión, *R/AP*, 2003,

⁵¹¹ Le nouveau cadre régulateur commun au réseaux et services de communications électroniques est formé par une Directive Cadre (Directive 2002/21/CE) qui est développée par des Directives spécifiques (Directive 2002/20/CE, relative à l'autorisation de réseaux et

Il s'est donc produit un léger élargissement du champ d'application. Pourtant, l'objectif de la réglementation se réfère à nouveau à *l'exploitation des réseaux* et à *la fourniture des services*, deux activités – on le rappelle - qui doivent être envisagées selon des logiques différentes. La délimitation de l'objet d'application de la loi exclut, expressément, toute régulation du régime des contenus – les services audiovisuels ou de radiodiffusion ou télévision ne sont donc pas envisagés - et, aussi, d'un type déterminé de services (commerce et contrats électroniques) qui font objet de la Loi sur les Services de la Société de l'Information et le Commerce électronique (Loi 34/2002, de 11 juillet).

Les modifications les plus importantes introduites par la LGT 2003 par rapport à l'antérieur LGT de 1998 sont sans doute : (a) une nouvelle configuration des obligations du service public par rapport au service universel qui, de son côté, intègre de nouveaux services, et (b) la suppression des barrières d'entrée au marché des communications électroniques.

a) Le service universel et les autres obligations de service public

L'article 2 de la nouvelle loi définit les télécommunications comme *services d'intérêt général* qui sont fournis en concurrence, et elle spécifie que les services publics sont seulement les services visés à l'article 4 et au Titre III de la loi. Les services auxquels fait référence l'article 4 sont ceux relatifs à la défense nationale et à la protection civile. Leur définition et la réserve de compétence de l'administration sont une constante lorsqu'il s'agit de services qui relèvent d'une des *fonctions publiques* traditionnelles : la défense et la sécurité de l'État. Par contre, les services du titre III appartiennent à une logique distincte.

La LGT de 1998 comprenait déjà une distinction entre le service universel et les possibles obligations du service public que les pouvoirs publics pouvaient imposer aux opérateurs publics et privés du secteur. La reconnaissance légale du service universel suppose la reconnaissance que, dans un contexte libéralisé, les opérateurs privés peuvent être obligés à contribuer à la réalisation d'objectifs publics déterminés.

L'actuelle LGT (2003) apporte plus de précision à la définition du service universel et des autres catégories d'obligations de service public. Son titre III signale la portée concrète de ces obligations qui se remettent à un objectif unique: celui de « *défendre les intérêts des usagers en garantissant leur droit d'avoir accès à des services de communications électroniques à des conditions adéquates de choix, de prix et de qualité et veiller, dans leur fourniture, au respect des impératifs constitutionnels (...) et à la satisfaction des besoins des groupes ayant des besoins spéciaux* » (art.3.e). Cet objectif, est repris à l'article 20.1 sur la délimitation des obligations de service public qui se ramènent à deux grandes catégories : a) le service universel et b) les autres obligations du service public.

La loi définit le *service universel* comme l'ensemble des services de télécommunications d'une qualité déterminée, accessible à tous les usagers (finaux) indépendamment de leur localisation géographique et à un prix abordable. La LGT identifie ces services⁵¹², en ajoutant (par comparaison avec la LGT 1998) l'accès fonctionnel à Internet. Cette donnée mérite d'être soulignée car il s'agit de transposer la Directive 2002/22/CE relative au service universel qui tient compte du processus de construction de la Société de l'Information (Société de la connaissance). Certes, il va de soi que si l'on considère des nouveaux services électroniques comme des moyens privilégiés pour la participation des citoyens dans les affaires publiques, ainsi que pour favoriser leur accès à l'information et à la connaissance, les pouvoirs publics doivent garantir que tout usager puisse accéder à ces nouveaux services : le périmètre du service universel s'est donc élargi, même s'il n'impose pas un niveau de débit spécifique.

services, Directive 2002/19/CE relative à l'accès et l'interconnexion et Directive 2002/22/CE relative aux droits des usagers à l'accès au Service Universel) ainsi que par une Décision (676/2002/CE) sur le spectre radioélectrique.

⁵¹² Il s'agit, dans la même logique que l'art. 35 de la loi antérieure: a) connexion pour la téléphonie de base pour l'émission et la réception d'appels nationaux et internationaux, le fax et la transmission de données, b) le service d'annuaire à la disposition des clients et le droit d'y figurer ; c) les cabines téléphoniques publiques, avec une attention spéciale pour les citoyens handicapés.

Il faut rappeler à propos du service universel qu'il s'agit d'une notion dynamique qui doit tenir compte de l'évolution technologique mais aussi des demandes des citoyens. L'inclusion de l'accès fonctionnel à Internet pour tous les usagers finals s'inscrit dans le contexte plus vaste de la société de l'information et répond au besoin d'éviter la possible fracture numérique qui peut accompagner la généralisation de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et la communication. Mais, également notable est le renforcement de la dimension sociale et équitable du service universel. Effectivement, bien qu'elle soit conditionnée à un développement réglementaire du Gouvernement, la loi inclut dans le service universel la possibilité d'établir des *options ou des paquets tarifaires différents de ceux qui s'appliquent aux conditions normales d'exploitation commerciale, avec le but de garantir que les personnes ayant des besoins sociaux spécifiques puissent avoir accès au service téléphonique ouvert au public ou l'utiliser.*⁵¹³

Le service universel sera fourni par un ou plusieurs opérateurs sur l'ensemble du territoire national et dans des conditions de financement particulières (selon l'article 24 LGT, qui prévoit un mécanisme de compensation par le Fond National du Service Universel constitué par des contributions de tous les agents présents dans le marché obligés à contribuer au service universel).

La LGT (2003) simplifie et clarifie le régime *des autres obligations de service public* qui, désormais, sont comprises comme une seule catégorie (même si on peut ensuite y trouver une typologie) en dérogeant à la distinction entre les *services obligatoires de télécommunications* et *des autres obligations de service public* qu'avait fixé la loi de 1998.

Il s'agit, en tout cas, d'obligations de service public qui relèvent de deux idées fondamentales: a) la consolidation et la préservation de la cohésion sociale et territoriale⁵¹⁴ et b) les exigences de sécurité et de défense nationale⁵¹⁵ (ce qui renvoie à l'article 4 de la LGT, déjà cité)⁵¹⁶. La loi, néanmoins, concrétise une de ces obligations : les appels aux services d'urgence (gratuits) qui devront être fournis par les opérateurs (de services et de réseaux) du secteur. Les caractéristiques de ces services sont : l'obligation de fourniture par les opérateurs privés et leur lien avec l'intérêt général⁵¹⁷. Ces caractéristiques justifient la limitation de la liberté des opérateurs privés par la détermination de ces obligations.

Toutes ces obligations, qui se rattachent à la notion générale de mission de service public (soit le service universel, soit les autres obligations de service public) seront imposées, d'abord, aux opérateurs qui ont un pouvoir significatif sur le marché, conformément à l'article 10 de la loi. C'est la CMT qui a la compétence pour identifier les *opérateurs dominants* et pour déterminer la disparition de cette imposition *sélective* quand elle constate la présence d'une concurrence effective sur le secteur (dès lors, les obligations seront imposées à l'ensemble des opérateurs agissant sur le marché de référence).

b) L'accès au marché dans la LGT 2003

L'exploitation des réseaux et la fourniture des services de communications électroniques se réaliseront en régime de libre concurrence sans restrictions, sauf celles qui sont contenues dans la LGT et les règlements d'application. En cohérence avec la régulation ex post que préconise la LGT, le régime de titres d'habilitation qui avait été instauré par la LGT 1998 a été abrogé. Cependant, l'on exige que l'établissement de réseaux (et exploitation) et la fourniture des services de communications soient objet d'une communication préalable à la CMT. Cette communication est une condition

⁵¹³ Pendant que le Gouvernement prépare le nouveau règlement sur le service universel et les autres obligations de service public, demeure en vigueur celui de la LGT de 1998, où l'on peut trouver des précisions dans le sens expliqué.

⁵¹⁴ Art.25.2 LGT qui fait référence aux raisons de cohésion territoriale, d'extension des nouvelles services et technologies, en spécial à la santé, l'éducation, l'action sociale et la culture ; pour favoriser la communication entre collectifs qui se trouvent en circonstances spéciales et qui ne soient pas objet d'une attention suffisant ; pour favoriser la disponibilité de services qui comportent qui font foi du contenu du message.

⁵¹⁵ Par exemple, les services de sécurité qui visent à la protection de la vie humaine au mer

⁵¹⁶ La majeure partie des services qui étaient compris dans la catégorie de *services obligatoires* est reconduite au binôme actuel.

⁵¹⁷ MALARET GARCÍA, Elisenda et TIMÓN HERRERO, Marta. «Les autres obligations de service public (art. 25 LGT)», *Commentaires à la Loi Général de Télécommunications*, coord. Tomás DE LA QUADRA SALCEDO et Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Civitas-Thompson, Madrid, 2004.

indispensable pour acquérir la condition d'opérateur de communications électroniques et répond aux exigences d'information qui deviennent nécessaires pour l'exercice des fonctions de supervision et de sauvegarde du marché qui sont attribuées à la CMT⁵¹⁸. Enfin, ce régime de communication préalable permet, aussi, d'augmenter la visibilité et la transparence du secteur ; conditions essentielles dans les services libéralisés que l'on envisage. Pour cette raison, la LGT crée un registre public pour l'inscription des opérateurs économiques qui agissent sur le marché, afin de garantir sa fonction de contrôle⁵¹⁹.

Ce régime est donc plus souple que celui qu'avait établi l'ancienne LGT. En effet, la loi de 1998 avait pour objet de transposer la directive de 1997 relative aux autorisations préalables pour exploiter et fournir ces réseaux et services. Mais la transposition n'a pas suivi la tendance communautaire à la suppression des barrières d'accès au marché. La Directive distinguait entre *licence individuelle* et *autorisation générale*, que l'on pourrait comparer au régime d'autorisation préalable et à la déclaration préalable respectivement. Mais l'option de la loi de 1998 était différente. Elle a dessiné la *licence individuelle* comme une autorisation plus contraignante et l'autorisation générale comme une autorisation plus souple, d'une telle façon que toutes les activités qui relèvent du secteur étaient conditionnées à l'obtention préalable d'un titre d'habilitation.

Désormais, la situation est bien différente car, comme l'on l'a déjà souligné, l'acquisition de la condition d'opérateur est liée à la notification à la CMT de la volonté d'exploiter le réseau ou de fournir des services (la loi prévoit un régime de transition pour les opérateurs qui avaient accédé au marché avant 2003). A partir de ce moment là, l'opérateur sera soumis aux obligations qui découlent de la Loi, notamment aux obligations d'information, d'interconnexion et celles qui se dégagent du service universel et des autres obligations du service public.

Les administrations publiques sont soumises, aussi, à ce régime de déclaration préalable quand elles exercent des activités comparables à celles des opérateurs privés ; c'est-à-dire dans l'exercice de leur pouvoir d'initiative économique et sans un but spécifique de service public. L'art. 8.4 de la LGT prévoit donc que les administrations publiques pourront agir sur le marché à condition de respecter les obligations de publicité, de transparence, et de non discrimination et avec l'obligation spécifique de la séparation des comptes.

Par contre, une ressource essentielle, l'utilisation du spectre radioélectrique est soumise, encore, au régime de concession administrative ou autorisation préalable⁵²⁰. La cause en est la disponibilité limitée de cette ressource ; donc, il faut établir des mécanismes d'attribution qui en permettent un usage rationnel. Il faut souligner que les procédures d'octroi de droits sur l'espace radioélectrique doivent tenir compte, non seulement des circonstances économiques, mais aussi de la technologie proposée et de l'intérêt des services. Néanmoins, il manque une référence à la cohésion sociale ou à d'autres circonstances sociales comme éléments déterminants de la concession de ces droits, ce qui aurait comme conséquence immédiate la revitalisation du rôle des collectivités locales dans la gestion du spectre radioélectrique.

c) Les exigences de la concurrence (concurrence encadrée) : interconnexion, accès des tiers et partage des infrastructures.

L'équilibre que suppose la mise en place de la concurrence, en coexistence avec le maintien des missions de service public, ne peut pas être effective sans la mise en place d'un cadre juridique qui, justement, n'implique pas une réduction de l'activité régulatrice des pouvoirs publics mais son intensification. Quelles sont les règles de fond applicables à tout opérateur ? Il s'agit d'un ensemble de prévisions relatives aux droits des usagers (finaux) et aux relations entre opérateurs (par rapport, par exemple, à l'interconnexion de réseaux et au partage de certaines installations).

⁵¹⁸ Art. 9 LGT sur les obligations de fourniture d'information aux Autorités Nationales de Réglementation.

⁵¹⁹ Art.7 LGT

⁵²⁰ Le spectre radioélectrique est défini par la Loi comme un bien qui appartient à l'État et qui mérite la qualification de «dominio» publique. Sa gestion, planification, administration et contrôle relève de la compétence exclusive de l'État.

La loi de libéralisation des télécommunications de 1997, dont on a déjà parlé, était le premier instrument législatif introduisant des obligations d'interconnexion à la charge des opérateurs ; ces obligations ont été reprises et complétées par la loi de 1998 et la LGT de 2003 en vigueur. Ce sont des obligations qui s'imposent par rapport au réseaux : il faut rappeler que la libéralisation des télécommunications s'est étendue au services et aux réseaux. Cela signifie que tout opérateur a le droit d'établir et exploiter un réseau de communication mais, dans cette période de transition, et étant donné les investissements nécessaires, l'articulation d'un système d'accès des tiers aux réseaux existants apparaît comme essentiel ; de même l'établissement de l'interconnexion des divers réseaux. Le régime de l'accès et de l'interconnexion est fixé à l'article 11 de la loi qui reconnaît le droit de tous les opérateurs de réseaux publics de communications électroniques (c'est-à-dire de réseaux à la disposition du public ou sur lesquels on fournit des services à la disposition du public) à l'interconnexion mutuelle afin de fournir les services à disposition du public et de garantir leur interopérabilité. Les agents du marché pourront négocier les conditions de cette interconnexion, la CMT est l'autorité compétente pour le règlement des différends pouvant survenir.

On pourrait soutenir que la nouvelle LGT a établi les principes pour consolider une régulation avec un contenu spécifique plus proche de la supervision et elle substitue – c'est du moins son objectif – à l'intervention *ex ante* (qui s'appuie, comme l'on a déjà vu, sur l'obtention d'un titre d'habilitation préalable) une intervention *ex post* (demandes d'information, possibilité d'adoption de mesures provisoires, etc.). ON peut donc reconnaître dans cette loi une conception de la régulation fondée sur l'idée d'une déclinaison de la norme générale sur les problèmes concrets qui se posent⁵²¹.

d) Quelques réflexions provisoires.

L'introduction de la concurrence dans les secteurs de réseaux, bien qu'on l'ait caractérisée comme une dé-régulation du fait qu'elle présuppose une libéralisation préalable ou en parallèle, implique néanmoins l'apparition des nouvelles exigences qui doivent être respectées par tous les opérateurs présents sur le marché (ayant caractère public ou privé). Exigences qui ont comme objectif la garantie de la fourniture de services déterminés, des services que le marché n'assure pas puisqu'ils dépassent la logique commerciale. Ce processus a provoqué un certain bouleversement des notions traditionnelles dans notre système juridique: notamment de la notion et du régime juridique du service public. Il y a eu une certaine confusion dans la transposition des notions communautaires de service d'intérêt général ou de service universel ; confusion qui dérive peut être d'une conception espagnole du service public largement basée sur le monopole, un monopole à gestion privée.

La régulation, comme notion, semble utile pour répondre au besoin d'équilibrer les obligations qui découlent de la libéralisation et de l'introduction de concurrence avec les exigences de service public liées à la satisfaction des besoins collectifs. La régulation implique, aussi, un regard plus transversal, moins fragmentaire que la réglementation traditionnelle, d'où l'émergence d'un besoin de collaboration et de participation des diverses administrations ou autorités de régulation impliquées.

L'on peut penser, par exemple, non seulement à la convergence entre les télécommunications, l'audiovisuel et l'informatique - qui a été remarqué par la Commission Européenne dans le Livre Vert de 1997 - mais aussi à la convergence entre réseaux: par exemple, les réseaux d'électricité qui peuvent devenir réseaux de services de télécommunication – ainsi, REE SA participe aussi à la fourniture de ces services, comme de services complémentaires à l'activité principale. Et l'on peut penser, aussi, à la complexité de la société actuelle et à la convergence des besoins et demandes des citoyens (par exemple, on trouve une forte montée des demandes concernant les nouveaux services de communication au plan local et qui ne trouve pas encore une offre prête - au moins actuellement - à les satisfaire). Cette donnée est importante à retenir car la notion de régulation a été employée notamment - dans d'une perspective non économique - comme une façon d'agir qui cherche l'équilibre entre divers intérêts, un équilibre qui peut être menacé dans un environnement aussi complexe.

⁵²¹ V. G. TIMSIT : Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation, *RFAP*, 1996, 78

Cette convergence, et l'émergence d'un nouveau type de relations entre les normes impliquées dans les différents secteurs, semblent soutenir la conception d'un cadre normatif plus global, ayant par conséquent une approche plus externe, plus éloignée des problèmes concrets, et pouvant permettre, précisément, la déclinaison ultérieure de la norme (de la régulation) pour résoudre des problèmes spécifiques.

Un exemple de cette convergence et *interconnexion* normative qui mérite d'être soulignée est le nouveau cadre juridique des communications électroniques. En effet, dans ce secteur, la convergence entre l'audiovisuel, l'informatique et les télécommunications a conduit la Commission à proposer une nouvelle méthode: l'établissement d'un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques qui, dans un deuxième temps, tient compte des particularités de chacun des secteurs envisagés. Ainsi, pendant l'année 2002 ont été adoptées les directives sur le cadre réglementaire commun aux communications électroniques, sur le service universel et les droits des usagers par rapport aux communications électroniques, et sur la protection des données à caractère personnel et la protection de l'intimité dans le secteur des communications électroniques⁵²² ; elles sont complétées par la directive sur le commerce électronique et par la directive de régulation de la concurrence dans ce domaine.

De son côté, le législateur espagnol a suivi cette ligne d'action en créant un cadre légal avec des liens étroits entre différentes lois: la Loi 32/2003 sur les Télécommunications, la Loi 59/2003 sur la Signature électronique et la Loi 34/2002 sur les services de la société de l'Information et le Commerce électronique, complétées par la Loi Organique 15/1999 sur la protection des données à caractère personnel. Cette «*tendance*» que l'on vient de remarquer se trouve expressément visée dans l'introduction de la LGT qui décrit sa volonté de devenir «*une loi qui garantisse les principes de base (...) mais qui permette, aussi, d'apporter la flexibilité nécessaire typique d'un texte normatif avec vocation de permanence*».

Enfin, dans ce type de régulation où le droit administratif et le droit privé s'entrecroisent, l'on assiste à une revitalisation du droit de la concurrence et du droit de la défense des consommateurs et usagers dans un domaine qui avait été traditionnellement administratif. On peut parler d'une certaine *transversalisation* ou *horizontalisation* du secteur qui explique le besoin de créer de nouvelles structures administratives avec une attribution horizontale de pouvoirs et avec une composition qui appelle à l'expertise technique.

III. A la recherche de nouveaux équilibres institutionnels. Indépendance et responsabilité du régulateur

La question que nous nous posons est celle de la légitimité de l'autorité de régulation. Il existe différents modes de légitimation. Nous verrons qu'en fait il y a des modes de légitimation par l'origine, par les résultats et par la procédure. Mais l'indépendance est aussi une source de légitimité de ces autorités ; elle est précisément un des facteurs de leur crédibilité. Le succès de ces autorités dépend de la confiance, de la perception qu'ont d'elles les acteurs économiques. Il y a des exemples dans presque tous les pays de décisions adoptées par des autorités de régulation qui ont été acceptées parce qu'elles venaient précisément de ce type d'autorités. Je pense par exemple à l'intervention dans une des grandes banques espagnoles qui a été adoptée par la Banque Centrale en Espagne et qui n'a pas été critiquée puisqu'elle n'a pas été soupçonnée d'être adoptée pour des critères, disons non techniques. Bien sûr, la responsabilité doit nécessairement accompagner cette indépendance.

Il faut aussi examiner quelques questions relatives aux enjeux institutionnels. Tout d'abord, les notions d'autorité et de régulation ne sont pas identiques dans tous les pays européens. Paradoxalement, la

⁵²² Directive 2002/21/CE, de 7 de mars 2002 ; Directive 2002/22/CE, de 7 de mars de 2002 et Directive 2002/58/CE, de 12 juillet 2002, respectivement.

libéralisation et la transposition des directives révèlent ou rappellent l'importance des différences de conception relatives à l'intervention de la puissance publique dans l'économie et dans la vie sociale, et les différences institutionnelles qui les accompagnent, alors qu'elles visaient un objectif d'unification. Ces différences institutionnelles dépendent de la façon dont se sont formés les rapports entre gouvernement et parlement, entre gouvernement et juges, et les nouvelles autorités de régulation doivent prendre place dans ces rapports. Mais en même temps, la libéralisation porte de forts enjeux institutionnels qui induisent un bouleversement du paysage administratif. Elle fait naître également de nouveaux niveaux de réglementation et de régulation, des échanges et des modes de coopération entre autorités régulatrices, dans le cadre national comme au niveau européen.

Unis dans la diversité, comme la devise de l'Union Européenne l'affirme.

Il est très important de souligner que ce qui a permis le développement de ces autorités de régulations est sûrement la force et l'essor de la régulation économique. La libéralisation européenne a été conçue de manière non idéologique, mais pragmatique. L'accent a été mis sur la concurrence en tant que moyen d'assurer l'allocation *efficace* des ressources. Il s'agissait de répondre à trois besoins : introduire la concurrence là où elle n'existait pas ; préserver cette concurrence assurer des conditions égales de concurrence ; garantir la fourniture à tous des services essentiels, ce qui est l'une des valeurs communes de l'Europe, et une forme de sécurité. On compte aussi au nombre de ces valeurs communes le pluralisme, la protection des consommateurs et surtout des consommateurs investisseurs quand il y a des problèmes d'asymétries informatives. La première autorité de régulation mise en place en Espagne : la Commission nationale du Marché de Valeurs⁵²³, a été conçue précisément dans cette idée de filière du marché des valeurs et non conçue en vue du contrôle des établissements bancaires ou de la Bourse.

La régulation se caractérise donc par des objectifs, et c'est au travers des objectifs que l'on conçoit la diversité de moyens. Ces objectifs, qui sont propres à ces autorités, contribuent à fonder leur légitimité, et conditionnent leurs moyens et la portée de ceux-ci. Nous avons donc deux éléments essentiels, une fonction, qui est la régulation, et une spécialisation de cette fonction qui détermine son attribution à une autorité ad hoc. Plus précisément, la spécialisation résulte du fait qu'il s'agit de concilier l'enjeu concurrence et la protection de certaines valeurs. S'il y avait seulement à protéger la concurrence, sûrement les autorités horizontales de défense de la concurrence seraient suffisantes.

Nous pouvons donc, alors, examiner les traits qui caractérisent ces autorités et notamment la question de l'indépendance et de la responsabilité.

Tout d'abord les autorités de régulation ont été créées par la loi. Leurs organes sont nommés par des instances diverses (les formules sont très différentes dans les pays européens) mais en tout cas par des instances qui sont porteuses de représentation et qui ont une base de légitimité démocratique. Elles sont porteuses des valeurs de l'Etat de droit et des valeurs de la démocratie.

Pourquoi veut-on assurer leur indépendance ? Cette exigence d'indépendance de la décision administrative est déjà présente dans notre constitution : l'administration doit être objective, impartiale, donc indépendante des différents intérêts (art.103, const. Espagnole). Mais la séparation de l'opérateur et du régulateur est une garantie objective de l'impartialité du régulateur envers les acteurs de marché. L'indépendance du régulateur est donc une indépendance vis-à-vis des entreprises, et une obligation de les traiter toutes de manière égale. C'est aussi une protection contre le conflit d'intérêt entre l'Etat actionnaire et l'Etat titulaire de la fonction de régulation.

En outre, les autorités de régulation sont placées entre l'autorité de réglementation, celle qui définit l'intérêt général (Parlement et Gouvernement) et les entreprises qui fournissent des biens et des services visés par la régulation.

⁵²³ V. E. MALARET: « La CNMV... », op.cit

C'est dans ce cadre qu'elles ont pour mission de trancher les conflits entre les différents acteurs du marché, entre des entreprises, entre des entreprises et des consommateurs ou usagers, ce qui leur confère un rôle quasi juridictionnel. Cette fonction justifie à son tour la garantie de leur indépendance, et en particulier de leurs membres, par analogie avec les juges.

Mais l'indépendance s'explique aussi par le savoir spécialisé, l'expertise, dont les autorités de régulation sont les dépositaires. Paradoxalement, on voit apparaître avec les autorités de régulations, la concentration, l'exacerbation de quelques-unes des caractéristiques typique raliés au modèle wébérien de la bureaucratie. Le savoir spécialisé appelle la collégialité, en raison de la complexité. Il est vrai que l'on peut trouver dans certains pays européens des autorités qui ne sont pas collégiales, c'est aujourd'hui exceptionnel. En outre, la collégialité doit être comprise comme mettant en présence des savoirs différents et assurant une pluridisciplinarité. Si l'on regarde la composition concrète des différentes autorités, on y retrouve toujours cet élément.

Enfin, la légitimité par les résultats est liée à la responsabilité. Il ne s'agit pas ici de la responsabilité pénale, ni de la responsabilité civile, bien que les autorités de régulation ou leurs membres n'échappent pas au droit commun. On ne saurait parler non plus de responsabilité politique, que le statut juridique des autorités de régulation exclut. Mais il existe d'autres formes possibles de responsabilité, au travers de procédures et des méthodes de travail. Telle est le cas en particulier de celle qui résulte de la mise en œuvre du principe de transparence. Elle est liée en fait à une certaine responsabilité devant l'opinion publique, ou plutôt en général l'opinion publique intéressée. La transparence est une condition du contrôle démocratique.

La transparence se manifeste au travers de quatre moyens : 1) la capacité des autorités de régulation à mobiliser l'information, à l'obtenir et à la diffuser ; 2) la publicité qu'elles assurent à leurs avis et recommandations, leurs auditions publiques, leurs consultations, leurs rapports annuels; 3) la clarté et l'intelligibilité de leur communication, pour que les citoyens et les médias puissent comprendre les positions ; 4) la motivation de leurs décisions, qui permet d'extérioriser leur raisonnement.

LA LÉGISLATION RÉGULATRICE, LE SERVICE PUBLIC ET L'INTÉGRATION RÉGIONALE LA FINLANDE

Heikki KULLA, Professeur à l'Université de Turku, Faculté de Droit

I Introduction à la notion de régulation

La notion de règle juridique est sujette à controverse. Les règles juridiques sont généralement perçues comme des formulations relativement précises : “un précepte légal attachant une conséquence légale définie à un état de faits défini et détaillé” ou “une norme générale ordonnant ou dirigeant une conduite ou une action dans un type de situation donné”.⁵²⁴ À l'intérieur de cette catégorie générale, les lois peuvent varier dans leur type, et pas seulement selon ce que suggère l'habituelle distinction lois/standards.

On distingue en effet les lois des standards, considérés comme moins précis et demandant une appréciation individuelle au moment de leur application. Dans le langage ordinaire, le terme “standard” signifie : premièrement, une chose utilisée comme étalon pour mesurer le poids, la longueur, la qualité etc. d'un bien ; deuxièmement, un niveau de qualité exigé, souhaité ou accepté ; et troisièmement un niveau moyen de qualité. Dans le langage juridique, le terme “standard” est habituellement utilisé dans sa seconde acception.

Les principes et les politiques appartiennent aussi à un certain type de standards. D'après Dworkin, la politique représente cette catégorie de standards qui définit un but à atteindre, généralement une amélioration à apporter à certains aspects économiques, politiques ou sociaux de la communauté.⁵²⁵ Dworkin définit les principes comme des standards à observer, non parce qu'ils vont contribuer à faire progresser ou vont garantir une situation économique, politique ou sociale jugée désirable, mais parce qu'ils constituent un critère de justice, d'équité ou de toute autre exigence morale.

Il est difficile de circonscrire un concept de régulation. L'un des traits caractéristiques de la régulation est, premièrement, qu'elle représente une forme de législation par délégation. Deuxièmement, la régulation consiste en règles juridiques ou en standards ou principes administratifs (économiques, techniques, éthiques). Troisièmement, l'application des lois ou des standards est une part essentielle de la régulation. Quatrièmement, les régulateurs ou les autorités qui émettent des régulations sont souvent des agences administratives indépendantes armées de pouvoirs statutaires et administratifs forts, et ont pour charge de préserver les intérêts publics.

Aujourd'hui, les procédures et la participation sont les solutions communément préconisées pour résoudre les problèmes de régulation, par exemple en ce qui concerne le droit de l'environnement et celui des télécommunications. La tendance générale va au développement de procédures et de structures institutionnelles favorables à la délibération et permettant la participation. Dans la littérature juridique et régulatrice, on range ces stratégies dans les catégories du droit réflexif, de la régulation à flux tendu ou, plus généralement, de la procéduralisation.⁵²⁶

⁵²⁴ Black 1996 p. 166-67.

⁵²⁵ Dworkin p. 22.

⁵²⁶ Black 2000 pp. 597-614, 2001 pp. 33-58; Mäenpää 2000 pp. 45-52.

L'approche juridico-économique a influencé la recherche juridique finnoise depuis les années 1990 : les premières thèses de doctorat basées sur une approche juridico-économique sont parues en 1997.⁵²⁷ Seuls quelques domaines de pure érudition juridique sont demeurés fermés à l'économie. La régulation fiscale, la régulation anti-trusts et la régulation relative aux actions boursières, ainsi que le droit des sociétés et le droit commercial sont des domaines qui entretiennent typiquement un double lien avec le droit et l'économie. On peut y ajouter tous les domaines où la loi a pour but avoué de réguler l'activité économique (ex. le droit des contrats, le droit administratif, le droit de la propriété intellectuelle, le droit constitutionnel, pénal, le droit de l'environnement, le droit commercial et le droit du travail). Jusqu'à une date récente, les études juridico-économiques sont restées à l'arrière-plan en Finlande, mais cette approche méthodologique se répand rapidement.

II Les secteurs concernés

Les télécommunications

En Finlande, la concurrence dans les télécommunications s'exerce sur tout le secteur des télécommunications, de la téléphonie fixe et mobile aux réseaux de données, depuis 1994. Le marché des communications a été réglementé par la Loi sur le Marché des Communications (396/1997) et est à présent réglementé par une nouvelle loi portant le même intitulé, la Loi sur le Marché des Communications (393/2003). Cette loi est entrée en vigueur le 25 Juillet 2003.

Cette loi a pour objet de promouvoir la prestation de et le recours aux services dans les réseaux de communication et de garantir l'accessibilité des réseaux et des services de communication à des conditions raisonnables à tous les opérateurs et à tous les usagers dans tout le pays (section 1). Cette loi a également pour but de veiller à ce que les développements qui s'amorcent en Finlande dans le secteur des télécommunications correspondent avec les besoins élémentaires des usagers et à ce qu'ils soient technologiquement compétitifs, de grande qualité, fiables, sûrs, et à prix abordables.

La Loi sur le Marché des Communications s'applique aux marchés des communications (section 3). Le terme « marché des communications » désigne les marchés de services en réseaux et des services afférents. La loi ne s'applique pas au contenu des messages transmis via un réseau de communications.

Les opérateurs des télécommunications souhaitant prêter des services utilisant des fréquences radio au sein d'un réseau terrestre numérique de communications de masse ou au sein d'un réseau de communication sans fil traitant des télécommunications publiques doivent fournir une licence. Dès que des fréquences techniquement au point, et adaptées à une utilisation fréquentielle efficace deviennent accessibles pour des télécommunications sujettes à licence, obligation est faite de publier une annonce notifiant qu'une licence est disponible aux entités souhaitant s'en porter acquéreur. Un candidat à l'achat d'une licence doit verser à l'État des frais de candidature d'un montant de 1 000 euros. Les licences sont accordées par le Conseil d'État (le gouvernement) pour une période déterminée pouvant aller jusqu'à 20 ans.

Relativement aux télécommunications sujettes à notification, on doit soumettre une notification écrite de l'intention d'opérer des télécommunications publiques à l'Autorité de Régulation des Communications Finnoises (Finnish Communications Regulatory Authority, FICORA) avant de commencer à opérer. Ce devoir de notification ne s'applique pas aux télécommunications publiques de nature temporaire, s'adressant à un public réduit ou, plus généralement, à caractère secondaire.

⁵²⁷ Nuolimaa & Timonen, passim.

Un opérateur des télécommunications tenu à notification ou à licence doit payer à la FICORA une redevance annuelle d'accès au marché des télécommunications. On détermine le montant de la redevance en unités de paiement correspondant à des catégories de paiement (section 15a).

L'Autorité de Régulation des Communications Finnoises (FICORA) est une autorité administrative générale affectée aux questions relatives aux communications électroniques et aux services à la société de l'information. Elle a pour mission de promouvoir le développement de la société de l'information en Finlande. Le devoir spécifique de cette administration consiste dans la préservation de la fonctionnalité et de l'efficacité des marchés des communications afin de garantir au consommateur l'accès à des services de communication compétitifs, à la pointe de la technologie, et qui soient à la fois abordables et de bonne qualité.⁵²⁸

L'ère de l'Administration et de la Standardisation des Télécommunications a commencé au Bureau des Postes et du Télégraphe, avec la création, en 1958, du Bureau d'Inspection des Sociétés de Téléphonie Privées. Le Bureau procédait à des inspections quand les sociétés de téléphonie introduisaient de nouveaux types d'équipements, ou apportaient des améliorations extensives, ou bien en cas de plaintes nombreuses de la clientèle. Les presque 30 ans d'existence du Bureau d'Inspection aux Postes et Télécommunications Finnoises ont pris fin avec l'entrée en vigueur de la Loi de 1987 sur les Télécommunications, qui rendait caduque l'Ordonnance centenaire du Téléphone (1886).

Le Centre Administratif des Télécommunications a été créé en 1988 et on a transféré le Bureau d'Inspection, du Ministère des Transports et de la Communication vers le nouveau Centre. Le bureau a été logé dans le Service des Inspections. En 1993, la Division des Télé-Inspections est devenue la zone de profit aujourd'hui connue sous le nom d'Administration et Standardisation des Télécommunications.

Depuis 2001, le Centre d'Administration des Télécommunications s'appelle l'Autorité de Régulation des Communications Finnoises (FICORA). Cette agence a existé en tant qu'agence administrative indépendante sous le Ministère des Transports et des Télécommunications.⁵²⁹ La FICORA veille principalement aux conditions d'opération et au potentiel des réseaux et des services de télécommunication. Elle réalise sa mission par des ordonnances, des régulations et des standards adaptés, et un contrôle effectif des télécommunications. La FICORA monte des groupes de travail nationaux dans les domaines prioritaires de la standardisation des télécommunications et participe à la préparation des standards internationaux.

La surveillance que la FICORA exerce sur le marché a pour but de garantir que tous les équipements terminaux de télécommunication en vente sont conformes avec les exigences définies pour ce type d'équipement. Les équipements non conformes sont retirés du marché. La surveillance de marché s'efforce également d'empêcher la vente de cartes pirates intelligentes capables de craquer la télévision par câble ou des transmissions par satellite susceptibles de constituer un service payant, autorisant ainsi un visionnage illégal. Enfin, elle essaie d'obtenir que le prix de vente d'un téléphone mobile ne soit pas associé à un contrat d'abonnement pour des services de téléphonie mobile ou tous autres services de télécommunication (ce qu'on appelle la « clause de fidélisation à la vente »).

La FICORA vérifie la conformité avec la Loi sur la Protection de la Vie Privée et la Sécurisation des Données dans les Télécommunications (565/1999), qui met en oeuvre la Directive 97/66/EC du Parlement Européen et du Conseil concernant le traitement des données personnelles et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.⁵³⁰ Cette Loi a pour objet de promouvoir la sécurité de l'information dans les télécommunications publiques, la protection de la vie privée et les intérêts légitimes des abonnés et des usagers des télécommunications. La proposition gouvernementale pour une nouvelle Loi est actuellement en discussion au Parlement.

⁵²⁸ www.ficora.fi/englanti/tclc/index.htm

⁵²⁹ www.mintc.fi/

⁵³⁰ www.ficora.fi/englanti/tietoturva/index.htm

Les services postaux

Le Conseil National des Postes et Télécommunications est devenu une entreprise de service public en 1990. La nouvelle Loi sur les services postaux a pris effet en 1994, établissant un cloisonnement entre, d'une part, les activités administratives financières et de direction, et d'autre part les services postaux. La nouvelle Loi sur les Services Postaux est entrée en vigueur au 1er janvier 2002.

Une loi en date de 1994 a également ouvert ces services à la concurrence. Cependant, la loi garantit l'accessibilité aux services postaux sur l'intégralité du territoire finlandais. Seul le Conseil d'État peut accorder les concessions pour les opérations postales financières. Le seul opérateur postal jouissant de cette concession est l'entreprise d'État Finland Post Ltd.⁵³¹

La maîtrise et le développement globaux des services postaux reviennent en dernier ressort au Ministère des Transports et des Communications.⁵³² L'Administration des Postes a été créée en 1994 au sein du Centre Administratif des Télécommunications (devenu en 2001 l'Autorité de Régulation des Communications Finnoises, la FICORA) pour gérer l'administration du secteur postal et vérifier la conformité des services et de l'organisation postaux avec la Loi sur les Services Postaux, et autres régulations. Elle est en outre devenue une autorité impartiale, ayant pour mission de régler les litiges relatifs à la distribution postale. Enfin, l'Administration peut donner des instructions pour compléter la loi quand nécessaire.⁵³³

L'Administration des postes participe activement à la coopération internationale, par exemple, elle participe au travail de l'Union Postale Universelle (Universal Postal Union, UPU), du Comité Européen pour la Régulation des Postes (European Committee for Postal Regulation, CERP) et au Comité Européen pour l'Organisation de la Standardisation (European Committee for Standardization Organization, CEN).

Radio et télévision

Le Service Mass Media du Ministère des Transports et des Communications est responsable de l'administration des mass media en Finlande. Le service gère les diffusions radio-télévision, la législation relative aux mass media, les subventions à la presse, le financement de et la recherche sur les mass media et les affaires relatives à la poste. Le Ministère des Transports et des Communications a la charge de l'infrastructure technique des mass media électroniques, de la conception des projets de loi et de licences, de la coopération internationale et de l'agrément des licences à court-terme. Le gouvernement accorde des licences pour les opérateurs de la radio et de la télévision. La Loi sur les Opérations Radiophoniques et Télévisuelles (744/1998) régle les conditions d'obtention des licences. La Finnish Broadcasting Company Ltd⁵³⁴, entreprise d'État, est également réglée par une Loi parlementaire (1380/1993). Le gouvernement fixe ce qui a trait aux redevances télévisuelles. Les stations de radio locales ont commencé à opérer en Finlande en 1985. En 1999, le gouvernement a accordé ou renouvelé des licences pour un total de 68 stations.

L'Autorité Finnoise de Régulation des Communications (FICORA) vérifie qu'elles sont en conformité avec la Loi sur les Opérations Radiophoniques et Télévisuelles, ainsi que les conditions d'attribution des licences. Elle prépare en outre un plan sur l'utilisation des fréquences réservées pour les opérations radiophoniques et télévisuelles. Ce plan devra être validé par le gouvernement. Enfin, la FICORA perçoit les redevances télévisuelles et le paiement des licences.⁵³⁵

⁵³¹ www.posti.fi/english

⁵³² www.mintc.fi/

⁵³³ www.ficora.fi/englanti/posti/index.htm

⁵³⁴ www.yle.fi/fbc/index.shtml

⁵³⁵ www.ficora.fi/englanti/radio/index.htm

La Loi sur la Radio (1015/2001) fixe les exigences pour les équipements radio, leur placement sur le marché, leur vente, leur possession et leur usage, la planification de l'utilisation des fréquences radio et leur attribution pour différents usages.

La FICORA contrôle l'utilisation des fréquences radio en Finlande. Elle a pour objectif de proposer aux usagers des fréquences radio qui soient le plus pures possibles de toute interférence. La gestion du spectre radiophonique a pour objectif de garantir que les futurs systèmes radio se voient aussi attribuer des fréquences radio techniquement et économiquement viables.

La surveillance du marché des équipements terminaux de radio et télécommunication a pour but de veiller à ce que les équipements terminaux de radio et de télécommunication proposés aux consommateurs soient tous conformes aux normes en vigueur pour ce type de produit. C'est le devoir des instances de surveillance du marché d'éviter qu'il y ait des interférences lors des communications radio et des télécommunications. Elles s'assurent également qu'on ne propose pas à la vente des "cartes pirates intelligentes" faites pour visionner la télévision par carte ou par satellite, et que le prix de vente d'un équipement terminal de télécommunication n'est pas associé avec un contrat d'abonnement à des services de téléphonie mobile ou à tous autres services de télécommunication (la clause de fidélisation à la vente).

En avril 2000, la nouvelle Directive sur les équipements terminaux de radio et télécommunication et la reconnaissance mutuelle de leur conformité (1999/5/EC) est entrée en vigueur, rendant virtuellement caduque l'examen initial et l'agrément catégoriel des équipements terminaux de radio et télécommunication. L'organisme qui introduit l'équipement sur le marché est maintenant responsable de sa conformité avec les normes en vigueur pour ce type d'équipements.

L'objectif est de faire en sorte qu'aucun des équipements proposés à la consommation ne cause d'interférences. Les acheteurs et les usagers d'équipements terminaux de radio et télécommunication, ainsi que les importateurs et les distributeurs d'équipements aux normes bénéficieront tous de cette surveillance. L'information sur les prestations relatives aux équipements terminaux de radio et télécommunication et aux normes techniques concernant cet équipement joue un rôle crucial dans la surveillance de marché. La nouvelle directive prévoit que le fabricant doit fournir à l'utilisateur des informations sur l'usage pour lequel cet appareil est prévu, ainsi qu'une déclaration de conformité avec l'essentiel des exigences techniques. Il doit aussi informer l'utilisateur des restrictions potentielles relatives à l'utilisation de l'équipement : par exemple, si l'on ne doit l'utiliser que dans certains États membres, ou si l'on a besoin d'une autorisation spécifique pour l'utiliser.

Chemins de fer

En Finlande, les chemins de fer jouent un rôle important dans le transport de fret, particulièrement dans les transports de marchandises lourdes et les transports longue distance pour l'industrie, dans les transports vers et en provenance des ports, et dans les transports internationaux. Les principales catégories de biens sont les matières premières, dont le bois de construction, et les produits des industries du bois, des industries métallurgiques et des industries chimiques. Le potentiel de croissance repose dans le bois de construction et le négoce international. Le trafic se répartit de façon plutôt homogène sur le réseau ferroviaire. Les chemins de fer représentent également un moyen de transport important dans le transport de passagers interurbain, ainsi que dans les échanges suburbains de la zone d'Helsinki.

En Europe, la prestation de services de transport ferroviaire est traditionnellement un monopole étatique, ou réservé à des entreprises d'État. En Finlande, les chemins de fer nationaux ont été, depuis leurs débuts en 1870, une division administrative du Ministère des Transports jusqu'en 1990. Les

chemins de fer nationaux sont devenus une entreprise publique pendant les cinq années qui ont suivi. En 1995, les chemins de fer en tant qu'opérateur de services de transport ont été transformés en plusieurs sociétés par actions, le VRgroup, dont le propriétaire est l'État. Le VRgroup consiste en une société mère, la VR-Yhtymä Oy, et une vingtaine d'autres sociétés.

L'Administration Finnoise des Chemins de Fer (Finnish Rail Administration, FRA) a été créée en 1995. On l'a fait pour répondre au besoin de tenir l'administration gouvernementale en dehors de l'attribution des marchés relatifs à l'infrastructure ferroviaire et autres obligations du secteur public concernant le trafic ferroviaire. La FRA est un service administratif subordonné au Ministère des Transports et des Communications. Ses principales fonctions sont de maintenir et développer le réseau ferroviaire, et elle est responsable de la sécurité du trafic ferroviaire.⁵³⁶ Elle fournit également un réseau de transport compétitif à l'usage des sociétés de chemin de fer.

Le marché de l'énergie

L'Administration au Marché de l'Énergie est une agence spécialisée subordonnée au Ministère du Commerce et de l'Industrie.⁵³⁷ Elle a été créée le 1er juin 1995 sous les espèces de l'Administration au Marché de l'Électricité, concurrentement au vote de la Loi sur le Marché de l'Électricité (386/1995)⁵³⁸, conçue pour ouvrir progressivement le marché de l'électricité à la concurrence.

Le marché de l'électricité est régi non seulement par cette Loi, mais aussi par de nombreuses lois et ordonnances de niveau inférieur. La Finlande a également transposé les directives de l'UE concernant le marché interne de l'électricité et celui du gaz. En Mars 2001, la Commission Européenne a émis une nouvelle proposition pour amender les deux directives. La proposition avait pour but d'ouvrir complètement les marchés européens de l'électricité et du gaz avant 2005.

Le 1er août 2000, on a changé le nom de l'agence, d'« Administration au Marché de l'Électricité » (Electricity Market Authority) en « Administration au Marché de l'Énergie » (Energy Market Authority⁵³⁹), au moment où la Loi sur le Marché du Gaz Naturel (508/2000) est entrée en vigueur.

L'Administration au Marché de l'Énergie a pour mission de promouvoir une concurrence saine et efficace sur le marché du gaz et de l'électricité, et de garantir des principes de service raisonnables et équitables dans les opérations du réseau du gaz et de l'électricité.

L'Administration au Marché de l'Énergie a pour principale tâche de superviser la détermination des prix de la transmission, de la distribution et autres services en réseau. L'Administration au Marché de l'Énergie veille à ce que les prix pour les services en réseaux prestés par la distribution et les opérateurs régionaux en réseau, ainsi que la grille nationale soit raisonnable et non-discriminatoire. Les dossiers lui sont soumis suite à un dépôt de plainte, à moins que ce ne soit l'Administration au Marché de l'Énergie qui en fasse la requête.

L'Administration au Marché de l'Énergie favorise également une concurrence efficace sur le marché du gaz naturel et de l'électricité en intervenant sur les conditions et les prix des services en réseau que l'on considère comme bridant la concurrence. L'Administration du Marché de l'Énergie produit et publie des informations en temps réel, concernant à la fois le prix et la distribution de l'électricité.

⁵³⁶ www.rhk.fi/english

⁵³⁷ www.ktm.fi/eng/6ktm_etu.htm

⁵³⁸ www.energiamarkkinavirasto.fi/eng/market.html

⁵³⁹ www.energiamarkkinavirasto.fi/eng/index/html

Dans le futur, l'Administration au Marché de l'Énergie va commencer à publier le même type d'informations sur le prix du gaz naturel.

Pour que la concurrence joue efficacement, il faut que l'information sur les prix et les fournisseurs d'électricité et de gaz naturel soit accessible facilement. De plus, les usagers de l'électricité et du gaz naturel doivent être informés des appels d'offres concurrentiels et des bénéfices potentiels qu'ils peuvent en retirer.

Il faut une licence pour opérer des services en réseau dans les secteurs de l'électricité et du gaz. L'Administration au Marché de l'Énergie accorde les licences de réseau aux organisations et aux entreprises publiques engagées dans des opérations en réseau, ainsi que des permis de construire pour les lignes électriques.

III Les Lois de base

Traditionnellement, les secteurs dont il est question ici relevaient du droit public, et plus particulièrement du droit administratif, parce que, par exemple, les télécommunications et les services postaux étaient organisés à l'intérieur du cadre de l'administration publique. Les relations de droit administratif étaient considérées comme non contractuelles.

Aujourd'hui, la plupart des secteurs du service public ont été privatisés, bien que de nombreuses entreprises appartiennent à l'État et soient sous le contrôle du gouvernement. Dans la production et la prestation de services publics, on utilise fréquemment des contrats de droit privé. Dans bien des cas, les conditions spécifiques aux contrats font l'objet d'une régulation séparée dans la législation. Néanmoins, la relation entre une autorité administrative de contrôle et une entreprise est une relation régulatrice et unilatérale. L'objectif général de l'autorité administrative est de protéger l'intérêt public et de respecter les procédures spécifiées et les limitations légales archétypiques du droit administratif.

La protection du consommateur

La législation de protection du consommateur est relativement récente en Finlande : la Loi sur la Protection du Consommateur a été votée en 1978. Cependant, les concepts associés à la protection du consommateur ont largement fourni la base du droit civil social, qui à son tour a exercé une influence non négligeable sur la pensée juridique finnoise dans le domaine de la loi contractuelle. Le principe directeur du droit civil social est de prendre en compte les différents rôles des parties contractuelles et leurs capacités respectives à assumer les risques liés à la relation contractuelle et à ses effets légaux.

Le terme de "consommateur" désigne une personne physique qui achète des biens de consommation pour son foyer, par exemple, pour son usage personnel ou celui de sa famille. Les biens de consommation sont des biens, des services et autres articles ou bénéfices proposés par une société ou achetés par des individus privés, dans une quantité significative, sans intention de les revendre, c'est-à-dire pour l'usage immédiat d'un foyer privé. Cela veut dire que cette relation légale centrale dans la législation sur la protection du consommateur est toujours présente entre une société et un consommateur.⁵⁴⁰

D'après la loi centrale, la protection du consommateur couvre également des situations où les entreprises (les « vendeurs ») fournissent les services publics susmentionnés, mais pas les situations où les administrations fournissent d'autres services tels que les services sociaux, par exemple la protection infantile et les services de santé. Dans la Loi sur le Marché des Communications (2003), le consommateur est désigné sous le terme d'« usager » (chapitre 7, Droits de l'Usager), ce qui réfère à

⁵⁴⁰ Timonen pp. 159-62.

une personne qui utilise des services prestés par un opérateur des télécommunications, dans un but autre que celui d'opérer des télécommunications.

La Loi sur la Protection du Consommateur comporte des dispositions relevant de deux différentes sphères juridiques. Les dispositions du droit du marché concernent à la fois la régulation mercatique et la régulation contractuelle. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux contrats individuels. L'autre versant principal de la loi consiste en des dispositions relevant du droit contractuel. Elles visent les contrats passés entre un consommateur et une société. Leur but est de protéger le consommateur individuel en tant que partie à un contrat concret.

L'importance croissante des contrats standard a appelé à un regain d'attention à la fois sur le droit des contrats et sur le droit de la protection du consommateur. Les contrats entre la société et les consommateurs sont conclus en fonction de termes contractuels pré-définis qui restent les mêmes d'un contrat à l'autre, à l'exception de quelques questions spécifiques sur lesquelles les parties se sont accordées.⁵⁴¹ C'est souvent l'administration publique, non une coalition d'entreprises, qui standardise les contrats relatifs à la prestation de services publics.

La section 66 de la Loi sur le Marché des Communications prévoit qu'un opérateur des télécommunications a l'obligation de définir les termes d'un contrat standard pour les contrats avec un abonné d'un réseau téléphonique, et les utiliser quand il passe un contrat avec des consommateurs. L'Ombudsman à la Consommation contrôle la légalité des termes du contrat standard du point de vue de la protection du consommateur (section 83).

Tout opérateur est tenu de publier les termes de son contrat standard, ainsi que des informations sur les prix des services, et de veiller à ce qu'ils soient accessibles facilement et sans frais. La FICORA peut faire obligation à un opérateur de publier, sur la qualité des services qu'il propose, des informations à jour et susceptibles de comparaison (section 82).

Le droit du marché

Le droit du marché régule les activités et le comportement des sociétés sur le marché. On peut considérer que le droit du marché repose sur les mêmes libertés fondamentales que l'ensemble du système de l'économie de marché. Les régulations du droit du marché reposent dans une large mesure sur ces libertés, parfois avec des exigences très détaillées.⁵⁴²

On peut diviser la production publique en production mercatisée et en production non mercatisée. La production mercatisée repose sur des décisions relatives à l'allocation des ressources, qui se fondent à leur tour sur des signaux émis par le marché, et s'en servent pour s'orienter. La production non mercatisée est typiquement une hiérarchie de type administratif, dont la politique relativement à l'utilisation des ressources est guidée par des décisions administratives qui se basent sur des normes et où les usagers paient sur la base de tarifs administratifs ne couvrant qu'une faible partie des dépenses.⁵⁴³

Dans la production publique de services, le plus important a été la mercatisation des hiérarchies monopolistiques de production des administrations publiques, et l'ouverture d'une production monopolistique à la concurrence. L'autre question importante a été le développement de la production publique dans des domaines où, à l'origine, seules opéraient des sociétés privées.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ *Timonen* p. 163.

⁵⁴² *Timonen* p. 157.

⁵⁴³ *Virtanen* p. 2.

⁵⁴⁴ *Virtanen* p. 1.

Les lois et règlements sur l'attribution de marchés publics couvrent en principe la production des services publics susmentionnés. La réglementation générale de la concurrence repose sur la Loi sur les Pratiques Commerciales Restrictives, qui a pour but de préserver une concurrence économique saine et fonctionnelle. La définition du commerce est plutôt exhaustive et comprend la production publique mercatisée.

La Loi sur le Marché des Communications (2003) comprend des règles spécifiques permettant d'imposer des obligations à un opérateur des télécommunications (chapitre 3). La FICORA doit rendre des décisions à intervalles réguliers, et déterminer les marchés des communications pertinents. Dans sa tâche de définition des marchés des communications pertinents, la FICORA doit travailler en coopération avec le Ministère des Transports et des Communications. À intervalles réguliers, la FICORA devra effectuer une analyse de marché des ventes en gros et des marchés de détail pertinents, afin d'établir une cartographie de la situation concurrentielle. La FICORA peut déclarer qu'un opérateur dans les télécommunications possède un pouvoir significatif sur le marché si une analyse de marché révèle qu'il exerce une influence économique sur un marché particulier, seul ou avec d'autres, ce qui lui permet d'opérer, dans une large mesure, indépendamment de ses concurrents, des consommateurs ou d'autres usagers. En rendant une telle décision, la FICORA impose à un opérateur disposant d'un pouvoir significatif sur le marché les obligations mentionnées dans la Loi (section 18).

La FICORA doit donner à la Commission de la Communauté Européenne et aux autorités de régulation des États de la Zone Économique Européenne la possibilité de présenter leur déclaration, par exemple, avant une analyse de marché et la formulation d'une décision concernant un pouvoir significatif identifié sur le marché. Si la Commission déclare qu'une définition de marché s'écarte d'une recommandation de la Commission, ou qu'une proposition de décision quant à un pouvoir significatif sur le marché ne s'accorde pas, à ses yeux, avec les lois de la Communauté Européenne, la mesure ou la décision doit être reportée de deux mois. La FICORA ne peut émettre aucune décision contraire à celles formulées par la Commission pendant la période de deux mois susmentionnée.

L'accessibilité des services publics

D'après le principe de service et la section 7 de la Loi Administrative sur les Procédures (434/2003), il est fait obligation générale à l'administration publique de prester des services à tous les citoyens (434/2003).⁵⁴⁵ Ce principe est indéfini et n'a pas d'effet direct sur les secteurs concernés ici. La législation règle habituellement la disponibilité des services séparément.

Les objectifs de la Loi sur le Marché des Communications (2003) sont de promouvoir la prestation et l'usage des services au sein des réseaux de communication, et de veiller à ce que les réseaux et les services de communication soient disponibles dans des conditions raisonnables à tous les opérateurs et à tous les utilisateurs des télécommunications dans tout le pays (section 1).

L'Administration responsable de la délivrance des licences pour les opérations de diffusion radiophonique et télévisuelle a le droit d'assortir les licences des règlements nécessaires pour sauvegarder la diversité des programmes et répondre aux besoins des différentes catégories d'audience, y compris les minoritaires. L'administration responsable de la délivrance des licences a également le droit d'émettre des règlements concernant, par exemple, la zone de services régionale des émissions (Loi sur les opérations radiophoniques et télévisuelles, 744/1998, section 11).

IV L'Organisation de la régulation

Le système est plutôt centralisé. Les principales administrations régulatrices sont le Conseil d'État (le gouvernement), les ministères et des agences administratives centrales, à commencer par l'Autorité Finnoise de Régulation des Communications (FICORA).

⁵⁴⁵ *Mäenpää* 2002 p. 416; *Kulla* pp. 78 - 80.

Le rôle des municipalités se limite aux secteurs dont une législation spéciale leur a remis la charge. Les municipalités et les fédérations de municipalités peuvent émettre des régulations subalternes, par exemple les régulations subalternes sur le trafic local et régional à grande échelle.

En Finlande, le concept de régulation est lié à des principes constitutionnels. Aujourd'hui, on a dans une large mesure remplacé le contrôle gouvernemental par une régulation indépendante. Le principe de responsabilité ministérielle a été réduit en conséquence, pas tant sur le plan formel que dans la pratique. Les limitations apportées à la délégation du pouvoir législatif ont une influence restrictive sur l'aire d'influence des régulations subalternes. D'après la section 80 de la Constitution Finlandaise (731/1999), le pouvoir d'émettre des règles juridiques d'ordre général revient au Parlement.

Section 80 – Promulgation de décrets et délégation des pouvoirs législatifs⁵⁴⁶

Le Président de la République, le Gouvernement et les ministères peuvent promulguer des décrets sur la base d'une autorisation que leur accorde soit la Constitution, soit une autre loi. Néanmoins, les principes qui régissent les droits et obligations des individus privés et les autres affaires que la Constitution assimile au domaine législatif doivent être gouvernés par des lois. En cas d'absence de spécification quant à l'autorité compétente pour promulguer un décret, celui-ci est émis par le Gouvernement.

De plus, d'autres administrations peuvent être autorisées par une loi à réglementer un domaine spécifique, en vertu de raisons particulières liées au domaine concerné, et à condition que ces règles ne soient pas d'une importance telle qu'elles nécessitent d'être prises en charge par une loi ou un décret. Il est nécessaire de circonscrire clairement la portée d'une telle autorisation.

Une loi définit les dispositions générales relatives à la publication et à l'entrée en vigueur des décrets et autres normes juridiques.

Le corps législatif peut, dans certaines conditions, déléguer ses pouvoirs au gouvernement et aux ministères. Les autorités administratives peuvent être autorisées par une loi à réglementer un domaine spécifique, en vertu de raisons particulières liées au domaine concerné, et à condition que les règles en question ne soient pas d'une importance telle qu'elles nécessitent d'être prises en charge par une loi ou un décret. Il est nécessaire de circonscrire précisément la portée d'une telle autorisation. Conformément au principe *delegatus non potest delegare*, la Constitution interdit toute seconde délégation du pouvoir législatif délégué.

Le modèle de régulation fonctionnaliste de la démocratie vient des USA. Dans ce modèle, les autorités régulatrices indépendantes jouent un rôle important dans le système juridico-politique.⁵⁴⁷ Au sein de l'Union Européenne, des aspects similaires sont perceptibles dans les pays où la régulation est un mode de direction et de contrôle important.

En Finlande, les agences administratives centrales subordonnées aux ministères ne peuvent, en principe, utiliser leurs pouvoirs législatifs que dans certaines limites, principalement dans des domaines de nature technique et pratique. Pourtant, dans la pratique, ce type de régulation est plutôt extensive et indépendante.

Le statut juridique d'une agence de régulation est toujours défini par une loi parlementaire. Les autorités de régulation sont habituellement des agences administratives centrales. L'organisation d'une agence administrative consiste dans un manager, un conseil de surveillance et des représentants. Les agences sont des autorités publiques indépendantes. Toutefois, conformément au principe de la séparation des pouvoirs confirmé par la législation parlementaire, le gouvernement et les ministères

⁵⁴⁷ *Funk & Seamon* pp. 6 – 15.

ont une autorité décisionnaire sur les affaires les plus importantes, et sur les affaires à caractère politique direct.

V Les Fonctions de la régulation

Les tribunaux de droit commun ont juridiction dans les affaires civiles et pénales. Les tribunaux administratifs sont également des tribunaux indépendants, conformément à la Constitution, et ont juridiction dans les affaires administratives (appels), et dans les conflits entre l'administration publique, ou entre une administration publique, et une personne privée, lorsqu'ils affectent l'intérêt public.

En matière administrative, on interjette appel contre les décisions des agences administratives centrales auprès du Tribunal Administratif de Province. La Cour Administrative Suprême est la cour d'appel compétente relativement aux décisions des tribunaux administratifs et des plus hautes autorités administratives, telles que le gouvernement et les ministères. On ne peut interjeter appel de la décision finale d'une administration que dans des affaires administratives. Cependant, il est impossible de faire appel des règlements émis par le gouvernement ou les ministères, ou des actes réglementaires émis par les agences administratives centrales, parce que, d'après la Section 5 (2) de la Loi sur les Procédures Judiciaires Administratives⁵⁴⁸, les lois générales sont présumées sans appel.

Habituellement, les conflits entre une autorité administrative et un opérateur peuvent être réglés de telle sorte que l'opérateur interjette appel de la décision auprès du Tribunal Administratif. Un opérateur peut demander à être indemnisé pour des dommages causés par une autorité administrative en entamant une procédure civile auprès d'un tribunal de droit commun. Les conflits entre opérateurs sont réglés par une procédure judiciaire administrative si l'affaire comporte une décision administrative. Dans les litiges de droit privé, ce sont les tribunaux de droit commun qui ont juridiction. Les règles spécifiques sont nombreuses relativement au droit à une indemnisation dans différents types de situations (par exemple, la Loi sur le Marché des Communications, section 37).

Il y a plusieurs moyens de régler les litiges entre un opérateur et un consommateur. L'autorité supérieure pour les consommateurs est l'Ombudsman à la Consommation, dont la fonction principale est de veiller à la légalité de la mercatique et des termes contractuels standards. L'Ombudsman peut aussi assister un consommateur dans une affaire individuelle. Le consommateur peut également s'adresser aux Conseillers municipaux à la consommation, ou au Conseil National des Litiges à la Consommation. En dernier ressort, un consommateur peut déposer un recours contre un opérateur auprès du tribunal de droit commun.

Les litiges relevant du droit de la concurrence bénéficient d'une procédure spéciale. Conformément à la Loi sur les Restrictions à la Concurrence, l'Administration à la Concurrence enquête sur les pratiques restrictives majeures susceptibles de constituer une entrave à une concurrence économique saine. L'Administration peut lancer une procédure de sa propre initiative, ou suite à une plainte.⁵⁴⁹

Le Tribunal de Commerce a un double rôle dans le traitement des affaires ayant trait à la concurrence (Loi sur le Tribunal de Commerce 1527/2001). C'est la première instance pour les décisions sur l'interdiction des restrictions à la concurrence, des fusions et acquisitions, et pour les condamnations à payer une amende. Le Tribunal de Commerce est aussi la première instance relativement aux décisions rendues par l'Administration à la Concurrence. Habituellement, on peut interjeter appel des décisions rendues par le Tribunal de Commerce devant la Cour Suprême Administrative, conformément à la Loi Procédurale de l'Administration Judiciaire. On retrouve la séparation procédurale opérée entre les appels relatifs à des affaires administratives de droit commun et ceux qui relèvent du droit de la concurrence dans la Loi sur le Marché des Communications (section 127).

⁵⁴⁸ Mäenpää 2002 pp. 450-52.

⁵⁴⁹ www.finofc.fi/cgi-bin/english

BIBLIOGRAPHIE

Black, J: Proceduralizing Regulation I – II. Oxford Journal of Legal Studies 2000 pp 597-614, 2001 pp. 33-58.

Black, J.M: “Which Arrow”: Rule Type and Regulatory Policy, ds. D.J. Galligan (éd.): A Reader on Administrative Law pp. 165-93. Oxford 1996.

Dworkin, Ronald: Taking Rights Seriously. Cambridge 1977.

Funk, William F. & Seamon, Richard H: Administrative Law. New York, Gaithersburg 2002.

Kulla, Heikki: Hallintomenettelyn perusteet. 6e édition. Helsinki 2003.

Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus. 4e édition. Helsinki 2003.

Mäenpää, Olli: Administrative Law, ds. Pöyhönen (éd.): An Introduction to Finnish Law pp. 404-66. Helsinki 2002.

Nuolimaa, Risto & Timonen, Pekka: Law and Economics in Finland (1999).

Timonen, Pekka: Business Law, ds. Pöyhönen (éd.): An Introduction to Finnish Law pp. 115- 68. Helsinki 2002.

Virtanen, Martti: Public Production and Market Competition: Some Core Issues of the Government and the Markets Project ([www. finofc.fi/english/index.htm](http://www.finofc.fi/english/index.htm)).

DROIT DE LA RÉGULATION, SERVICE PUBLIC ET INTÉGRATION RÉGIONALE LA France*

Gérard MARCOU, Professeur à l'Université de ParisI, Panthéon-Sorbonne

I – INTRODUCTION : LA NOTION DE RÉGULATION

La régulation est un thème très présent dans les débats juridiques doctrinaux en France depuis une bonne quinzaine d'années.

Il y a 10 ans, Jean-Louis Autin pouvait déjà écrire: « La fortune du terme régulation dans le débat juridique français est proprement stupéfiante. Pour s'en tenir au droit public, il est frappant de constater qu'après quelques apparitions furtives, il s'est imposé – à partir des années 1970 – dans les travaux de sociologie administrative (le fameux thème de la régulation croisée), pour se propager ensuite à travers de mystérieux canaux dans les différentes branches du droit, au point de devenir l'un des mots clés, pour ne pas dire passe-partout, de la pensée publiciste contemporaine »⁵⁵⁰. La notion de régulation, qui est apparue après la diffusion du mot régulateur, a été reprise, en effet, par les juristes dans des contextes divers, mais que le sens en soit toujours explicité.

Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont contribué à la diffusion de la notion, mais jusqu'ici assez peu à la clarification de son sens. Le Conseil constitutionnel s'est qualifié lui-même en 1962 de « régulateur des pouvoirs publics »⁵⁵¹, avant de qualifier le Conseil supérieur de l'audiovisuel d'« organe de régulation de l'audiovisuel »⁵⁵². Le Conseil d'Etat, dans son premier rapport consacré aux autorités administratives indépendantes (AAI), en 1983, a caractérisé leur mission par la « régulation » : « Globalement, c'est le mot de régulation qui caractérise le mieux la mission des autorités administratives indépendantes : quelque chose d'intermédiaire entre le choix des politiques, qui n'appartient qu'aux autorités élues ou directement contrôlées par les élus, et la gestion des services, qui est l'affaire des administrations, placées sous le pouvoir hiérarchique ou la tutelle des premières » ; la régulation « est une tâche qui consiste à assurer, entre les droits et les obligations de chacun le type d'équilibre voulu par la loi » ; elle implique une vision « systémique » de la société et de ses rapports avec l'Etat », dont le rôle, désormais, « est moins de commander directement aux acteurs sociaux que d'établir entre eux des règles du jeu et de veiller à ce qu'elles soient respectées », et c'est dans cette dernière fonction que les autorités administratives ont pu se révéler nécessaires⁵⁵³. Un peu moins de 20 ans plus tard, le second rapport du Conseil d'Etat sur les AAI développe cette conception dans un contexte économique et politique très différent, dans lequel il reconnaît que l'émergence des AAI constitue « le quasi-corollaire d'un désengagement de l'Etat »⁵⁵⁴, et il associe désormais nettement régulation et « régulation des marchés »⁵⁵⁵. Passant en revue un certain nombre de publications sur le sujet, il opte toutefois pour une conception selon laquelle « l'autorité de régulation, intermédiaire entre le pouvoir qui fixe les règles et les opérateurs sur le terrain, se consacre essentiellement au respect des textes... », jugée « plus aisément assimilable par nos traditions juridiques » ; mais la régulation se caractérise aussi pour le Conseil d'Etat par « l'interactivité entre le droit et le fait », par un fonctionnement « en boucle » et par l'importance des fonctions extra juridiques de l'autorité de régulation : information, persuasion, pression »⁵⁵⁶. Toutefois, le Conseil

⁵⁵⁰ « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », p. 43 dans : M. Miaille (dir.) (1995), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan.

⁵⁵¹ CC n.62-20 DC, 6 novembre 1962 « Loi référendaire », cons.2, *Recueil de la jurisprudence constitutionnelle (RJC) 1959-1993*, Litec p.11.

⁵⁵² CC n.88-248 DC, 17 janvier 1989 « CSA », cons.3, *RJC*, p.339.

⁵⁵³ *Etudes et Documents*, 1983-1984, n°35, p.20.

⁵⁵⁴ Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », *Etudes et Documents* n°52, p.278.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ *Ibid.* p.280-281.

d'Etat n'oppose pas le marché et l'Etat ; la régulation doit au contraire « encadrer la concurrence et (...) mettre celle-ci au service d'objectifs politiques conciliant efficacité et équité »⁵⁵⁷.

Il n'est pas certain que ces considérations suffisent à définir en droit ce qu'est la régulation. Par exemple, la police administrative traditionnelle fait-elle autre chose que de viser à assurer l'équilibre voulu par la loi entre les droits et les obligations, en assurant l'ordre public ? Ignore-t-elle l'interactivité entre le droit et la dimension non juridique de sa mission ? On peut en douter. Un bon exemple en est celui de la police des établissements classés, dans l'exercice de laquelle Pierre Lascoumes a bien montré combien les services de l'Etat étaient attentifs aux incidences économiques des mesures qu'ils devaient prendre, et ont toujours négocié avec les entreprises sur les mesures ou les délais de leur mise en œuvre⁵⁵⁸. Comme nous le verrons plus loin, le droit positif ne permet pas de reconnaître la distinction ici postulée entre le pouvoir de fixer les règles et celui de les appliquer qui se distribueraient entre des institutions différentes ; ces fonctions sont au contraire bien souvent liées, même si le pouvoir formel de fixer les règles et la responsabilité de celles-ci reste en général entre les mains des autorités politiques. Il y a bien eu un changement très important de contexte économique, mais le changement est sans doute moins dans le fait que la concurrence soit encadrée que dans le fait qu'elle joue un rôle plus important, et qu'elle constitue aujourd'hui un principe et une « raison » de l'action publique qui s'impose à l'Etat.

Quoi qu'il en soit, de nombreux juristes ont utilisé la notion de régulation, dans le but de rendre compte d'évolutions juridiques imputables à des mutations économiques profondes, et de les caractériser. On peut toutefois distinguer parmi eux deux grandes tendances. Selon la première, que nous dirons à dominante économique, la régulation est, au moins implicitement une notion économique, et les juristes la traitent comme une notion descriptive de l'évolution des fonctions de l'Etat, à laquelle il convient de rattacher certaines évolutions juridiques ou qui permet de les interpréter. Pour la seconde tendance, au contraire, il s'agit de faire de la régulation une notion proprement juridique. Bien entendu, la distinction de ces deux tendances constitue une simplification, et les regroupements auxquels elle conduit ne doivent pas faire oublier les différences d'approche qui existent entre tous ces auteurs.

Il n'est pas surprenant que les auteurs que l'on peut rattacher à la tendance à dominante économique puissent être rapprochés des évolution que l'on peut relever dans la conceptualisation de la politique économique. Selon Jean-Claude Prager et F. Vilderoy de Galhau, la régulation peut ainsi être comprise comme la vision actuelle de la politique économique, assimilable au « pilotage » d'un système complexe ; cela conduit à réinterpréter par référence à la régulation les grands thèmes de la politique économique⁵⁵⁹. De nombreux auteurs, et non des moindres, utilisent la notion de régulation comme une notion descriptive permettant de rendre compte des nouveaux rapports entre la puissance publique et le marché, mais qui se caractérise avant tout par l'utilisation, sur le plan juridique, des procédés de police. Cette position se reflète dans les manuels de A.-S. Mescheriakoff⁵⁶⁰, de P. Delvolvé⁵⁶¹, de Linotte et Romi⁵⁶². Plus récemment Bertrand du Marais a tenté de donner une expression synthétique de la régulation en droit, dans un ouvrage important intitulé *Droit public de la régulation économique*⁵⁶³. L'auteur réinterprète l'ensemble du droit public économique à la lumière de la notion de régulation. Mais il définit la régulation successivement en termes de technique (par référence notamment à la cybernétique), de politique économique et de sociologie politique, non pas en termes juridiques. L'élément moteur est l'introduction du marché dans les secteurs qualifiés, selon la conception anglo-saxonne, que l'auteur présente, de la concurrence dans des secteurs jusqu'alors réservés à l'Etat au travers de monopoles publics. Sous l'influence du droit communautaire, il en résulte l'apparition de nouveaux principes du service public, dont la conception est renouvelée, mais

⁵⁵⁷ Ibid. p.283.

⁵⁵⁸ P. Lascoumes (1994), *L'éco-pouvoir : environnement et politiques*, Paris, La Découverte.

⁵⁵⁹ Jean-Claude Prager / François Villeroy de Galhau (2003), *Dix huit leçons sur la politique économique. A la recherche de la régulation*, Seuil, 2003, en particulier pp.17 ss. et 529 ss.

⁵⁶⁰ *Droit public économique*, PUF « Droit fondamental », 1994.

⁵⁶¹ *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998.

⁵⁶² *Services publics et droit économique*, Litec, 2001, 4^{ème} éd.

⁵⁶³ B. du Marais (2004), *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po / Dalloz, notamment pp.482 ss.

affaiblie par l'émergence de modes d'analyse, empruntés à la science économique qui peuvent donner une certaine objectivité aux conditions de l'intervention publique, à la différence de la notion de service public, qui reste marquée par l'intention des gouvernants et donc par son caractère subjectif⁵⁶⁴.

Les auteurs que l'on peut rattacher à la tendance à dominante économique sont conduits à donner un sens très large à la notion de régulation. Au contraire, les auteurs qui expriment des conceptions à dominante juridique tentent de cerner les contours d'une notion de régulation qui deviendrait une notion juridique, ce qui les conduit à des définitions plus spécifiques et plus étroites, justement pour distinguer la régulation de notions voisines depuis longtemps admises par le droit et dont il convient de la distinguer, si l'on souhaite qu'elle acquière une valeur opératoire.

G. Timsit est le premier qui ait proposé une élaboration de la notion de régulation dans le champ de la théorie du droit. Cette notion est pour lui le révélateur d'une mutation profonde du système juridique, caractérisée par le recul de la règle générale au profit d'un droit « concret » ; la régulation correspond au « passage d'un droit abstrait général et désincarné (...) à un droit concret et ancré dans la réalité la plus physique et la plus sensible de la société »⁵⁶⁵. Ce droit « concret » se caractérise par le fait que la règle générale laisse un espace plus vaste à des autorités investies du pouvoir d'en contextualiser l'application en fonction des situations particulières et des objectifs poursuivis⁵⁶⁶. La régulation se manifeste alors en particulier dans nouveaux rapports juridiques qui naissent de l'introduction de la concurrence dans les secteurs jusqu'alors contrôlés par l'Etat, et donc de l'élargissement de la sphère du marché⁵⁶⁷.

Dans cette conception, la régulation exprime une fonction nécessaire au bon fonctionnement du marché, et le nouveau rôle de la puissance publique à l'égard du marché, bien que cela n'épuise pas le champ de ce qu'on appelle la régulation. C'est ce sens qui s'exprime dans l'intitulé d'un certain nombre d'autorités qui concourent justement à cette régulation (notamment dans leur intitulé légal: l'Autorité de régulation des télécommunications – loi du 26 juillet 1996; la Commission de régulation de l'électricité – loi du 10 février 2000, devenue Commission de régulation de l'énergie par la loi du 3 janvier 2003 sur le gaz). Pour autant, les théories économiques récentes, qui sont à l'origine, dans une assez large mesure, des innovations juridiques et institutionnelles reprises dans les directives de la Communauté européenne sont peu citées ou commentées par les juristes.

D'autres auteurs sont à la recherche d'une théorisation de la régulation comme exprimant l'apparition d'un nouveau type de rapport juridique indispensable au fonctionnement de l'économie de marché ou comme une fonction liée à l'introduction de la concurrence dans des secteurs jusqu'alors régis par un régime de monopole. Les procédés juridiques utilisés doivent alors être réinterprétés à la lumière de la fonction à laquelle ils contribuent. Cette tendance est illustrée, mais avec des différences de point de vue importantes, par les travaux de M.-A. Frison-Roche⁵⁶⁸, de Cohen-Tanugi⁵⁶⁹, ou de J.-Y. Chérot⁵⁷⁰.

Développant cette orientation, M.-A. Frison-Roche estime qu'une nouvelle branche du droit est en train de se former, pour exprimer un nouveau rapport entre le droit et l'économie, le « droit de la régulation », « regroupant l'ensemble des règles affectées à la régulation de secteurs qui ne peuvent engendrer leurs équilibres par eux-mêmes » ; leur objet serait de construire et maintenir un cadre de concurrence, tandis que dans l'économie globale le respect des règles de concurrence suffit⁵⁷¹. Il s'agirait bien d'une nouvelle branche du droit, puisqu'elle pourrait s'identifier par son objet, sa méthode et ses institutions:

⁵⁶⁴ Ibid. pp.97-140.

⁵⁶⁵ « Les deux corps du droit », *RFAP* 1996, n°78, pp. 375-394.

⁵⁶⁶ G. Timsit (1997), *Archipel de la norme*, PUF «Les Voies du droit», en particulier pp.200ss. Voir également sa contribution dans le volume 1.

⁵⁶⁷ « Les deux corps du droit », op. cit.

⁵⁶⁸ Parmi de nombreux articles, voir en particulier : « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron. 7, pp. 610-616 ; « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », *Revue d'Economie financière*, 2000, n°60, pp.85-100 ; « Les différentes définitions de la régulation », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, n°103, mai-juin 1998, pp. 42 suiv.

⁵⁶⁹ « De la réglementation à la régulation : histoire d'un concept », *Problèmes économiques*, septembre 2000, La Documentation Française.

⁵⁷⁰ *Droit public économique*, Economica, 2002.

⁵⁷¹ « Le droit de la régulation », art. cit.

- 1) objet : le « secteur régulé », « objet catégorique du droit de la régulation » ;
- 2) la méthode : l'objectif d'équilibre – un droit guidé par ses fins, la construction du marché, qui se distingue par là même du droit de la concurrence et qui produit des principes à partir de l'accumulation des solutions particulières : impartialité, transparence, proportionnalité ;
- 3) les institutions : les autorités de régulation et l'élaboration de l'interrégulation conduisent à la juridictionnalisation de la régulation et à la concentration des pouvoirs de régulation.

Cette approche a été critiquée notamment par Laurence Boy, qui met en évidence les faiblesses de cette construction⁵⁷². Cet auteur fait la part des constats irréfutables (l'essor des autorités administratives indépendantes - AAI, la méthode téléologique - nous dirions plutôt « réaliste » au sens américain, et la mise en cause consécutive de la légitimité kelsénienne). Elle considère que le « droit de la régulation » est une notion à la fois trop large et trop étroite :

- la notion de secteur est trop imprécise ;
- l'opposition avec le droit de la concurrence est discutable : les juridictions de la concurrence tendent aussi à construire les marchés ; les méthodes comme les pouvoirs sont très semblables ;
- la conception est trop large en ce que la régulation est définie aussi par le fait que l'Etat n'a plus les moyens de conserver dans sa sphère le secteur en cause : de plus, les dimensions européenne et internationale ne sont pas prises en compte avec précision.

Mais surtout, L. Boy attire l'attention sur le fait que, dans des domaines variés, la régulation cherche à « permettre la communication entre les valeurs participants de systèmes différents »⁵⁷³. Cette observation semble particulièrement importante pour les secteurs caractérisés par le service public, et qui sont désormais ouverts à la concurrence sous l'influence du droit communautaire.

En fait, il est sans doute exagéré de parler de la formation d'un droit de la régulation. On risque de rééditer ici la même erreur que celle voulant ériger le droit économique en nouvelle branche du droit, à partir du constat que l'Etat est présent dans l'ensemble des mécanismes économiques, ce qui devait conduire au dépassement de la distinction traditionnelle entre droit public et droit privé⁵⁷⁴. Dans les deux cas, on est en présence d'une hypothèse théorique qui cherche à rendre compte du développement du droit dans ses rapports avec l'économie, mais les règles du droit positif cadrent mal avec ces systématisations, elles s'appuient toujours sur des notions juridiques et des mécanismes juridiques qui s'intègrent dans les branches du droit existantes. On tend alors à proclamer artificiellement la naissance d'un ensemble de règles faisant système alors qu'il s'agit d'une simple relecture des règles existantes à la lumière de relations nouvelles qui s'établissent entre droit public et droit privé.

Ces débats font apparaître la dimension idéologique de la notion de régulation, qui est en fait associée à la représentation d'un modèle jugé désirable des relations entre l'Etat et l'économie. Pendant environ un demi-siècle ces relations ont été caractérisées en France par l'intervention directe de l'Etat dans l'économie, laquelle se réalisait par la planification, les grands projets d'équipement et de modernisation, le rôle des entreprises publiques et par les procédés traditionnels de la police administrative. Si l'on peut parler de régulation de l'économie celle-ci était à la fois globale et sectorielle mais le droit avait un rôle secondaire et essentiellement instrumental dans ses modalités⁵⁷⁵. Au contraire les débats actuels naissent du repli de cette régulation économique et du développement d'une régulation par le droit dans les secteurs désormais ouverts à la concurrence, et plus généralement dans l'ensemble des secteurs caractérisés par l'économie de marché. Mais la place plus importante acquise par la régulation de l'économie par le droit ne suffit pas à déterminer la formation d'un droit de la régulation en tant que branche du droit ; il s'agit tout au plus d'une matière que l'on peut construire autour d'une problématique, comme on peut ou pouvait construire comme matière les « grands services publics » ou le « droit des services publics ». Les modalités juridiques de la régulation font largement appel aux procédés traditionnels de la police administrative et de

⁵⁷² « Réflexions sur 'le droit de la régulation' (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.* 2001, chron. 37, pp.3031-3038.

⁵⁷³ *Ibid.* p. 3036.

⁵⁷⁴ Voir notamment G. Farjat, *Droit économique*, PUF « Thémis », 1982.

⁵⁷⁵ Cf J. Chevallier, *Science administrative*, PUF « Thémis », 3^{ème} éd. 2002, pp. 165 suiv.

l'administration consultative. L'évolution de la nature des institutions (avec la multiplication des AAI) et la spécialisation de leur fonction économique en modifient en revanche le contenu, de plus en plus tourné vers l'analyse économique du marché pertinent.

En résumé, la notion de régulation est de plus en plus couramment utilisée dans la littérature juridique française, sans qu'il existe un accord sur son sens et sa portée juridiques.

I. Les secteurs concernés et leur évolution récente

Les secteurs choisis comme terrains d'observation présentent en France des caractéristiques très différentes du point de vue juridique, toutes liées à leur histoire particulière.

Certains secteurs ont toujours été placés sous le contrôle de l'Etat et à l'époque contemporaine ont fait l'objet d'un monopole national, même si à certaines époques ce contrôle pouvait n'être qu'une licence délivrée par le ministre. Tel est le cas pour la poste, les télécommunications, l'audiovisuel, et une partie des transports terrestres (les transports ferroviaires). Les autres secteurs se sont développés historiquement comme services publics locaux, organisés par les collectivités locales et concédés par elles, dans la plupart des cas à des entreprises privées. C'est le cas de l'électricité, du gaz, des transports urbains ou d'intérêt local, ainsi que de la distribution d'eau, de l'assainissement et de l'élimination des déchets. Tous ces secteurs relèvent encore en partie de la compétence locale, dans des conditions variables.

Toutefois, depuis la loi de nationalisation du 8 avril 1946 les communes ne peuvent plus concéder la distribution de l'électricité et du gaz qu'à l'entreprise nationale. Les communes, dans la plupart des cas leurs établissements publics de coopération⁵⁷⁶ demeurent autorités concédantes de la distribution d'électricité (Code général des collectivités territoriales – CGCT : art. L.2224-31) ; les syndicats de distribution d'électricité constituent d'ailleurs la seule et unique forme de coopération intercommunale qui soit obligatoire pour les communes. Les communes peuvent en outre produire de l'électricité dans les limites définies par la loi⁵⁷⁷. La distribution est une compétence obligatoire et elle doit être concédée à l'entreprise nationale ; la production est une faculté. Bien que la distribution du gaz par un réseau municipal ne soit pas une compétence obligatoire des communes, les communes urbaines sont également autorités concédantes, et après 1946, l'établissement public Gaz de France a été substitué aux entreprises qui avaient été nationalisées.

Les autres services publics locaux pris en compte (distribution d'eau, assainissement, transports urbains, collecte et traitement des déchets) se distinguent des précédents par le fait qu'ils ne sont pas dépendants d'un réseau technique national, ou en tout cas soumis à la nécessité d'une interconnexion. C'est le domaine d'élection de la délégation de service public, à la fois héritière et extension de l'ancienne concession de service public, qui en demeure l'une des formes (CGCT : art. L.1411-1 et suiv.), bien que l'exploitation en régie se rencontre toujours ou que la formule de la société d'économie mixte locale se combine parfois avec le recours à la concession. Le régime général des délégations de service public a été fixé par la loi du 29 janvier 1993 ; son incidence sur la régulation de ces secteurs tient essentiellement à l'obligation de publicité destinée à favoriser la concurrence. Les mesures tendant à renforcer le contrôle des usagers / consommateurs au niveau local sont restées assez formelles (on verra cependant plus loin le renforcement de ces mesures par la loi du 27 février 2002). Le droit communautaire a eu une incidence sur ces secteurs par les directives sur les marchés de

⁵⁷⁶ Il existe des syndicats départementaux d'électricité dans près de 70 départements ; dans les autres départements, il existe plusieurs syndicats intercommunaux ; quelques départements sont eux-mêmes autorités concédantes.

⁵⁷⁷ Régies municipales antérieures à 1946 et exceptées de la nationalisation, éventuellement transformées en sociétés d'économie mixte ; production d'énergie hydraulique ne dépassant pas 8000 kVa, installations utilisant des énergies renouvelables, valorisation des déchets ménagers, cogénération, production accessoire destinée à éviter une extension du réseau de distribution (CGCT : art. L.2224-31 à 34).

travaux, dans la mesure où les concessions leur sont assimilables en droit communautaire si la part des ouvrages publics à réaliser est déterminante, et indirectement par l'effet des directives en matière d'environnement (eaux et déchets). Mais le fait que les travaux tendant à introduire une directive communautaire sur les concessions de service public n'aient pas abouti explique la stabilité de ces secteurs. En revanche la publication du prochain règlement sur les transports urbains, s'il est un jour adopté, pourrait provoquer des changements. Néanmoins, rien n'indique que ces secteurs devraient connaître la mise en place d'une régulation nationale.

En ce qui concerne les services publics nationaux qui ont été mentionnés, on peut caractériser leur évolution de deux manières. D'une part le législateur a tenté de redéfinir et de préserver les principes du service public dans le contexte de l'ouverture à la concurrence, dans les lois relatives à la transposition des directives communautaires, qui ont toujours opéré les transpositions à minima. D'autre part, le repli du service public national s'accompagne d'une tendance à l'extension des services publics locaux, qui répond dans une large mesure à une logique de compensation.

Les secteurs des télécommunications, des chemins de fer et de l'énergie illustre la première tendance. Les lois du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécommunications, du 10 février 2000 sur l'électricité, du 3 janvier 2003 sur le gaz, les lois de 1997 et du 13 décembre 2000 en ce qui concerne les chemins de fer contiennent des définitions plus précises que jamais sur les objectifs et le contenu du service public ; il en va de même dans la loi du 1er août 2000 sur l'audiovisuel. En même temps, ces lois ont essayé de maintenir des entreprises publiques intégrées dans les secteurs considérés. Le statut de France Télécom s'est complètement transformé en moins de 10 ans, passant celui de régie nationale, avec un budget annexe rattaché à un ministère, à celui d'« exploitant public industriel et commercial » avec la loi de 1990, puis à celui de société commerciale, dont cependant la majorité du capital doit être détenu directement, ou, depuis la loi du 31 mars 2003, indirectement, par l'Etat. La loi de 1997 a transféré le réseau ferroviaire à un nouvel établissement public, Réseau Ferré de France, mais celui-ci confie la gestion, la maintenance et la gestion de la circulation sur le réseau à la SNCF ; on a ainsi voulu décharger les comptes de la SNCF des charges d'infrastructures mais l'unité d'exploitation du réseau et des services de transport est largement maintenue. EDF conserve son statut d'établissement public industriel et commercial ; la séparation du réseau de transport est assurée par des dispositions législatives relatives à son organisation au sein de l'entreprise publique, sous le nom de RTE (Réseau de Transport d'électricité). Même dans le domaine de l'audiovisuel, la loi du 1^{er} août 2000 réalise une concentration du secteur public de l'audiovisuel en remplaçant trois sociétés nationales de programme par une société holding (France Télévision), qui fixe les orientations stratégiques du groupe, lesquelles sont mises en œuvre par trois filiales dont le capital est détenu à 100% par France Télévision ; le président de celle-ci préside également les conseils d'administration des filiales et lui seul est nommé par le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Toutefois, il apparaît de plus en plus nettement que les stratégies industrielles des entreprises publiques s'éloignent des conceptions exprimées dans les lois que l'on vient de citer. Sous la pression du marché et de leurs concurrents, France Télécom et EDF s'éloignent de leur vocation de service public national. L'expansion internationale paraît être la compensation indispensable à l'ouverture du marché national à la concurrence, mais les stratégies de conquêtes de parts de marché dans les pays voisins, ou hors d'Europe, obéissent à des considérations purement commerciales et financières ; elles impliquent en outre des engagements financiers dont la charge pèse sur les comptes de l'entreprise quelle que soit la définition donnée du service public par la loi. Comme on le sait, le droit communautaire tend à substituer à la notion de service public comme activité définie par son objet et sa finalité, celle d'obligations de service public, ce qui est plus restrictif. On sait aussi que la question de savoir si le financement des obligations de service public est assimilable ou non à des aides d'Etat est toujours en débat devant la Cour, malgré l'arrêt *Ferring*. Ces facteurs se combinent pour réduire progressivement la part du service public dans le volume d'activité de l'entreprise. Cette évolution est achevée pour France Télécom ; elle n'en est encore qu'à ses débuts pour EDF et GDF, mais elle paraît inéluctable ; pour la SNCF elle sera facilitée par la régionalisation des services régionaux de transports ferroviaires de voyageurs. Seule l'évolution de l'audiovisuel paraît pour le moment orientée en sens

contraire, comme en témoigne l'accueil de la direction de France Télévision au rapport de Catherine Clément sur la culture et la télévision⁵⁷⁸, qui préconise le renforcement du service public et rejette l'option de la privatisation, mais il serait prématuré d'y voir un tournant (aucune décision politique n'a encore été prise et les attermolements qui bloquent le lancement du numérique terrestre depuis l'été 2002 continuent).

La seconde tendance est celle de l'élargissement du domaine des services publics locaux, non pas du fait des transferts de compétences liés à la politique de décentralisation, mais de l'ouverture à la concurrence des secteurs des services publics de nature industrielle et commerciale.

Là encore, toutefois, l'audiovisuel fait exception. Alors qu'après la réforme de l'audiovisuel réalisé par la loi du 30 juillet 1982, la décentralisation du service public était un objectif politique concrétisé par l'affirmation de la vocation régionale de l'une des chaînes nationales, le succès des programmes régionaux est très faible et ils sont aujourd'hui marginalisés. La loi maintient que la société France 3 a vocation à concevoir et programmer et émissions à vocation régionale et locale, qui peuvent être diffusées seulement sur une partie du territoire, mais cela ne dépasse guère les informations régionales quotidiennes. De plus, les régions elles-mêmes se sont peu intéressées à l'audiovisuel, sans doute parce que l'intérêt du public était lui-même limité. La société privée TF 1 a tenté de créer une télévision régionale en Bretagne, de ton très régionaliste, mais son audience reste également limitée.

En revanche les régions sont devenues à partir de 2001 les autorités organisatrices des services régionaux de transports ferroviaires de voyageurs, en application de la loi du 13 décembre 2000. La SNCF en est l'opérateur sur la base de conventions passées avec la région, qui déterminent les dessertes, les cadences et les financements. Les régions participent aussi au financement du matériel roulant pour l'amélioration de la qualité du service. Cette réforme est le résultat d'un processus engagé par la loi du 4 février 1995 relative à l'aménagement du territoire, et d'une expérimentation organisée par la loi dans plusieurs régions volontaires. La régionalisation n'a été généralisée qu'après qu'un compromis politique ait été trouvé sur le montant des transferts financiers de l'Etat aux régions pour financer ces charges nouvelles. La réforme a permis une meilleure adaptation des services à la demande et à l'organisation des bassins d'emploi, mais elle se traduit par un report du financement de ces services (c'est-à-dire de leur déficit d'exploitation) sur les régions, tandis que l'exploitation et le développement du réseau TGV occupent une place croissante dans l'activité de l'entreprise, et constituent le segment le plus rentable.

Le domaine des télécommunications est de même exemplaire de cette évolution. Alors que France Télécom est investie par la loi du service universel sur l'ensemble du territoire national⁵⁷⁹ et doit fournir tous les « services obligatoires » définis par la loi qui entrent, avec le service universel, dans la définition du service public, l'enjeu économique porte sur les services à haute valeur ajoutée qui ne font partie ni du service universel, ni même des services obligatoires : extension de la couverture du territoire par les réseaux de téléphone mobile, réseaux à haut débit, de plus en plus considérés aujourd'hui par les collectivités locales comme la condition minimale de la compétitivité de leur territoire. Or, le téléphone mobile est tributaire des réseaux des différents opérateurs, ce qui alourdit pour chacun d'eux le coût du développement dans les zones de faible densité, et le haut débit est tributaire du développement du réseau fixe de France Télécom, mais l'entreprise privilégie les zones denses. Cette situation a conduit de nombreuses collectivités à vouloir se doter elles-mêmes d'un réseau permettant d'accueillir les nouveaux services. Après l'opposition marquée par le juge administratif, la loi du 25 juin 1999 a ouvert la possibilité aux collectivités territoriales ou à leurs établissements publics de coopération dotés de cette compétence de créer des infrastructures destinées à supporter des réseaux de télécommunications, sans pouvoir cependant exploiter ce réseau, et sous des conditions restrictives qui ont été levées par la loi du 17 juillet 2001. La mise à disposition d'opérateurs de ces infrastructures doit garantir la couverture des coûts, mais la loi n'impose plus une

⁵⁷⁸ *Le Monde* du 11 décembre 2002 en publie de larges extraits, pages 30 et 31.

⁵⁷⁹ Il ne s'agit pas d'un monopole : tout opérateur peut être chargé de fournir le service universel, à condition de le fournir sur l'ensemble du territoire national (Codes des Postes et des Télécommunications : art.L.35-2.I et L.35-5. Mais France Télécom n'a pas de concurrent sur ce terrain, les nouveaux entrants préférant se concentrer sur les services ou les liaisons à haute valeur ajoutée.

durée maximum d'amortissement⁵⁸⁰. Une nouvelle modification de ce régime est actuellement en préparation pour permettre aux collectivités locales d'être l'opérateur du réseau en vue de le mettre à la disposition d'opérateurs de services ouverts au public.

Une évolution comparable pourrait se produire dans les domaines de l'électricité et du gaz, dans la perspective de l'ouverture complète à la concurrence pour les consommateurs résidentiels, au 1^{er} janvier 2007, comme le prévoit le projet de nouvelle directive sur le marché de l'électricité, qui devrait être publiée au cours de l'été 2003. On ne donnera que l'exemple de l'électricité, qui est le cas le plus mûr pour le moment. Le rôle des collectivités locales dans l'organisation du service public de l'électricité se résume aujourd'hui à trois fonctions (voir CGCT : art. L.2224-31 à 34): 1) la distribution d'électricité, dont les syndicats de communes compétents, plus rarement des collectivités isolées, sont autorités concédantes, 2) la production décentralisée d'électricité, dans un objectif de service public et dans les limites fixées par la loi et qui ont été un peu élargies par les lois récentes, mais qui reste mineure ; 3) les actions en faveur de la maîtrise de la demande d'électricité des consommateurs desservis en basse tension (isolation, régulation thermique des logements...). Alors que le projet de directive affectera peu ces fonctions traditionnelles, et permettra à l'Etat de désigner un seul gestionnaire du réseau de distribution, les collectivités locales s'inquiètent déjà du rôle qu'elles pourraient jouer à l'égard des clients résidentiels. Peu tentées par l'activité de grossiste, que la directive permettrait de leur ouvrir, car une telle activité devrait s'exercer dans des conditions concurrentielles et comporterait une prise de risque, directe ou indirecte, elles cherchent plutôt à jouer un rôle en faveur du consommateur résidentiel, en pesant sur les fournisseurs d'électricité⁵⁸¹. En outre, la délimitation entre la distribution (définie dans le projet de directive comme « le transport d'électricité sur des réseaux à moyenne et à basse tension mais ne comprenant pas la fourniture » : art.2, point 7) et la fourniture (« la vente d'électricité à des clients » : point 21) n'est pas claire, et une conception extensive de la distribution accroîtrait le rôle des collectivités locales.

II. Les règles de fond

De manière générale, on peut affirmer qu'au cours des dernières années l'évolution des règles de fond applicables aux services publics s'est orientée dans deux directions : l'élargissement, d'une part, et la concrétisation d'autre part. L'élargissement concerne essentiellement les sources et les branches du droit ; il est lié à une certaine banalisation du droit des services publics, au moins en ce qui concerne les services publics de nature industrielle et commerciale, liée à la remise en cause du monopole. La concrétisation est le fait de la loi, de plus en plus précise, du juge, mais aussi des autorités de régulation, qui développent la réglementation économique et technique.

Cette évolution est liée au changement de paradigme qui s'est opéré avec l'ouverture à la concurrence. En ce sens, il convient de considérer que sont également des règles de fond celles qui tendent à permettre à la liberté économique de pénétrer dans les secteurs naguère soumis à un régime de monopole. Mais leur contenu concret dépend des règles de procédure, qui tendent à la fois à garantir cette liberté et à assurer la sauvegarde de l'intérêt général. En revanche le service public continue à se définir par des règles spéciales, en particulier celles qui impliquent des dérogations au droit de la concurrence ; ce sont ces règles spéciales l'ensemble des règles de fond qui s'appliquent aux services publics.

1. L'ÉLARGISSEMENT DES RÈGLES DE FOND

Parmi les règles de fond, certaines dérivent de la notion de service public et les lois récentes en actualisent en effet les règles traditionnelles. D'autres, en revanche, reflètent les nouvelles conceptions

⁵⁸⁰ Dispositions codifiées à l'article L.1511-6 du CGCT.

⁵⁸¹ C'est ce qui ressort du colloque du 28 janvier 2003 organisé par le Syndicat intercommunal de la Périphérie de Paris pour l'Electricité et les Réseaux de Communication, avec la Fédération nationale des Collectivités concédantes et des Régies : « Le marché de l'électricité. Quels avantages les particuliers peuvent-ils attendre de l'ouverture du marché de l'électricité ? »

associées à la notion de régulation ; elles dérivent souvent du droit communautaire, repris sur ce point dans la législation française.

On relèvera tout d'abord la continuité des principes du service public, désormais repris dans les lois qui organisent ou préparent l'ouverture à la concurrence. Ainsi, l'ouverture complète du secteur des télécommunications à la concurrence est-elle précédée de l'introduction dans le Code des postes et télécommunications d'un chapitre intitulé « le service public des télécommunications » qui commence ainsi : « le service public des télécommunications est assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité » (art. L.35). La concrétisation évoquée plus haut se manifeste aussi dans les dispositions qui opérationnalisent ces principes généraux. Mais indépendamment de celles-ci, la loi précise les composantes du service public en distinguant le service universel, les services obligatoires et d'autres missions d'intérêt général. La loi prévoit également tous les quatre ans au moins un rapport remis au parlement sur l'application de ce chapitre, et ce chapitre propose s'il y a lieu d'inclure de nouveaux services dans le champ du service universel (art. L.35-7). On peut y voir une actualisation du principe d'adaptabilité, repris d'ailleurs dans la directive 2002/22 du 7 mars 2002, laquelle, toutefois, privera d'effet l'article précité, dans la mesure où, en contrepartie, elle donne une définition fermée du service universel. L'article 1^{er} de la loi du 10 février 2000 sur l'électricité reprend ces principes mais les prolonge en ajoutant que le service public de l'électricité doit être géré « dans les meilleures conditions de sécurité, de qualité, de coûts, de prix et d'efficacité économique et sociale ». En revanche, la loi du 3 janvier 2003, définit le service public du gaz naturel de manière différente, par une énumération des obligations de service public, reprises de la directive 98/30, qui peuvent être imposées aux opérateurs, mais où ne figure plus la référence au principe d'égalité. D'autres textes se réfèrent sans plus de précision aux « principes du service public » mais détaillent le contenu de celui-ci (ainsi la loi d'orientation de transports intérieurs du 30 décembre 1982, et les modifications apportées par la loi du 13 février 1997 relative à la création de Réseau Ferré de France). Cela dit, l'expérience a montré que l'intensité du service public n'est pas toujours proportionnelle à l'emphase de la loi ou à la longueur des énoncés qui s'y rapportent.

Le législateur français semble avoir recherché du côté des droits fondamentaux un fondement du service public qui équilibre l'ouverture à la concurrence. C'est évident dans la législation relative à l'audiovisuel, qui se définit elle-même comme relative à la « liberté de communication » (loi du 30 septembre 1986 modifiée « relative à la liberté de communication »), et dont les limites possibles sont définies de manière restrictive et en fonction de sa finalité (par exemple, si la communication audiovisuelle est libre, elle peut cependant connaître certaines limitations destinées à assurer le respect du pluralisme dans l'expression des courants de pensée ou d'opinion (art.1^{er}). De manière plus surprenante mais aussi plus significative, la loi d'orientation du 30 décembre 1982 des transports intérieurs proclame un « droit au transport », dans une formulation qui anticipe sur la terminologie de la réglementation communautaire en matière de télécommunications : « La mise en œuvre progressive du droit au transport permet aux usagers de se déplacer dans des conditions raisonnables d'accès, de qualité et de prix ainsi que de coût pour la collectivité, notamment par l'utilisation d'un moyen de transport ouvert au public » (al.1^{er}). C'est également en termes de « droits » que la loi du 10 février 2000 fonde le service public de l'électricité : « Matérialisant le droit de tous à l'électricité, produit de première nécessité, le service public est géré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité, et dans les meilleures conditions de sécurité, de qualité, de coûts, de prix et d'efficacité économique, sociale et énergétique ». (art.1^{er}, al.4). Cette approche vise à renouveler le fondement de la légitimité du service public alors que l'ouverture à la concurrence tend à en remettre en cause les modes traditionnels d'organisation et de fonctionnement. Elle n'est pas reprise dans la loi du 3 janvier 2003 qui transpose la directive communautaire relative au marché du gaz, mais il est difficile de savoir s'il s'agit de l'abandon de cette conception ou du fait que le gaz n'est pas un produit aussi indispensable que l'est aujourd'hui l'électricité (qualifiée par la loi de « produit de première nécessité »). Toutefois, on doit reconnaître que l'approche du service public en termes de droits, les services publics pouvant être considérés comme la concrétisation matérielle des droits des citoyens, n'a pas encore produit des conséquences juridiques précises. En tout état de cause, elle ne saurait prévaloir contre les règles communautaires, dans la mesure où les droits proclamés, en dehors de la

liberté de communication, ne paraissent pas pouvoir être reconnus comme de nature constitutionnelle. L'approche en termes de droits ne pourrait donc progresser qu'à la condition d'être reprise par le droit communautaire. Elle trouve un écho à l'article 36 de la déclaration portant Charte européenne des droits fondamentaux, adoptée par le sommet de Nice en décembre 2001 et reprise au titre II du projet de traité relatif à la constitution européenne ; cet article garantit l'accès des citoyens européens aux services d'intérêt économique général. Mais il est pour le moment impossible de prévoir quelle pourrait en être la portée juridique.

Mais à côté des principes du service public, on trouve désormais les principes qui gouvernent l'ouverture du secteur à la concurrence. Le droit de la régulation (comme matière et non comme branche du droit), en effet, aurait notamment pour objet d'assurer l'ouverture à la concurrence tout en préservant les objectifs d'intérêt général dans des secteurs naguère sous monopole. Les règles de concurrence ont inégalement pénétré les grands services publics en France. Elles sont absentes des transports ferroviaires, bien que la SNCF se voit confier par la loi une mission de régulation, au moins pour le trafic intérieur : « la SNCF assure la cohérence d'ensemble des services ferroviaires intérieurs sur le réseau ferré national » (loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982 : art.21-2). Mais la dernière directive européenne n'a pas encore été transposée. Dans le domaine de l'audiovisuel, la liberté qu'il s'agit de protéger est la liberté de la communication audiovisuelle (loi du 30 septembre 1996 : art.1^{er}), mais cette liberté ne se réduit pas à une liberté économique ou à un droit d'accès au marché ; elle est au contraire au service du pluralisme, qui est un principe de valeur constitutionnelle. Les attributions du CSA visant à prévenir la concentration (en pourcentage de l'audience totale) des autorisations d'émettre et les prises de contrôle par le capital (seuils de déclaration, plafond de participation au capital d'une autre société) (loi du 30 septembre 1986 modifiée : art.35 à 41-3) ne visent pas à protéger la concurrence sur un marché, mais à éviter qu'un opérateur n'acquière un poids tel que sa domination menace le pluralisme. Les règles imposées par la loi sont plus sévères que celles qu'imposerait le Conseil de la concurrence en matière de concentration.

En revanche, dans les secteurs des télécommunications, de l'électricité et du gaz, les principes du marché sont désormais inscrits dans la loi, sous l'influence des directives communautaires. L'article 32-1 du Code des Postes et Télécommunications résume les trois piliers du nouveau régime : « les activités de télécommunications s'exercent librement » ; « le maintien et le développement du service public des télécommunications (...) sont garantis » ; « la fonction de régulation (...) est indépendante de l'exploitation des réseaux et de la fourniture des services (...) ». La loi du 10 février 2000 sur l'électricité et celle du 3 janvier 2003 sur le gaz (laquelle modifie de nombreux articles de la précédente) illustrent par leurs différences d'approche la rapidité de l'évolution qui s'est produite en France, même si on tient compte des différences importantes qui existent entre l'électricité et le gaz. La loi du 10 février 2000 est une transposition a minima de la directive 96/92, et un rempart pour le service public : on n'y trouve pas une seule fois le mot « concurrence », et la loi s'ouvre par la définition des principes, des objectifs et de l'organisation du service public (art.1^{er} à 5). Néanmoins, la directive a été transposée et la production est ouverte à la concurrence en direction des clients éligibles ; en fait les producteurs privés à partir d'énergies renouvelables forment un secteur très protégé et très rentable, compte tenu de l'obligation d'achat qui pèse sur EDF et du prix élevé d'achat⁵⁸². Au contraire, la loi du 3 janvier 2003, qui opère la transposition de la directive 98/30 sur le marché du gaz, s'ouvre par la proclamation suivante : « le marché français du gaz naturel est ouvert à la concurrence dans les conditions déterminées par la loi » (art.1^{er}, al.1^{er}) ; la loi fixe en premier lieu les règles qui doivent encadrer le fonctionnement du marché ; ensuite seulement, elle traite du service public du gaz naturel au titre de la fourniture, et des éléments qui forment un monopole naturel (le transport et le stockage souterrain) (titres III à V de la loi).

Alors que le service public traditionnel est régi par le droit administratif ou par le droit privé en fonction des blocs de compétence déterminés par la jurisprudence, on observe que la jurisprudence

⁵⁸² Le prix moyen du kWh est de 20 centimes d'euro ; l'électricité produite à partir d'énergies renouvelables est achetée par EDF à 58 centimes d'euro ; le taux de rentabilité de l'investissement dans les éoliennes atteint 12% par an... (source : Commission de Régulation de l'Énergie).

administrative intègre dans le bloc de légalité par rapport auquel elle contrôle les actes de l'administration et le fonctionnement des services publics le droit de la concurrence et le droit de la consommation qui relèvent traditionnellement du droit privé⁵⁸³.

Il s'agit d'une évolution profonde en ce qui concerne les règles de fond applicables aux services publics. Dans l'arrêt « Sté Million et Marais » du 3 novembre 1997, le Conseil d'Etat a contrôlé au fond la validité d'un contrat de concession de pompes funèbres par rapport à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et à l'article 86 du traité CE : le droit exclusif conféré par le contrat de concession crée bien une position dominante, mais la durée du contrat interdit d'y voir un abus de position dominante, lequel seul est illicite⁵⁸⁴. De manière plus générale, la jurisprudence administrative tend aujourd'hui à concilier le fonctionnement concurrentiel des marchés et l'exercice de leurs prérogatives par les autorités publiques, dans les différents domaines de leur intervention⁵⁸⁵.

En outre, le Conseil d'Etat a contrôlé un contrat d'abonnement au service des eaux, puis un acte réglementaire en matière tarifaire au regard des dispositions du code de la consommation. Dans l'arrêt du 11 juillet 2001 « Société des eaux du Nord »⁵⁸⁶, il annule une clause réglementaire d'un contrat comme étant constitutive d'une « clause abusive » au sens du Code de la Consommation (art. L.132-1) ; dans l'arrêt du 13 mars 2002 « Union fédérale des consommateurs ; M. Koua Poirrez »⁵⁸⁷, il apprécie la légalité d'une décision réglementaire du Syndicat des transports parisiens instituant un titre unique de transport combinant les liaisons Paris-banlieue avec la continuation du trajet en section urbaine de Paris par rapport à l'article L.122-1 du code de la consommation, qui interdit de subordonner la vente d'un produit ou d'un service à l'achat concomitant d'une autre prestation. Dans tous les cas, il appartient au juge administratif de concilier les dispositions en cause avec les exigences du service public : « le caractère abusif d'une clause s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même, mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations du contrat et, lorsque celui-ci a pour objet l'exécution d'un service public, des caractéristiques particulières de ce service ».

2. LA CONCRÉTISATION DES RÈGLES DE FOND

Dans le passé on légiférait peu sur le service public et encore moins sur son contenu. L'organisation des services publics était dans une large mesure une prérogative du pouvoir exécutif, et c'est dans les cahiers des charges qu'il fallait chercher la description plus ou moins précise de la consistance du service public. L'évolution du droit français au cours des dernières années s'est éloignée de cette tradition. Certes, les cahiers des charges conservent leur importance dans de nombreux domaines, notamment lorsque le service public donne lieu à un contrat de délégation de service public. Mais dans beaucoup d'autres domaines c'est la loi elle-même, le juge et, bien sûr, les autorités de régulation qui assument cette fonction de concrétisation des règles de fond. Cette fonction devient en effet indispensable à partir du moment où la primauté du service public, sous quelques réserves, cède à la recherche d'une conciliation entre le service public, de plus en plus défini en termes d'obligations, et la liberté économique reconnue aux agents économiques privés.

Pour opérer cette conciliation, la loi française est liée par le droit communautaire, et donc par les modalités que celui-ci impose. A cet égard, on doit distinguer entre les secteurs qui ont fait l'objet d'une réglementation communautaire spécifique et les autres ; parmi les premiers, précisément, les modalités de la conciliation à opérer peuvent varier. En effet, le droit communautaire fait appel à deux modalités différentes, qui ne se rencontrent pas dans les mêmes textes : le service universel et les obligations de service public. Tandis que les directives sur les télécommunications (en dernier lieu directive 2002/22 du 7 mars 2002) et sur les services postaux (directive 97/67 du 15 décembre 1997) instituent un service universel, les directives 96/92 (19 décembre 1996) sur l'électricité et 98 30 (22

⁵⁸³ Même si on peut le discuter au moins pour le droit de la concurrence, qui s'analyse avant tout comme une police administrative spéciale.

⁵⁸⁴ CE Sect. 3 nov. 1997 « Sté Million et Marais », *AJDA* 1997, n°12, p.1012, chron. jurisp. p.945.

⁵⁸⁵ Sans reprendre ici une jurisprudence déjà abondante, on renverra seulement au rapport 2002 du Conseil d'Etat, « Collectivités publiques et concurrence », *EDCE*, 2002, n°53, notamment pp.333 et suiv.

⁵⁸⁶ CE Sect. 11 juil. 2001 « Sté des eaux du Nord », *AJDA* 2001, n°10, p.857, chron. jurisp. p.853, note Gilles J. Guglielmi, p.893.

⁵⁸⁷ CE 13 mars 2002, « Union fédérale des consommateurs et M. Koua Poirrez », *AJDA* 2002, n°14, p.976, note Gilles J. Guglielmi, p.978.

juin 1998) sur le gaz (l'une et l'autre en cours de révision) ne font pas référence à la notion de service universel mais permettent aux Etats d'établir des obligations de service public dans certains domaines et sous certaines conditions. Bien qu'elles aient la même finalité, ces deux modalités ne sont pas équivalentes. Mais dans les deux cas, on peut affirmer que jusqu'ici la législation française a cherché à donner l'interprétation la plus large possible du service universel et des obligations de service public.

La première loi qui s'est engagée dans cette voie a été la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982. On peut l'expliquer par le fait que cette loi entendait mettre en œuvre un « droit au transport » alors que dans le secteur des transports coexistaient, et coexistent toujours, des segments de marché très atomisés et concurrentiels et des segments sous monopole public. La loi distingue ainsi le système des transports, la politique globale des transports et le service public des transports, dont elle énumère de manière précise les missions (art.5).

Cette orientation est développée davantage encore par la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications. Celle-ci définit le contenu du service universel et les principes généraux selon lesquels il doit être offert (Code des postes et télécommunications : art. L.35-1), ainsi que les conditions de son financement (art. L.35-3) ; elle définit également les services obligatoires, et les autres missions d'intérêt général qui entrent dans la composition du service public.

La concrétisation s'opère ensuite par l'intervention du ministre et de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART), laquelle partage avec le gouvernement la responsabilité d'assurer un équilibre entre l'ouverture du marché et les impératifs d'intérêt général. L'autorisation d'établir et d'exploiter un réseau ouvert au public est accordée par le ministre et elle s'accompagne d'un cahier des charges qui définit, entre autres, la zone de couverture de l'opérateur, la nature du service offert, les conditions de permanence du réseau, le respect du secret des correspondances, la référence à une norme de qualité, l'égalité de traitements des utilisateurs au regard de l'offre commerciale de l'opérateur. L'intervention de l'ART a surtout porté sur l'ouverture du marché ; néanmoins elle évalue chaque année le coût du service universel, en raison duquel les contributions des autres opérateurs sont calculées ; elle a donné aussi un avis à deux reprises sur la couverture du territoire par les réseaux de téléphonie mobile (avis 2001-423 du 2 mai et 2001-595 du 19 juin 2001). Mais c'est surtout dans la conciliation des intérêts contradictoires de l'opérateur historique et des nouveaux entrants que l'ART a poursuivi son rôle de concrétisation des règles de fond. Elle l'a fait notamment en précisant les conditions techniques de mise en place de la boucle locale, et dans l'établissement d'un mode de calcul des coûts d'interconnexion, qui soit acceptable par toutes les parties et qui en fait assez favorable à France Télécom qui supporte, il faut le rappeler, la charge de la presque totalité du réseau fixe. Le tarif d'interconnexion, qui doit suivre les « coûts moyens incrémentaux de long terme », est ainsi basé à titre principal sur le modèle de comptabilité en coûts de remplacement de France Télécom (décision 2002-1027, 5 novembre 2002).

III. L'organisation de la régulation

Il s'agit d'aborder ici la dimension institutionnelle de la régulation. Plus encore que dans les sections précédentes, il est délicat ici de poursuivre sans une définition claire de la régulation. On s'en tiendra pourtant à la démarche empirique choisie, et à un champ délimité par la tension entre services publics et concurrence, dans un contexte où le marché est devenu le cadre de référence de droit commun de toutes les activités de nature économique, mais dans lequel il se peut que la puissance publique continue de produire ou seulement de fournir des services publics directement ou par l'intermédiaire d'organismes placés sous son contrôle. L'organisation de la régulation en France peut alors être caractérisée par quatre éléments essentiels : elle est un pouvoir centralisé (1), un pouvoir partagé (2), qui donne lieu à l'institution de magistratures spécialisées, techniques et économiques, autorités administratives indépendantes avec lesquelles on tend souvent à confondre la régulation elle-même, parce qu'elles en reflètent mieux la nouveauté (3) ; en revanche, les usagers ne participent à la régulation qu'en tant que tiers ou parties (4).

1. UN POUVOIR CENTRALISÉ

En effet, la régulation apparaît comme une fonction de l'Etat. A contrario, ni les collectivités locales, ni les organismes professionnels ne paraissent détenteurs de pouvoirs de régulation. On verra les nuances qu'il convient d'apporter, pour certains organismes ou certains secteurs.

L'inscription de la régulation dans les fonctions de l'Etat n'allait pas de soi, dans la mesure où elle s'identifiait à des institutions qui se plaçaient justement en dehors des modes traditionnels d'organisation de l'Etat. Ces incertitudes ont été surmontées progressivement par la jurisprudence constitutionnelle et administrative, à propos des autorités administratives indépendantes, dont les autorités de régulation empruntent habituellement la forme. Aujourd'hui, cependant, la conception qui s'est affirmée pourrait être remise en cause par la nouvelle autorité des marchés financiers appelée à se substituer en 2004 à la Commission des opérations de bourse et au Conseil des marchés financiers.

Le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de ces institutions, en dépit de l'article 20 de la constitution, selon lequel « le Gouvernement dispose de l'administration... », mais il leur a fixé un cadre qui les rattache à la fonction administrative de l'Etat⁵⁸⁸. Il n'a qu'exceptionnellement donné aux organismes en cause la qualification d'autorité administrative indépendante dans le silence de la loi, comme dans le cas, tout à fait significatif, du Conseil supérieur de l'audiovisuel, que la loi qualifiait seulement d'« autorité indépendante » (CC n°88-248 DC, 17 janvier 1989, cons. 27) ; en revanche, il en a toujours souligné la nature administrative. Tel est le cas en particulier pour le Conseil de la concurrence, qualifié d'« organisme administratif » (CC n°86-224 DC, 23 janvier 1987, cons. 17), ou l'Autorité de régulation des télécommunications, dont le Conseil constitutionnel qualifie la nature en fonction des dispositions qu'il examine (n°96-378 DC, 23 juillet 1996) : autorité administrative « indépendante » à propos du pouvoir de sanction (cons. 14), « autorité de régulation » pour souligner le domaine restreint du pouvoir ainsi conféré (cons. 16) mais seulement « autorité administrative » pour qualifier ses décisions d'« exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique » (cons. 21). Dans une décision antérieure, à propos de l'ancienne Commission nationale de la communication audiovisuelle, il avait étendu la responsabilité du gouvernement devant le parlement pour l'activité des administrations de l'Etat aux autorités administratives indépendantes, dont il pourrait à ce titre déférer au juge administratif des décisions qu'il estimerait illégales (n°86-217 DC, 18 septembre 1986, cons. 23). Même si on doit reconnaître un certain nominalisme dans ce dernier énoncé, qui ne s'est matérialisé dans aucun recours de la part du gouvernement ou du ministre compétent, on verra plus loin qu'il est mieux soutenu par la façon dont le législateur tend à préserver les responsabilités du gouvernement dans le partage de la fonction de régulation entre les autorités administratives indépendantes et les autorités gouvernementales.

En outre, les autorités administratives indépendantes n'ont pas la personnalité morale. Leurs actes sont imputables à l'Etat et ils peuvent engager sa responsabilité. Le Conseil d'Etat a très vite traité les autorités administratives indépendantes comme des autorités administratives de l'Etat sur le plan contentieux, aussi bien en matière d'excès de pouvoir qu'en matière de responsabilité. Dans le premier cas, cela conduit le Conseil d'Etat à reconnaître sa compétence comme juge administratif en premier et dernier ressort, dans la mesure où la loi n'en dispose pas autrement, sur la base des règles de répartition des compétences au sein de la juridiction administrative, qui donnent ainsi compétence au Conseil d'Etat pour les recours dirigés contre les actes des organismes collégiaux à compétence nationale⁵⁸⁹. Le Conseil d'Etat a déjà reconnu la responsabilité de l'Etat du fait d'une autorité administrative indépendante : ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il reconnu dans une affaire récente la faute

⁵⁸⁸ Cf notamment C. Teitgen-Colly, « Les instances de régulation et la constitution », *RDP* 1990, n°1, pp.153-259. L'auteur désigne ainsi en fait les autorités administratives indépendantes, mais préfère cette expression car elle en prend pas partie sur leur nature juridique ; la notion de régulation, que l'auteur ne définissait pas, prenait donc un sens descriptif plutôt que juridique.

⁵⁸⁹ Code de la justice administrative, art. R.311-1, 4°. Appl. à la Commission nationale informatique et libertés : CE 28 juillet 2000, « Troyon » ; appl. récente : CE 18 décembre 2002, « Association Promouvoir », à propos du recours contre le refus implicite du Conseil supérieur de l'audiovisuel d'adresser certaines recommandations aux éditeurs et distributeurs de services de communication audiovisuelle, *AJDA* 14 avril 2003, n°14, p.745, note F. Julien-Laferrière. A l'inverse les conseils d'administration des établissements publics nationaux ne sont pas considérés comme des organes collégiaux à compétence nationale (CE 13 mai 1996, « Fédération nationale de la Mutualité française », à propos de la Caisse nationale d'Assurance maladie).

lourde de la Commission bancaire, autorité administrative indépendante chargée de veiller au respect par les établissements de crédit des dispositions qui leur sont applicables, et mis à la charge de l'Etat 10% du dommage estimé, qui était d'origine frauduleuse⁵⁹⁰.

Ces observations justifient la conclusion du rapport du Conseil d'Etat sur la place des autorités administratives indépendantes : « Pour être appelées à prendre une certaine distance par rapport au Gouvernement, elles n'en sont pas moins une partie inhérente de l'Etat, dont elles ne constituent dès lors pas un démembrement... »⁵⁹¹.

Toutefois, une ambiguïté caractérise le statut du Conseil des marchés financiers, chargé de veiller au respect de leurs obligations professionnelles par les prestataires de service d'investissement et autres entreprises intervenant sur le marché des instruments financiers. Il a été créé par la loi n°96-597 du 2 juillet 1996, qui le qualifie d' « autorité professionnelle dotée de la personnalité morale » (Code monétaire et financier : art. L.622-1). La Cour d'appel de Paris y voit un « organisme privé »⁵⁹² tandis que le Conseil d'Etat y reconnaît un « organisme administratif »⁵⁹³. Or un projet de loi en voie d'adoption prévoit de fusionner la Commission des opérations de bourse et le Conseil des marchés financiers, pour créer une Autorité des marchés financiers. Celle-ci est qualifiée dans le projet de loi d' « autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale ». Les deux organismes fusionnés sont de nature assez différente : alors que la COB est clairement une autorité administrative indépendante, le Conseil des marchés financiers est par sa composition comme par ses missions un organisme de nature corporative. La définition de l'Autorité des marchés financiers est ainsi le résultat d'un compromis⁵⁹⁴. Mais celui-ci affecte le sens même de la régulation, dans la mesure où le projet de loi ne permet pas de discerner quelle sera la logique de son action, celle de la police ou celle de la discipline professionnelle.

En effet, le champ de la régulation s'est organisé jusqu'ici en dehors de l'organisation professionnelle et en dehors des collectivités locales. Ceci se vérifie particulièrement dans le domaine des polices de la concurrence et dans les secteurs économiques à obligation de service public ; en ce qui concerne les intérêts professionnels, la seule exception était le Conseil des marchés financiers. Comme on le verra un peu plus loin, l'organisation de la régulation telle qu'elle apparaît dans la composition des instances spécifiquement chargées de fonctions de régulation et désignées comme telles doit être distinguée des formes classiques de représentation des intérêts auprès de la puissance publique, ou de délégation de missions de service public ou de prérogatives de puissance publique à des organismes représentatifs des intérêts concernés et qui, quelle qu'en soit l'infinie diversité, ont été depuis longtemps analysés, notamment par la science politique, comme des manifestations de corporatisme ou de néo-corporatisme, dont l'une des fonctions, reconnue ou non, est d'établir un monopole plus ou moins partagé et de réduire ou éliminer la concurrence⁵⁹⁵. Pour illustrer cette différence fondamentale d'approche, on pourrait comparer en France le Conseil supérieur de l'audiovisuel et le Centre national de la Cinématographie. Alors que le premier est une autorité administrative indépendante dont le statut tend à garantir l'indépendance de ses membres vis-à-vis des intérêts professionnels concernés, le Centre National de la Cinématographie s'appuie dans certaines de ses missions essentielles sur les milieux professionnels. Créé en 1946, il a pour mission le soutien à l'économie du cinéma, de l'audiovisuel et du multimédia, la promotion du cinéma et de l'audiovisuel et leur diffusion auprès de tous les publics, ainsi que la protection et la sauvegarde du patrimoine cinématographique ; aujourd'hui, le soutien financier à l'industrie cinématographique est régi par un décret n°99-130 du 24 février 1999. En particulier le directeur général du CNC attribue les aides à l'investissement et à la production sur la base des avis de la commission d'agrément. Celle-ci est composée de représentants

⁵⁹⁰ CE Ass. 30 novembre 2001, « Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ M. ou Mme Kechichian et autres », *Les Petites Affiches*, 8 novembre 2002, n°224, p.11, note A. Bourrel.

⁵⁹¹ Conseil d'Etat, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », p.298 dans : « Rapport public 2001 », *EDCE*, n°52.

⁵⁹² CA Paris 11 juin 1997 « Géniteau c/ Lagardère et Filipacchi », *Revue de droit bancaire et de bourse*, p.167.

⁵⁹³ CE Ass. 3 décembre 1999, « Didier », rec. p.399.

⁵⁹⁴ A ce sujet : F. Melleray, « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public », *AJDA*, 14 avril 2003, n°14, notamment p.715.

⁵⁹⁵ Selon Alan Cawson, le néo-corporatisme combine la monopolisation de la représentation des intérêts organisés, la participation à la décision la participation à la mise en œuvre. Il repose sur la capacité d'organisation à monopoliser la représentation d'intérêts déterminés, ce qui peut être plus ou moins influencé par le pouvoir de reconnaissance de l'autorité publique (*Organized interest and the state. Studies on meso-corporatism*, Sage, Londres, 1985, pp.12 et suiv.

limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission » et dans le respect de principes et des réserves qu'il a lui-même émis (CC n°88-248, 17 janvier 1989 : « CSA »), et notamment : le respect des droits de la défense, l'obligation de motiver, proportionnalité de la sanction au manquement sanctionné, existence de voies de recours établies par la loi ; ainsi que l'obligation de dispositions qui assurent la sauvegarde des droits et libertés, l'interdiction d'infliger par voie de sanction administrative des peines privatives de liberté et l'interdiction de se porter partie civile devant le juge pénal contre un prévenu qu'elle a déjà frappé d'une sanction administrative (CC 89-260 précité).

Le Conseil constitutionnel a ainsi encadré les pouvoirs pouvant être dévolus à des autorités indépendantes de telle sorte que lorsqu'elles concourent à la régulation elle ne peuvent le faire que de concert avec l'autorité politique et avec l'autorité judiciaire, l'une et l'autre dans le cadre de ses attributions constitutionnelles sur la base de la loi. On pourrait il est vrai soutenir, à l'inverse, que le Conseil constitutionnel aurait ainsi voulu donné une portée juridique étroite à la notion de régulation. Mais le Conseil n'emploie jamais cette notion à son compte dans les motifs de ses décisions. On ne peut donc lui imputer aucune doctrine juridique de la régulation, si ce n'est peut-être celle de ne pas y reconnaître une notion juridique. La seule exception est la décision précitée de 1989 dans laquelle le Conseil constitutionnel qualifie le CSA d'« organe de régulation de l'audiovisuel » (cons. 3), mais il ne faut sans doute y voir qu'une périphrase, car, un peu plus loin (cons. 27), c'est à la notion d'autorité administrative indépendante qu'il réfère les règles dont il vérifie le respect dans les dispositions législatives qui lui sont soumises. En outre, on observera que le partage avec l'autorité politique est plus significatif, tandis qu'en pratique si le pouvoir de sanction joue le rôle majeur pour assurer le respect de la loi et des obligations imposées aux sujets économiques la part de l'autorité judiciaire se trouve marginalisée, en étant réduite aux hypothèses d'infractions pénales qui auront moins souvent l'occasion d'être constatées.

L'analyse de la législation corrobore ces observations, et le partage du pouvoir va au-delà de la sauvegarde du pouvoir réglementaire gouvernemental établi par la Constitution.

Enfin, dans la mesure où les juges, administratifs ou judiciaires selon les cas sont saisis de recours contre des décisions des autorités indépendantes de régulation et sont conduits à en contrôler les motifs, on peut considérer que les juges participent, dans cette mesure à la fonction de régulation.

3. UNE MAGISTRATURE TECHNIQUE ET ECONOMIQUE

La loi assure l'indépendance des membres des autorités de régulation par :

- la source de la nomination: les plus hautes autorités de l'Etat
- le caractère non révocable et non renouvelable du mandat
- un régime strict d'incompatibilités
- un traitement élevé : les deux niveaux les plus élevés des traitements hors échelle de la fonction publique de l'Etat.

Du point de vue juridique, ce sont en réalité des caractéristiques de la composition et du régime juridique applicables aux membres des autorités administratives indépendantes. Elles sont présentes dans les lois qui organisent des autorités administratives indépendantes dont les missions ne se rapportent en rien à la fonction de régulation telle qu'on l'a analysée. On peut en déduire que, sur le plan institutionnel, la notion couramment utilisée d'autorité de régulation n'a aucune consistance juridique. Elle en a d'autant moins qu'on ne peut la dénier à des institutions, à raison de leurs missions, qui ne sont en rien assimilables à une autorité administrative indépendante, comme la direction générale de l'aviation civile, dotée d'un budget annexe alimenté par des redevances acquittées par les compagnies de transport aérien, qui accorde les licences d'exploitation et passe les conventions relatives à des lignes correspondant à des obligations de service public.

Quoi qu'il en soit, la plupart des membres des collèges sont pris parmi les économistes et les ingénieurs, ou encore, comme pour la plupart des membres du CSA, ils sont nommés parmi les professionnels ; il y a un membre de la Cour des Comptes à l'ART, mais c'est le hasard, car il s'agit

d'un parlementaire. On ne retrouve des juristes, habituellement issus du Conseil d'Etat, qu'au niveau de la fonction de directeur général, ou encore à la tête du service juridique. La crise du CSA en 2001 a montré que la garantie de l'indépendance par rapport aux intérêts professionnels est parfois mise en doute en raison des liens d'intérêt qu'ils peuvent avoir conservés.

4. LES USAGERS, TIERS OU PARTIES ?

La place des usagers, même requalifiés en clients, est relativement faible dans le droit français. Il existe de associations nationales de consommateurs, depuis longtemps soutenus et financés en partie par le ministère des finances, dont le rôle est d'informer les consommateurs, certaines associations sectorielles, comme l'association des usagers des télécommunications, qui est en fait surtout un lobby représentatif des intérêts des entreprises. Mais les autorités de régulation ne comprennent aucun représentant des consommateurs

On ne trouve une représentation des usagers (les clients) que dans des conseils consultatifs ou des observatoires : par exemple le conseil supérieur de l'électricité et du gaz, l'observatoire et les observatoires régionaux du service public de l'électricité. Il existe de même une commission supérieure du service public des postes et des télécommunications. Dans les deux cas, les associations d'usagers ou de consommateurs peuvent saisir le régulateur de manquements ses obligations d'un opérateur ; pour les télécommunications, une association de consommateurs peut saisir l'Autorité d'un différend entre opérateurs qui est de nature à affecter les intérêts qu'elle représente (Code des P et T) ; en cas d'échec de la médiation l'affaire est portée par l'ART devant le Conseil de la concurrence.

Le droit opère donc ici également une distinction mettre entre la régulation et la représentation des intérêts, et sous cet angle, les associations représentent des intérêts comme les autres. La représentation des intérêts s'adresse au politique, tandis que l'autorité de régulation s'efforce de représenter vis-à-vis de l'autorité politique une position moyenne et équilibrée fondée sur des arguments qui se veulent techniques ou scientifiques.

DROIT DE LA RÉGULATION, SERVICE PUBLIC ET INTÉGRATION RÉGIONALE : LE CAS DE LA GRÈCE

Georges DELLIS,

Maître de conférences à la Faculté de Droit d'Athènes

I. Introduction : la métamorphose du service public par la régulation « moderne »

A. *Service public et administration régulatrice: évolution historique du système administratif hellénique*

a) *Service public–service d'utilité commune–administration régulatrice*

1. Conformément à la définition de la théorie dominante, service public au sens fonctionnel du terme est « l'action de l'autorité publique ou du concessionnaire qui consiste à la fourniture de biens ou de services aux administrés pour la satisfaction de certains besoins fondamentaux »⁵⁹⁸. Le service public est une notion proche de l'intérêt public : l'intervention étatique consiste à assurer que le service en question sera offert à ses destinataires de manière conforme à l'intérêt général⁵⁹⁹.

2. Néanmoins, l'approche traditionnelle du service public s'est avérée incomplète et a provoqué une série de malentendus. Si on étend à l'extrême le critère téléologique de la nature du besoin satisfait par sa prestation, on pourrait soutenir que même les boulangeries exercent une activité de « service public », puisque la production et la commercialisation du pain sont étroitement liées avec la satisfaction d'un besoin des plus fondamentaux. Il convient de reconnaître que le droit public hellénique n'a pas eu à faire face à ce genre de casse-tête. La raison est simple ; outre les querelles doctrinales, le système administratif hellénique fut extrêmement étatisé, sinon au début, au moins après la deuxième guerre mondiale. La fourniture de services d'intérêt public était étroitement organisée et contrôlée par les pouvoirs publics. Même quand le service n'est plus pris en charge directement par l'Etat, l'entreprise publique ou le concessionnaire⁶⁰⁰ désignés par celui-là agissaient en dehors de l'économie du marché.

3. *Une approche monopolistique était donc inhérente à la conception dominante du service public.* A part l'aspect fonctionnel de la satisfaction d'un besoin fondamental, le service public comporte également des aspects organique, politique, économique et institutionnel⁶⁰¹. La raison pour laquelle la prestation d'un service devait être envisagée dans un contexte de droit public en dehors des règles de la libre concurrence n'est autre que l'incapacité de l'économie du marché d'assurer sa fourniture dans les conditions requises par l'intérêt général. Si les formes d'organisation ont évolué –on a passé des ministères à des services décentralisés, à des personnes morales de droit public, enfin à des entreprises publiques qui sont récemment en cours de privatisation, sans oublier les concessionnaires privés— l'idée sous-jacente restait la même : quand le législateur qualifie une activité comme étant de « service public », il va de soi que celle-là est exercée dans un environnement extrait du jeu de la libre concurrence.

⁵⁹⁸ E. SPILIOPOULOS, *Précis de droit administratif*, 11^{ème} éd., Athènes, Sakkoulas, 2002, n. 20 ; *Droit administratif hellénique*, LGDJ, 1991 ; P. DAGTOGLOU, *Constitutional and Administrative Law*, in K. KERAMEUS/ P. KOZYRIS *Introduction to Greek Law*, 2nd éd. 1993.23 ; T. PANAGOPOULOS, Griechenland, in *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa*, Heyen Verlag, 1982.81 ; M. POULITSAS, L'influence de l'institution du Conseil d'Etat français sur le Conseil d'Etat Hellénique, in *Le Conseil d'Etat, livre Jubilaire*, Paris, 1952.539.

⁵⁹⁹ Une autre partie de la doctrine, plus proche celle-là de la culture germanique, ne fait pas recours à la notion de service public mais à celle de l'administration fournisseuse de biens ou de services (Etat-providence, Leistungsverwaltung, Welfarestate), V. P. DAGTOGLOU, *Droit administratif général*, 5^{ème} éd., Athènes, Sakkoulas, 2004, n. 24.

⁶⁰⁰ S. FLOGAITIS, *Les contrats administratifs*, London, Esperia Publications Ltd., 1998, p. 87 et s.

⁶⁰¹ En ce sens, S. FLOGAITIS, *Droit administratif*, éd. A. Sakkoulas, 2004.35, qui commence par la définition organique du service public (« un ensemble structuré d'organes et de moyens qui sont mis à la poursuite d'un objectif public ») avant de donner la définition fonctionnelle (« le but spécifique qui constitue la raison d'être du service public au sens organique »).

4. Néanmoins, il serait faux d'organiser toute activité qui intéresse la société comme un service public ; une telle approche serait contraire aux fondements libéraux de l'ordre juridique hellénique et aboutirait à l'étatisation de l'ensemble presque de la vie économique et sociale. Mais il serait également erroné d'extraire les activités qui ne sont pas structurées comme des services publics de l'intervention étatique. Ces deux tendances contradictoires ont contribué à la création d'une catégorie hermaphrodite en droit administratif hellénique, les « *services d'utilité commune* ». Cette notion inclut l'ensemble des services qui ont un caractère vital pour la société, indépendamment de la forme d'organisation (privée ou publique) et du nombre de leurs prestataires⁶⁰². Un service d'utilité publique peut être entièrement fourni par le privé mais en même temps soumis à un régime spécial de droit public. Toutefois, mettre l'accent sur l'aspect purement fonctionnel de l' « utilité publique » n'est pas à l'abri d'ambiguïtés voire de contradictions. Si on inclut l'électricité pourquoi ne pas ajouter les pharmacies ? Par ailleurs, si la téléphonie était traditionnellement considérée comme un service public d'utilité commune, doit-on désormais accorder certains privilèges traditionnellement reconnus en faveur des « entreprises d'utilité commune » à tout opérateur de téléphonie fixe ou portable⁶⁰³ ? Enfin, si l'éducation publique et les hôpitaux de l'Etat sont des services publics, devrait-on considérer les écoles privées et les médecins exerçant en privé comme des prestataires de services d'utilité commune ou même comme des *quasi*-concessionnaires de services publics ?

5. Pour se libérer de ces impasses terminologiques, il convient de parler en droit grec d'une autre forme d'interventionnisme étatique, autre que l'organisation d'un service public ; celle de la *régulation publique* d'une activité dans le but d'assurer que celle-ci soit exercée en harmonie avec l'intérêt général. La traduction du terme « régulation » en Grec est « *ρύθμιση* » (rythmisi). Ce mot provient du mot « *ρυθμός* » (rythmos) duquel provient le mot « rythme » en français. Ainsi, pour le droit hellénique, l'administration régulatrice est celle qui « donne le rythme » à une activité, approche qui n'est pas sans raison. La doctrine administrative hellénique a d'abord repéré la fonction régulatrice de l'administration dans un contexte par excellence économique⁶⁰⁴. Cette fonction n'a pas le rôle « *ni du gendarme, ni du prestataire* » mais un caractère « *programmatique et directeur* »⁶⁰⁵ et privilégie des formes et des structures d'intervention autres que l'imposition unilatérale des normes de droit public⁶⁰⁶. Dans son acception théorique traditionnelle, cette fonction administrative était axée exclusivement vers le secteur privé et s'identifiait avec le pouvoir inhérent à tout Etat souverain de diriger et superviser son économie sans pour autant renverser ses fondements libéraux. Mais il n'est pas sans valeur de remarquer qu'une grande partie des activités privées sous régulation concernait la fourniture de biens ou de services d' « utilité commune » ou « d'importance générale ».

6. Par conséquent, on pourrait séparer en deux catégories les activités humaines dont l'exercice a une utilité ou une importance plus marquée pour la société. D'une part, les activités *organisées et contrôlées strictement* par l'Etat en dehors de la logique du marché libre, sous la forme de *services publics stricto sensu*, c'est à dire au sens institutionnel et non pas simplement fonctionnel du terme. D'autre part, les activités privées ou semi privées, soumises à une *régulation publique*. Ces deux mondes ont tendance à se rencontrer et à se confondre tant que le droit public évolue.

b) Nationalisation – privatisation

7. De toute manière, le droit administratif hellénique est habitué à ce genre de confusions ou d'enchevêtrements de modèles ; il suffit de regarder la distinction entre *secteur public* et *secteur privé* surtout après le rétablissement de la démocratie en 1974⁶⁰⁷. Au début de cette période, la Grèce a connu une vague de nationalisations. L'article 106 de la Constitution Hellénique (CH) de 1975 permet le rachat obligatoire d'entreprises qui ont un caractère monopolistique, qui sont importantes pour

⁶⁰² En ce sens CEH 3244/1989, qui accorde la qualification « d'entreprises d'utilité publique » aux compagnies aériennes étrangères, privées ou publiques, qui opèrent en Grèce. V. également la définition donnée par l' art. 19.2 de la loi 1264/1982.

⁶⁰³ Par exemple, conformément à la législation en vigueur, les entreprises d'utilité commune sont exemptées de la taxe spéciale sur les annonces publicitaires (art. 2, L. 1344/1073)

⁶⁰⁴ I TZEVELEKAKIS, *La planification étatique du point de vue du droit public*, 1974, I. ANASTOPOULOS, *Les aides publiques de l'économie*, Athènes, Sakkoulas, 1982, p. 95.

⁶⁰⁵ P. DAGTOGLOU, *op.cit.*, n. 32.

⁶⁰⁶ S. FLOGAITIS, *Aspects contemporains de l'interventionnisme étatique*, Athènes, Sakkoulas 1984. Instruments de régulation économique sont les actions concertées, les subventions économiques, la planification etc.

⁶⁰⁷ I. ANASTOPOULOS, *Les personnes morales du secteur public, Dioikitiki Metarrythmisi*, 1987, p. 108, S. FLOGAITIS, *Notions fondamentales de l'organisation administrative*, Athènes, Sakkoulas 1981.

l'exploitation des richesses nationales ou qui ont comme « *but principal, la prestation des services à la communauté* ». A la fin des années 80, la mode s'est totalement inversée. La philosophie dominante devient celle du rétrécissement du secteur public et plusieurs entreprises contrôlées par l'Etat ou les collectivités locales sont transférées à des investisseurs privés. Par ailleurs, il est décidé qu'une grande partie de services publics seront transformés de personnes morales de droit public en entreprises publiques. Jusque-là rien de nouveau, puisque le phénomène des entreprises publiques est apparu en Grèce pendant les années 50⁶⁰⁸. La nouveauté consiste au fait qu'au début des années 90, certaines de ces entreprises, bien qu'elles soient toujours sous contrôle étatique très étroit⁶⁰⁹ et disposent des « *droits spéciaux ou exclusifs* » (pour reprendre l'expression de l'art. 86 CE), ont été exclues du secteur public *lato sensu* par décret présidentiel. Par cette initiative l'Etat a voulu alléger son emprise sur certaines de ces entreprises et à renforcer l'application du droit privé et des règles du marché dans leur fonctionnement. Pourtant, il s'agissait d'une *pseudo privatisation* de ces entreprises publiques, dans un double sens. D'une part, l'Etat se réservait toujours du pouvoir de contrôler de manière presque absolue le sort et le comportement de ces entités. D'autre part, le passage d'un régime purement de droit public à une forme hybride de droit privé ne veut point dire qu'on abandonne l'approche traditionnelle selon laquelle l'organisation du service se fait en dehors de la logique libérale par le biais de monopoles ou de privilèges exorbitants.

8. Le vrai processus de *privatisation* des grandes entreprises d'utilité publique commence en Grèce dans la deuxième moitié des années 90 par la vente par étapes de leurs actions à des opérateurs privés ou au grand public. Il importe de souligner que ce processus, entrepris surtout pour des raisons budgétaires afin de diminuer la dette publique, ne dispose pas de fondement constitutionnel express, lacune qui pourrait théoriquement mettre en contestation la privatisation totale ou « irréversible »⁶¹⁰ d'une entreprise qui gère un service public. De toute manière, la privatisation d'une entreprise publique ne doit pas s'identifier avec le passage de l'organisation traditionnelle du service public à la régulation moderne. Le facteur primordial, comme il ressort de l'analyse qui suit, est *le passage d'une organisation de l'activité en tant que « service public » sur la base de droits exclusifs et spéciaux, à une organisation respectant en principe les règles du marché libre*.

B. Droit public et fonctionnement du marché: la régulation « moderne » du service public

9. Il n'est guère évident que le système administratif hellénique, traditionnellement étatiste, a délibérément abandonné l'*organisation monopolistique* des services publics en faveur de leur *régulation* dans un contexte de libre concurrence. Cette évolution a été en partie imposée par l'Union Européenne⁶¹¹ dans le cadre de sa politique d'ouverture de certains marchés de services, les télécommunications et l'énergie par excellence. Un autre facteur d'évolution vers la régulation moderne fut la nécessité d'assurer un traitement public des risques dans des secteurs comme la santé publique ou la protection de l'environnement, par la « *scientification* » du travail administratif et par la mise en place d'institutions spécialisées et plus aptes à faire face à ces problèmes⁶¹². Il convient maintenant de s'interroger sur le contenu herméneutique de la régulation moderne en tant que forme d'intervention publique dans le champ des services publics. En quoi consiste l'évolution par rapport au modèle traditionnel d'organisation de ces services ? Il est utile de chercher la réponse par le biais de quatre points de référence, *le surveillant de la prestation du service, le prestataire du service, le destinataire du service et le régime applicable*

⁶⁰⁸ E. SPILIOPOULOS, *L'entreprise publique*, Athènes, 1963.

⁶⁰⁹ Majorité des actions, désignation du conseil d'administration etc. V. Loi n. 2414/1996.

⁶¹⁰ C'est à dire, le transfert d'un nombre d'actions qui prive l'Etat du contrôle de l'entreprise.

⁶¹¹ J-Y CHEROT, L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire, *LPA*, 2002.110.17 ; sur le droit grec en général, S. FLOGAÏTIS, Greek report in *Das Verwaltungsrecht unter europäischen Einfluß*, 1996.409 ; N. FRAGAKIS (ed), *National administration and community law. Implementation of the EC law by the national administration under the ECJ precedent*, 1993, S. KTISTAKI, Droit de la concurrence et service public dans le cadre de l'intégration européenne, *Elliniki Dikaiosyni*, 1995.1479, H. SYNODINOS, Libéralisation des monopoles des services d'utilité commune et droit communautaire, *Dikaio Etairion kai Epiheiriseon*, 2000.1073. EKEME, *The regulation of services for the public economic interest: The European experience and the debate in Greece*, 2004.

⁶¹² La régulation publique dans le secteur des médicaments –secteur purement privatisé et ouvert à une concurrence très poussée– est assurée par l'Organisme National des Médicaments sur la base du principe de précaution. Par ailleurs, l'intervention régulatrice de l'Etat dans les secteurs financier, bancaire et boursier (L. 1969/91, 2166/93 et 2396/96) est très proche de celle en matière de téléphonie et d'électricité malgré le fait que ceux-là constituent traditionnellement des services fournis par des opérateurs « privés ».

a) *Le surveillant- régulateur :*

10. L'Etat a toujours été le surveillant de la prestation du service public et de tout service d'intérêt commun, d'ailleurs. Du moment où la bonne fourniture du service constitue un objectif d'intérêt général, les autorités publiques ne sont pas autorisées d'abandonner le rôle du « tuteur » sauf à manquer à l'accomplissement de leur mission fondamentale. Par conséquent, l'intervention étatique ne pourrait pas être réduite à zéro même après le passage à la régulation moderne⁶¹³. Ce qui change est le *modèle institutionnel* de la surveillance étatique. L'instance publique en charge n'est plus, en principe, l'administration centrale dans sa forme classique (ministères) mais une autorité plus ou moins indépendante, détachée de la pyramide traditionnelle et extraite du contrôle administratif interne, composée par des experts qui cumulent à la fois le traitement scientifique des questions techniques concernant le secteur contrôlé et l'habileté de superviser l'ouverture du marché concerné⁶¹⁴. En d'autres termes, l'Etat, de *tuteur*, devient *régulateur* du service sous la base d'un modèle institutionnel nouveau.

b) *Le prestataire du service – le régulé :*

11. L'évolution est spectaculaire de ce point de vue. Il a été expliqué qu'après un certain moment, le grand fournisseur du service public en Grèce fut l'Etat *lato sensu* et, exceptionnellement, des personnes privées en leur qualité de concessionnaires. Point commun de cette organisation a toujours été le fait de doter le prestataire de certains droits exclusifs ou spéciaux et de ne pas appliquer sur l'activité concernée les principes de l'économie libre.

12. Au contraire, conformément à la régulation moderne, les prestataires du service ne jouissent plus de tels privilèges et opèrent dans un marché ouvert et sujet aux règles du droit de la concurrence⁶¹⁵. La régulation s'intéresse particulièrement au *processus* par lequel sera atteinte la libéralisation des secteurs jadis dominés par l'Etat-prestataire des services. On distingue entre deux phases. La première —et la plus difficile— est celle de la *libéralisation transitoire* du marché. Deux modèles ont été avancés par l'Union Européenne et transposés en Grèce. Premièrement, celui d'un marché qui s'ouvre par étapes au sein duquel on trouve d'une part l'opérateur *historique* -- le plus souvent, une ex entreprise publique qui jouissait du monopole et actuellement en milieu de privatisation— et d'autre part les nouveaux entrants qui sont des opérateurs privés. Le cas typique de ce modèle est le secteur des télécommunications⁶¹⁶. Deuxièmement, un secteur au sein duquel on distingue des différents (sous)marchés relatifs à la production, la distribution et la fourniture du service (marchés ascendants, descendants). L'infrastructure reste sous le contrôle exclusif de l'Etat mais l'accès à celle-ci est ouvert à tous les opérateurs qui prêtent le service en question afin d'assurer la concurrence entre eux. Le secteur de l'énergie est structuré sur la base de ce modèle⁶¹⁷. La deuxième phase est celle de la *libéralisation accomplie* de l'ex monopole. Le marché est désormais totalement ouvert et plusieurs opérateurs agissent sur un pied d'égalité dans un environnement de concurrence accrue. C'est le cas du marché de la radiotélévision⁶¹⁸.

c) *Le destinataire du service*

13. Les modifications considérables du cadre institutionnel quant à la prestation des services jadis « publics » affectent également la situation juridique de leurs destinataires. Ceux-ci ne sont plus traités comme des administrés dont le sort est déterminé unilatéralement par l'administration et par

⁶¹³ A l'exception de l'hypothèse —plutôt théorique— où la fourniture du service en cause n'intéresse plus l'intérêt public.

⁶¹⁴ V. infra, nos 70 et s.

⁶¹⁵ Et pour éviter un malentendu, il n'est pas nécessaire que l'Etat soit exclu du marché de la prestation du service. En revanche, il peut rester actionnaire ou même propriétaire de certaines entités prestataires à condition que ces entités ne fonctionnent plus au sein d'un environnement monopolistique ou exempté de la libre concurrence.

⁶¹⁶ V. infra n. 31.

⁶¹⁷ V. infra n. 43.

⁶¹⁸ V. infra n. 19.

l'exercice de pouvoirs exorbitants, mais comme des *clients-consommateurs* dont les droits doivent être respectés⁶¹⁹.

d) *Le régime juridique de régulation*

14. Quelles sont les conséquences réglementaires de la « révolution régulatrice » ? Schématiquement, le régime du service public régulé comporte deux volets. D'une part, un *droit du marché régulé*, c'est à dire une série de *règles concernant l'ouverture et le fonctionnement du marché concerné*⁶²⁰. Ces règles ne s'épuisent pas à l'application des principes du droit commun établissant la liberté d'entreprendre et la libre concurrence mais comportent un régime spécial qui vise à assurer le passage d'un statut monopolistique à un marché opérationnel⁶²¹. D'autre part, un *droit du service d'utilité publique*, c'est à dire une série de *règles garantissant les conditions de fourniture du service en question* afin d'assurer que celui-ci soit offert dans un mode conforme à l'intérêt public⁶²².

15. En outre, il s'avère nécessaire de formuler deux précisions quant au régime juridique issu de la régulation. En premier, il importe de souligner que la libéralisation même totale du marché correspondant à la fourniture d'un service dit « public » ne signifie pas que ce service arrête d'être important pour l'intérêt général et qu'il n'est plus soumis aux règles spécifiques du droit administratif régissant les conditions spécifiques de sa fourniture. Par ailleurs, même des activités qui, historiquement, ont toujours été exercées par le privé, --la production de médicaments ou les services financiers pour prendre les meilleurs exemples-- sont soumises à un régime spécifique de droit public du fait de l'intervention de l'administration régulatrice dans ces secteurs. En second, il ne faut pas confondre la régulation avec la *dérégulation*. La régulation est en réalité une ré-régulation d'un secteur sur la base d'autres principes et modèles. Un des objectifs de la régulation publique moderne est dans certains cas la déréglementation, afin de desserrer la prise de l'Etat sur certaines activités et de libérer le fonctionnement des opérateurs économiques privés. De ce point de vue, le *droit du marché* régissant un secteur aura tendance à se rétrécir tant le marché sera ouvert. Toutefois, il est constitutionnellement et théoriquement inconcevable que le *droit du service*, par lequel l'Etat garantit que l'activité concernée est exercée en harmonie avec l'intérêt public et la protection du consommateur, soit marginalisé, voire éradiqué du droit positif⁶²³.

16. Reste à éclaircir un dernier point fondamental. L'abandon des principes traditionnels d'organisation des services publics, bien qu'il paraisse « à la mode » et conseillé par l'Union Européenne, est-il constitutionnellement acceptable en Grèce ? Bien que la question n'a pas encore été répondue de manière expresse⁶²⁴, il semble que le Conseil d'Etat ne sera pas réticent à la métamorphose du service public par la régulation moderne tant que l'Etat gardera le contrôle *mimumum* nécessaire --en utilisant son pouvoir régulateur-- pour que le service en question soit offert dans des conditions conformes à l'intérêt général. D'ailleurs, conformément à la jurisprudence⁶²⁵, la Constitution ne s'oppose pas aux initiatives du législateur relatives au choix du mode d'organisation et du régime d'une entreprise publique, si ces initiatives visent à améliorer la fourniture des services d'utilité commune et à mieux promouvoir l'intérêt public, à condition que ces entreprises n'exercent pas de compétences inhérentes au noyau dur et à la souveraineté de l'Etat⁶²⁶. En fin de compte, le législateur reste le maître du jeu pour organiser mais aussi pour privatiser et libéraliser les services publics⁶²⁷.

⁶¹⁹ V. infra n. 65.

⁶²⁰ V. infra, n. 58.

⁶²¹ C'est le cas, par exemple des télécommunications, v. infra, nos 37 et s.

⁶²² V. infra, n. 62.

⁶²³ E. ADAMANTIDOU, *Dé-étatisation, modernisation des entreprises publiques d'utilité commune et protection des consommateurs*, *Armenopoulos*, 1998.787,

⁶²⁴ Toutefois, une partie de la doctrine même au début des années 90 considérait que l'aliénation des entreprises publiques d'utilité commune du contrôle étatique était interdite par l'art. 106.3 CH ; E. VENIZELOS, *Le régime constitutionnel des entreprises publiques*, *Le cas de l'OTE (télécommunications)*, *Elliniki Epitheorisi Ergasias* 1993.577.

⁶²⁵ Conseil d'Etat Hellénique (CEH), (Ass) 1934/1998, CEH (Ass) 1999/2000, 867/2002, E. ADAMANTIDOU, *Les limites constitutionnelles de la privatisation et de la libéralisation des services*, in Centre de droit économique international et européen, *La progression vers la Constitution Européenne et la révision de la Constitution*, Athènes-Komotini, 2002.141.

⁶²⁶ La privatisation des prisons serait inadmissible, au moins conformément à l'approche qui domine actuellement la doctrine hellénique par rapport au noyau dur de l'Etat.

⁶²⁷ S. FLOGAITIS, *L'action économique de l'état et l'évolution de l'administration publique*, *Dioikitiki Metarrythmisi*, 1981, p. 53 ; idem, *Droit administratif*, éd. A. Sakkoulas, 2004.36.

17. En guise de conclusion provisoire, on constate qu'à la suite de la régulation moderne, la notion de service public au sens classique du terme (fourniture d'un service important pour la communauté + organisation en dehors du jeu normal de la concurrence), dans plusieurs domaines semble passer en second plan. La notion clé est désormais celle du *service régulé d'utilité publique*, notion qui comporte *tout service, d'origine et de nature « publique » ou « privée », peu importe, dont le mode de prestation dans un contexte d'économie libre impose l'intervention régulatrice de la puissance publique dans le but de mieux servir l'intérêt public.*

II. Les secteurs concernés et leur évolution récente

18. L'analyse qui suit ne pourrait pas être exhaustive. Nous avons opté pour une description analytique de quatre secteurs de services qui présentent le plus grand intérêt pour la présente recherche, la radiotélévision, les télécommunications, la poste et l'énergie.

A. La radiotélévision

a) l'évolution historique de l'intervention publique dans le secteur de la radiotélévision

19. Ce secteur fut le premier et le plus difficile champ d'exercice de la régulation moderne⁶²⁸. Son originalité consiste au fait que la radiotélévision n'est pas seulement un service public au sens classique du terme, c'est à dire un service qui couvre un besoin fondamental de la communauté organisé par l'Etat ou par l'utilisation de ressources concédées par l'Etat (ondes). C'est aussi une activité dont l'exercice intéresse le bon fonctionnement des structures politiques et la sauvegarde de droits fondamentaux comme la protection de la vie privée, l'accès à l'information et la liberté d'expression. C'est la raison pour laquelle l'intervention des pouvoirs publics présente deux aspects indissociables : d'une part, celui de *réguler* une activité économique, d'autre part celui de *garantir* le respect des dispositions constitutionnelles régissant le secteur en question⁶²⁹. Le législateur qualifie la radiotélévision de « *fonction publique* »⁶³⁰, et de « *service public* »⁶³¹ au sens fonctionnel du terme.

20. Le caractère spécifique de l'activité en question ressort déjà du texte constitutionnel. Si l'article 14 CH consacre la liberté d'expression et de la presse et interdit toute forme de censure et de contrôle *a priori*, l'article 15 CH exclut de ce régime protecteur la radiotélévision et la soumet au « *contrôle direct* » de l'Etat. Après la révision constitutionnelle de 2001, le volet de l'intervention étatique sur la radiotélévision en dehors de celui appartenant au législateur, est confié à une autorité indépendante, le Conseil National de la Radiotélévision (CNR). Les objectifs d'intérêt général visés par le contrôle public sont énumérés par l'article 15.2 CH à savoir « *la transmission objective et à termes égaux d'informations et d'œuvres artistiques, la sauvegarde de la qualité des programmes qui est imposée par la mission sociale de la radiotélévision et le respect de la dignité humaine, de l'enfance et de la jeunesse* ».

21. Les étapes de l'évolution historique de l'intervention étatique dans le champ de la radiotélévision sont les suivantes :

⁶²⁸ G. KARAKOSTAS, *Le droit des médias*, ed. A. Sakkoulas, Athènes-Komotini 2003, CH. ANTHOPOULOS, L'autorégulation des moyens d'information, *To Syntagma*, 1999.435.

⁶²⁹ Dans son effort de cantonner l'emprise des chaînes privées sur la vie politique et surtout pour combattre le phénomène du trafic d'influence dans le cadre de la passation des marchés publics, le législateur a mis en place un système d'incompatibilités unique en Europe. Ce même système a été ajouté au texte constitutionnel après la dernière révision en 2001 (art. 14.9 CH). La qualité de personne ayant un lien quelconque avec un média (actionnaire à plus de 5%, membre de direction etc.) est incompatible avec la qualité de personne ayant un lien similaire avec une entreprise ayant passé un contrat public. Le contrôle de l'incompatibilité est confié au CNR et doit être effectué préalablement à la signature de tout contrat public dépassant les 250.000€ (L. 3021/2002). Tant la conformité de ces interdictions avec le droit communautaire que leur efficacité sont fort douteuses; rien ne prouve que les cas de corruption sont devenus plus rares après l'entrée en vigueur de ces règles. V. entre autres, X. KONTIADIS, La délimitation des rapports entre pouvoir politique et médias. Pluralisme et transparence dans le système de la communication selon les arts 14 et 15 de la nouvelle Constitution. *in*, D. TSATSOS, E. VENIZELOS et X. KONTIADIS, *La nouvelle Constitution*, Ed A. Sakkoulas, Athènes-Komotini, 2001.268, N. ALIVIZATOS, Constitution et « diaploki » ; apport à l'interprétation du nouveau paragraphe 9 de l'art. 14 CH, *DiMEE*, 2004.16, H. SYNODINOS, Incompatibilité entre médias et entreprises qui exécutent des contrats publics et conformité avec le droit communautaire, *DiSKE*, 1.2004.

⁶³⁰ Art. 1.1 L. 2328/1995 : les licences délivrées aux chaînes privées de télévision, « *sont attribuées pour servir l'intérêt public et leur utilisation constitue une fonction publique* ». Art 1.1 L.2644/1998 : « *la prestation de services de radio et de télévision payantes ... constitue une fonction publique...* » dans la poursuite des buts d'intérêt général prévus par l'art. 15 CH.

⁶³¹ Décret présidentiel n.234/2003.

- a. Au début, juste après la deuxième guerre mondiale, la radiotélévision fut confiée à une Fondation Nationale⁶³² opérant comme une personne morale de droit public⁶³³ et disposant d'un monopole absolu sur toute forme de transmission de programmes radiotélévisés.
- b. La loi 230/1975 a institué une « personne morale publique de droit privé » sous le nom de « Radiotélévision Hellénique » et dotée du droit exclusif d'émettre des programmes télévisés. La transmission de programmes radio constituait également un monopole de l'Etat, par un réseau de chaînes nationales et locales, toutes publiques. Après 1987⁶³⁴, les services de télévision passent à « Radiotélévision Hellénique S.A. » qui obtient le statut d'entreprise publique à caractère monopolistique.
- c. Ce régime de contrôle exclusif et absolu par l'Etat prend terme en 1989⁶³⁵. Le décret présidentiel n. 25/1988 introduit les conditions pour l'institution de chaînes locales de radio. Ensuite, la loi n. 1866/1989 met en place le Conseil National de Radiotélévision, afin d'organiser la délivrance de licences administratives pour l'établissement de chaînes privées de télévision. Aujourd'hui opèrent en Grèce près d'une dizaine de chaînes privées au niveau national --qui tiennent une part du marché d'environ 90%-- et plusieurs dizaines de chaînes locales appartenant à des opérateurs privés ou à des collectivités locales, sans oublier un opérateur de télévision payante⁶³⁶.

b) le régulateur

22. Même avant d'être transformé en autorité indépendante au sens propre du terme, le Conseil National de Radiotélévision (CNR)⁶³⁷ s'était comporté avec succès comme une telle. C'est la raison principale pour laquelle le législateur et la Constitution ont successivement valorisé son rôle et son statut. Depuis la mise en vigueur de la loi 2863/2000, le CNR devient une autorité indépendante⁶³⁸ dotée du pouvoir décisionnel sur l'ensemble des matières concernant la radiotélévision⁶³⁹ et composée par sept membres désignés conformément à l'art.101A CH et à la loi 3051/2002 sur les Autorités Indépendantes instituées par la Constitution⁶⁴⁰.

⁶³² Fondation Nationale de Radio, devenue par la suite Fondation Nationale de Radio et de Télévision.

⁶³³ CEH 638/1948.

⁶³⁴ Loi 1730/1987.

⁶³⁵ Sous la pression de facteurs externes et internes : le monopole fut devenu dérisoire en raison de la multiplication de programmes satellites captés en Grèce et de l'implantation de chaînes non publiques qui fonctionnaient illégalement mais que les autorités publiques n'avaient pas la force ou la volonté d'empêcher le fonctionnement pour des raisons politiques.

⁶³⁶ Néanmoins et malgré les apparences, si le marché de la radiotélévision semble désormais ouvert, il est loin d'être dûment régulé surtout quant à la délivrance des licences aux chaînes privées.

⁶³⁷ Le CNR fut d'abord institué sous la forme d'« organe indépendant » (art 1.1 L. 1866/1989) pour assurer la polyphonie, la liberté d'expression, la qualité et le respect de la déontologie dans le secteur. Ses neuf membres jouissaient d'une certaine indépendance tant personnelle qu'institutionnelle. Ils étaient désignés par le Ministre chargé des Médias et par les partis politiques qui composaient le Parlement de manière que la majorité gouvernementale gardait son contrôle. (Sur la conformité de ce mode d'organisation d'une autorité publique avec la Constitution, v. CEH 944/1999). Au CNR fut dès le début attribué la mission du contrôle étatique direct sur la radiotélévision (art. 3.1 L. 1866/1989). Néanmoins, le Ministre compétent se réservait le dernier mot sur les questions les plus sensibles comme la délivrance des licences administratives aux chaînes privées de télévision ou l'imposition de sanctions administratives. Les tensions dans les rapports entre le CNR et le Ministère compétent --devenu entre-temps « Ministère de la Presse et des Médias »-- ne furent pas rares. A. IKONOMOU, Les organes étatiques de tutelle des médias en tant qu'autorités administratives indépendantes, *Dikaïosyni*, 1996.1250.

⁶³⁸ Art 1.1 L. 2863/2000.

⁶³⁹ Les principales compétences du CNR (Art. 4, L. 2863/2000) sont actuellement :

- Délivrer, renouveler et révoquer les licences administratives qui sont relatives à la fourniture de services télévisés, le rôle du Ministre compétent étant considérablement limité dans ce contexte.
- Exercer le contrôle administratif sur le respect des dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires régissant la radiotélévision, tout en disposant des pouvoirs de police administrative spéciale qui sont nécessaires à cette fin
- Assurer la polyphonie politique et culturelle des médias
- Contrôler le respect de règles du droit de la concurrence dans le secteur
- Imposer les sanctions administratives prévues par la loi, le Ministre se réservant d'un simple contrôle de légalité.
- Se prononcer sur les recours de restitution pour atteinte à la personnalité et la dignité humaine conformément aux dispositions des directives 97/35/CE et 89/553/CEE

Toutefois, si on reste à la lettre de la loi, il n'est pas évident que le CNR dispose d'un pouvoir d'édicter des actes réglementaires, à l'exception des règlements établissant les règles de déontologie qui gouvernent le secteur (Art. 3.2, L. 1866/1989. Règlements 1,2,3 et 4 de 1991). (I. KAMTSIDOU, La recherche du fondement du pouvoir régulateur du Conseil National de Radiotélévision, *To Syntagma* 1996.645). Or, après la révision constitutionnelle qui attribue au CNR seul la charge d'exercer le contrôle direct de l'Etat sur la radiotélévision, il paraît que cette autorité dispose également du pouvoir d'édicter des actes réglementaires si elle est dûment habilitée par la loi. Par ailleurs, plusieurs décisions du CNR ont un contenu réglementaire. Par exemple, les règlements établissant le système du partage du temps télévisé parmi les partis politiques et les candidats pendant la période préélectorale avant les élections nationales.

⁶⁴⁰ Voir infra, n. 70.

c) le régime de la régulation

23. Le régime en vigueur sur la radiotélévision comporte les deux volets qu'on retrouve dans l'ensemble des secteurs sous régulation : des règles concernant la concurrence (droit du marché) et des règles qui assurent que le service est offert conformément aux objectifs d'intérêt public mis en place par la Constitution, la réglementation communautaire et la loi (droit du service). Le second volet est beaucoup plus important que le premier, au moins si on compare la radiotélévision avec les autres services régulés⁶⁴¹.

i) la licence administrative

24. Le défi principal auquel doit faire face le régulateur est celui de la distribution équitable des licences administratives. L'exercice de l'activité en cause est strictement soumise à un système d'autorisation préalable pour deux raisons. Pour une raison d'ordre politique-juridique, qui consiste à la nécessité de garder le service sous contrôle étatique « direct » conformément à la Constitution. Pour une raison d'ordre technique ; les fréquences aptes à servir pour ce genre d'activité – bien public selon la législation en vigueur – sont (théoriquement) limitées et le régulateur doit aussi prendre en compte les besoins de l'avenir. Le système mis en place par la loi⁶⁴² essaye d'assurer que la sélection des opérateurs privés⁶⁴³ permettra le meilleur respect possible de l'intérêt général dans un environnement de libre concurrence. D'une part, la qualité d'opérateur agrégé est soumise à des conditions et à un contrôle extrêmement stricts⁶⁴⁴. Les licences sont accordées à des Sociétés Anonymes contrôlées par des personnes établies en Grèce ou dans un autre Etat-membre de l' Union Européenne, à capital d'au moins 3.000.000 Euros, dont les actions sont personnelles et dispersées à plusieurs actionnaires. D'autre part, les licences sont distribuées à la suite d'une procédure administrative qui commence par la publication d'un appel d'offres sur la base de critères établis par la loi⁶⁴⁵. Il faut toutefois reconnaître que le système n'a jamais fonctionné de manière satisfaisante et la quasi-totalité des chaînes privées fonctionnent encore sans une licence dûment accordée par le régulateur.

ii) les garanties de droit public sur la qualité du service

25. *Protection de la personne.* Les programmes diffusés doivent respecter la personnalité et la dignité humaine, la vie privée et familiale et l'activité culturelle, scientifique, politique, sociale ou autre de tout être humain⁶⁴⁶. Le législateur prévoit un droit de restitution pour toute personne lésée⁶⁴⁷.

26. *Protection spéciale de certaines catégories de personnes.* Ce volet comporte des interdictions et des règles spécifiques concernant la signalisation des programmes et leur catégorisation par rapport aux conséquences potentielles sur les mineurs⁶⁴⁸. Le même but est poursuivi par les dispositions établissant les conditions de transmission de publicité des jouets ou autres articles adressés à un public principalement de jeunes. La loi prévoit aussi des émissions spéciales pour les sourds-muets⁶⁴⁹ et la diffusion obligatoire gratuite de certains messages à « contenu social »⁶⁵⁰.

⁶⁴¹ Les textes de référence au niveau législatif sont les lois n. 2328/1995 et n. 2644/1998. respectivement pour les chaînes gratuites et payantes et le décret présidentiel n. 100/2000 qui transpose en Grèce le régime mis en place par les directives 89/553/CEE et 97/35/CE, sans oublier la loi n. 2863/2000 sur le CNR.

⁶⁴² Loi n. 2328/1995. Le système de la L. 2644/1998 pour la prestation de services de radiotélévision payante est similaire à celui de la L. 2328/1995 présenté ci-dessus, sauf que les opérateurs privés doivent en plus passer un contrat de concession avec l'Etat (art. 1.3 L. 2644/1998). Il ne s'agit pas d'une concession de service public mais plutôt d'une concession d'utilisation d'un bien public (la fréquence) en contrepartie de laquelle le prestataire des services doit verser entre autres un loyer annuel.

⁶⁴³ Les chaînes publiques sont dotées d'une licence *ex lege*. Comme il a été expliqué, même si cette inégalité de traitement –justifiée (?) par la nature différente des services offerts par les chaînes publiques— serait considérée comme une violation des règles de la concurrence, elle s'avère sans conséquences pour le fonctionnement du marché en raison de la popularité limitée de ces chaînes.

⁶⁴⁴ Art. 1.8-10, L. 2328/1995.

⁶⁴⁵ Les critères sont les suivants : a) période de fonctionnement précédant, b) nombre du personnel, c) importance de l'investissement et infrastructure, d) qualité du programme. Ces critères essayent d'améliorer la qualité de la radiotélévision sans toucher à la « situation acquise » des chaînes déjà opérant dans un contexte de semi-légalité. Le décret présidentiel n. 234/2003 complète les critères de la loi 2328/1995 et reste à voir quand ceux-ci seront appliqués.

⁶⁴⁶ Art. 3.1 L. 2328/1995.

⁶⁴⁷ Art. 9 p.d. 100/2000 (art. 23 de la directive 89/552/CEE).

⁶⁴⁸ Art. 8 p.d. 100/2000

⁶⁴⁹ Art. 3.20 L. 2328/1995

⁶⁵⁰ Art. 3.21 L. 2328/1995

27. *Protection de l'identité culturelle.* A part les dispositions communautaires imposant que les programmes d'origine européenne couvrent la majorité du programme diffusé⁶⁵¹, la législation nationale exige que le 25% des oeuvres diffusés en dehors les programmes d'information et les jeux télévisés soient en langue originale grecque⁶⁵². L'usage correct de la langue grecque par les journalistes est aussi imposé de même que la programmation d'émissions pour l'apprentissage de la langue.

28. *Protection de la vie politique.* Cet aspect attire l'attention particulière du législateur et du CNR. L'obligation de respecter la polyphonie politique⁶⁵³ est assurée par une série de textes réglementaires établissant de manière très détaillée la façon par laquelle sont traités les partis et les hommes politiques, sont présentées les informations politiques, est distribué le temps accordé aux candidats pendant la période électorale etc.⁶⁵⁴. Au cours des dernières élections le CNR a appliqué ce corps de règles de manière rigoureuse en imposant des amendes aux chaînes ayant manqué à ces obligations d'ordre public.

29. Enfin, il est intéressant d'aborder la question de la *forme* de cette réglementation publique de la radiotélévision. En dehors des dispositions législatives et réglementaires et les codes de déontologie mis en place par des règlements du CNR, la loi prévoit également une forme d'*autorégulation*. Les opérateurs agrégés sont obligés⁶⁵⁵ de passer ou d'adhérer à un « *contrat multipartite d'autolimitation* » lequel contient les règles et principes de déontologie par rapport au contenu et la façon de présentation des programmes radiotélévisés de caractère tant informatif que récréatif.

iii) les conditions relatives au fonctionnement du marché

30. L'ouverture du marché est déjà acquise. Reste le bon fonctionnement du marché, assuré par l'obligation fondamentale de respecter les principes du droit de la concurrence⁶⁵⁶. En outre, sont transposées en droit hellénique les dispositions du droit communautaire établissant la libre circulation des services télévisés et des messages de publicité de même que le sponsoring des émissions et les émissions télé-achats⁶⁵⁷. Toutefois, les chaînes publiques jouissent d'un nombre important de privilèges qui se concilient difficilement avec les règles sur la concurrence libre⁶⁵⁸. Si ces privilèges ont survécu l'ouverture du marché, ce n'est pas parce qu'ils sont justifiés du point de vue juridique mais plutôt parce que l'audience de la télévision publique correspond à une petite part du marché.

B. Télécommunications (communications électroniques) et Postes

a) l'évolution historique de l'intervention publique dans les secteurs en question

⁶⁵¹ Art 19 p.d. 100/2000

⁶⁵² Art 3.18 L 2328/1995.

⁶⁵³ Art. 3.22 L 2328/1995

⁶⁵⁴ V. à titre indicatif, décision ministérielle jointe n. 6140/16.2.2000 sur les conditions et le temps accordé aux partis politiques représentés au Parlement pendant la période électorale.

⁶⁵⁵ Art. 8 L. 2863/2000.

⁶⁵⁶ Cette obligation est expressément imposée par la législation à plusieurs reprises (par ex. art. 2.3 L. 2644/2000). Le législateur interdit d'ailleurs la concentration des chaînes privées. Nul peut être actionnaire de plus d'une société agrégée d'une licence de télévision et toujours jusqu'au 25% des actions. Tout transfert d'actions plus d'un certain pourcentage est notifié au CNR. Toutefois, la mise en place de règles si détaillées ne veut point dire que celles-ci sont respectées à la lettre. Sans oublier que de telles interdictions absolues sont facilement court-circuitées en pratique.

⁶⁵⁷ Arts 4 à 7 du p.d. 100/2000.

⁶⁵⁸ Elles sont directement dotées d'une licence à durée indéterminée sans devoir participer au concours prévu par la loi 2328/1995 ; elles sont financées en grande partie par une charge imposée à tous les ménages en Grèce et collectée par le biais de la facture d'électricité ; elles continuent à disposer de pouvoirs exorbitants pour le recouvrement de leurs créances, pour citer les plus importants, sans oublier un droit de préemption quant à la rétransmission de certains événements sportifs et culturels. L. GEORGACOPOULOS, La légalité de la télévision numérique et les monopoles de ERT, *Dikaio Epiheiriseon kai Etairion*, 2000.6.

31. Les télécommunications⁶⁵⁹ et la poste furent au début organisés comme un service fourni par l'administration centrale, attaché au ministère des Transports, connu sous le nom de « TTT ». TTT disposait du monopole sur les secteurs de la téléphonie, des postes⁶⁶⁰ et des télégraphes⁶⁶¹. Ces secteurs furent séparés après la deuxième guerre mondiale. Le législateur⁶⁶² a ensuite confié la téléphonie à l'Organisme des Télécommunications Helléniques (OTE)⁶⁶³. C'est un des premiers exemples d'entreprise publique en Grèce⁶⁶⁴ dont les actions appartenaient exclusivement à l'Etat. Le monopole public de la téléphonie fut préservé en Grèce jusqu'aux années 90. L'ouverture du secteur, imposée par la Communauté européenne, commença en 1994⁶⁶⁵ ; la mission régulatrice fut en grande partie réservée au ministre des Communications, secouru par une autorité semi-indépendante de régulation, la Commission des Télécommunications et Postes (CTP). Au cours des années suivantes le gouvernement activa le processus de privatisation de l' « opérateur historique » converti entre-temps en société anonyme (OTE S.A.) par l'entrée de l'entreprise à la bourse et par la mise à la vente d'une partie de ses actions⁶⁶⁶. Au cours de la même période commence en Grèce le fonctionnement des deux premiers réseaux de téléphonie mobile, tous deux appartenant à des opérateurs privés ayant obtenu des licences spéciales à la suite d'un appel d'offres. Toutefois, et malgré les évolutions au niveau législatif, OTE continuait à tenir des droits exclusifs dans le secteur de la téléphonie fixe, l'ouverture du marché étant plutôt « virtuelle » que réelle. L'environnement réglementaire change radicalement avec la loi 2867/2000 qui contient le régime en vigueur sur les télécommunications. L'exercice des activités de télécommunication est désormais « libre »⁶⁶⁷ et les droits exclusifs d'OTE ont expiré le 31.12.2000⁶⁶⁸. Actuellement en Grèce, services de téléphonie fixe sont offerts par plusieurs opérateurs privés ; si OTE garde encore sa position dominante, sa part dans les marchés de télécommunication rétrécit progressivement⁶⁶⁹.

32. En ce qui concerne les postes, ce service fut attribué au « Postes Helléniques » (ELTA), personne morale de droit privé et « *entreprise publique qui fonctionne dans un but d'intérêt public conformément aux règles de l'économie privée, sous la forme de société anonyme appartenant à l'Etat grec et sous la tutelle du ministre des Communications* »⁶⁷⁰. A ELTA furent accordés les droits exclusifs relatifs aux services postaux, ces derniers étant considérés d'utilité commune. Leur ouverture partielle à la régulation et à la concurrence a commencé avec la loi 2664/1998⁶⁷¹ qui a un double objectif, « *garantir la prestation du service postal universel et réguler la prestation des services postaux par les entreprises postales* »⁶⁷². La privatisation de l'ELTA a commencé en 2000⁶⁷³.

33. Avant d'entrer dans les détails, il convient de remarquer que la régulation de ces deux secteurs, malgré leur origine commune, repose sur des principes en grande partie différents. En ce qui concerne les télécommunications le système actuel est fondé sur a) l'abolition totale des droits exclusifs, b) un effort considérable d'ouverture du réseau public à tous les prestataires de services, c) une autorité

⁶⁵⁹ A. XIROS et TH. EMIRI, *Le cadre juridique des télécommunications*, Ed A. Sakkoulas, Athènes, 2003, G. PAPANITRIOU, *Les télécommunications dans la société d'information*, Ed Sakkoulas, 2003, E. ADAMANTIDOU, *Obstacles nationaux à la libéralisation des télécommunications européennes*, *Revue Hellénique de droit Européen*, 21(2001).837, TH. KONTOVAZAINITIS, *L'apport du droit communautaire de la concurrence à la création du cadre juridique des télécommunications*, 1993, F. SPATHOPOULOS et N. FRAGAKIS (ed), *Dispositions communautaires et nationales dans le secteur des télécommunications, évolutions et perspectives*, EKEME, 1998 ; G. GIANNOPOULOS, *Le cadre juridique de la libéralisation du marché des télécommunications, La libéralisation des marchés d'énergie, des télécommunications et des transports*, 2001.

⁶⁶⁰ Au début, seulement pour les lettres (CEH 2/1937).

⁶⁶¹ Cette activité, de même que la mise en place du réseau nécessaire pour son exercice, furent qualifiées par le législateur et le Conseil d'Etat comme étant d' « utilité commune ».

⁶⁶² L. 1049/1949.

⁶⁶³ Dont le statut fut celui d'une personne morale de droit privé jouissant de droits exclusifs quant à son domaine d'activité et exerçant une fonction d'utilité commune : CEH 1451/1957.

⁶⁶⁴ Conformément aux premiers arrêts du Conseil d'Etat Hellénique, OTE était qualifié de société anonyme « particulière » (CEH 76/52) ou d'entreprise étatique (CEH 2114/1950).

⁶⁶⁵ Par la loi 2246/1994 dont le but était d'établir un « *cadre régulateur de politique intégrale pour le fonctionnement du secteur des télécommunications* » Art. 1, L. 2246.

⁶⁶⁶ OTE fut d'abord détaché du secteur public (p.d. 150/1993) bien que l'Etat restasse le seul actionnaire. La vente d'actions commença par la loi n. 2374/1996. Actuellement l'Etat dispose encore un nombre d'actions qui, bien qu'inférieur à 50%, lui permet de garder le contrôle de l'entreprise.

⁶⁶⁷ Art. 1.2 L. 2867.

⁶⁶⁸ Art. 13.1 L. 2867.

⁶⁶⁹ Aujourd'hui le groupe OTE contrôle environ le 35% de la téléphonie mobile, le 40% de l'internet, et moins de 80% de la téléphonie fixe ayant en outre perdu une grande partie des appels internationaux.

⁶⁷⁰ Art. 2, décret législatif n. 496/1970.

⁶⁷¹ Modifiée par la loi 3185/2003.

⁶⁷² Art. 1.1, L. 2644.

⁶⁷³ L. 2843/2000

indépendante de régulation toute puissante et d) processus de privatisation « complète » de l'ex - entreprise publique. En revanche, la régulation du secteur des postes a) prévoit la conservation des droits exclusifs afin de garantir le service universel, b) attribue une grande partie du pouvoir de régulation au ministre compétent, c) limite la privatisation de l'entreprise publique au 49% des actions. En bref, la régulation des postes reste proche de la théorie traditionnelle du service public tandis que les télécommunications constituent désormais un secteur exemplaire de régulation « moderne » d'un ex monopole étatique.

b) le régulateur

34. L'intervention étatique dans les secteurs en question était traditionnellement partagée entre le législateur et le Ministre. Aujourd'hui, si le pouvoir législatif reste seul responsable en droit interne pour fixer les règles principales sur l'organisation et le fonctionnement des services de postes et télécommunications –quoique considérablement limité par le droit communautaire— la régulation est en partie transférée de l'administration centrale à la Commission Nationale des Télécommunications et des Postes (CNTP). Celle-ci est désormais une véritable autorité administrative indépendante de régulation disposant du statut, des ressources, des pouvoirs et des compétences nécessaires. Sa création est en partie demandée par le droit communautaire, surtout dans le secteur des télécommunications. Elle est composée de neuf membres⁶⁷⁴.

35. La CNTP est habitée par la loi d'« *exercer le contrôle et la régulation du secteur des télécommunications et de superviser le marché des télécommunications* »⁶⁷⁵ tandis que le ministère des Communications se limite à « *tracer les lignes directrices de la politique des télécommunications et d'entreprendre les initiatives législatives nécessaires* »⁶⁷⁶. De ce point de vue, les télécommunications sont en Grèce le secteur au sein duquel l'autorité indépendante spéciale dispose le plus de compétences vis-à-vis l'administration centrale sans que ceci soit imposé par la Constitution. Il convient de remarquer que les compétences de la CNTP sont clairement plus étendues dans le contexte des télécommunications⁶⁷⁷ que dans celui des services postaux⁶⁷⁸. Toutefois, certains aspects de la prestation des services en question sont régulés non pas par la CNTP ou le ministre mais par d'autres autorités indépendantes. Ainsi, la mission de sauvegarder le secret des communications est attribuée par la Constitution⁶⁷⁹ à une nouvelle autorité, l'Autorité de Sauvegarde du Secret des Communications

⁶⁷⁴ V. infra n. 71 et s. EM. YAKOUMAKIS, *The structure, the functions and the independence of regulators : the case of telecoms*, EKEME, *The regulation of services for the public economic interest: The European experience and the debate in Greece*, 2004.

⁶⁷⁵ Art. 3.1 L 2867.

⁶⁷⁶ Art. 1.5 L. 2867.

⁶⁷⁷ La loi énumère 28 différents chefs de pouvoirs attribués au CNTP parmi lesquels il est utile de citer les suivants :

- a. Emettre des actes individuels et réglementaires pour l'exercice de ses compétences (Jusqu'à ce jour, on compte 65 décisions réglementaires ou règlements issues par la CNTP).
- b. Distribuer les licences et autorisations nécessaires dans les domaines :
 - i. Numérotation et « domain names »
 - ii. Utilisation des fréquences
 - iii. Délivrance des licences générales ou spéciales prévues par la loi
- c. Garantir la libre concurrence dans le marché surtout dans les domaines suivants :
 - i. Liste des Opérateurs Puissants sur le Marché
 - ii. Conditions d'accès au réseau public
 - iii. Contrôle tarifaire (orientation des prix vers le coût)
- d. Exercer toute compétence relative à la fourniture du service universel
- e. Publier des codes de déontologie pour la prestation des services de télécommunication
- f. Contrôler le respect de la législation en vigueur. Dans ce contexte, elle dispose des pouvoirs d'investigation étendus, similaires à ceux attribués à la Commission Européenne et à la Commission de Concurrence en Grèce en matière de libre concurrence.
- g. Résoudre des litiges privés entre les prestataires des services ou entre prestataires et usagers par la voie arbitrale
- h. Prendre des mesures d'urgence à la suite d'une procédure quasi-contentieuse
- i. Infliger les sanctions administratives adéquates en cas de violation de la réglementation en vigueur allant jusqu'à 1,5 M euros ou au 15% du chiffre d'affaires de l'entreprise.

⁶⁷⁸ Les compétences de la CNTP dans le secteur des services postaux sont considérablement moins étendues (Art. 6 L. 2664).

- a. Une partie des règlements issus par le CNTP sont approuvés par le ministre des communications lequel exerce un contrôle de légalité.
- b. Elle délivre les licences administratives mais elle ne décide pas quelle entreprise prend en charge le service universel, compétence de loin la plus importante. C'est le ministre qui désigne cette entreprise et fixe les conditions contractuelles.
- c. Elle contrôle si le service universel est offert de manière conforme à la législation mais c'est le ministre qui décide sur l'imposition éventuelle de sanctions administratives.
- d. Le ministre dispose d'une compétence générale de tutelle sur le secteur de la poste.

⁶⁷⁹ Art. 19 CH.

(ASSC)⁶⁸⁰. De même, la préparation de catalogues ou de répertoires téléphoniques est contrôlée par l'Autorité de Protection des Données Personnelles (APDP)⁶⁸¹.

c) le régime de la régulation

i) les télécommunications (devenues communications électroniques)

36. Le droit national est en très grande partie une simple transposition des dispositions communautaires régissant le secteur en question. Force est de constater que le domaine des règles concernant le fonctionnement du marché est bien plus élaboré que celui concernant la garantie de la qualité et des conditions du service. Le choix du « faiseur du système » est évident : assurer la bonne prestation de la télécommunication, qui constitue toujours un objectif d'intérêt public et d'utilité générale, par le biais de l'ouverture du marché.

aa) les règles du marché

37. Ces règles visent en principe à abolir le plus vite possible le monopole du passé.

- a. Tout d'abord, par l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux dans le secteur en question.
- b. Ensuite, par l'imposition d'un régime spécial de régulation *ex ante* sur les prestataires du service.
- c. Enfin, par le contrôle *ex post* du marché sur la base des règles de droit commun sur la libre concurrence.

38. La prestation de services de télécommunication est libre, bien que l'exercice de certaines catégories d'activités présuppose la délivrance d'une licence spéciale. Par ailleurs, cette exigence c'est assouplie au fil du temps⁶⁸². En outre, le régime de la licence dite « générale » n'est en réalité qu'une simple obligation d'informer l'autorité de régulation de l'intention de commencer l'activité concernée. En bref, le régime en vigueur facilite, voire incite, l'accès de nouveaux entrants aux marchés de communications électroniques.

39. La régulation *ex ante* sur la base de dispositions spécifiques est jugée nécessaire comme modèle de réglementation transitoire, tant que le secteur n'est pas assez mûr pour être soumis seulement aux règles de droit commun de la concurrence⁶⁸³. Les domaines principaux de cette réglementation spécifique sont les suivants

- a. *Accès au réseau* : Tous les opérateurs sont obligés d'assurer le service de réseau ouvert (service « ONP ») en garantissant l'accès à leur réseau des tiers pour un prix raisonnable et en respectant l'égalité, la transparence, l'interdiction des discriminations et la mise en place de critères objectifs⁶⁸⁴. Refuser l'accès est excusable seulement pour des raisons fondées sur des « exigences essentielles » énumérées par la loi, comme la sécurité et l'intégrité du réseau ou l'interopérabilité des services⁶⁸⁵. En outre, tous les opérateurs qui disposent un réseau sont obligés de *s'interconnecter* et ne sont pas autorisés de refuser l'interconnexion demandée par un autre opérateur⁶⁸⁶.
- b. *Traitement spécial des « opérateurs puissants sur le marché »*. Le régime actuel prévoit que les opérateurs dont la part du marché dépasse un certain taux sont considérés comme « puissants sur le marché » (SMP) et sont soumis à un régime spécial qui vise à assurer que leur comportement n'empêchera l'ouverture du secteur. Si une entreprise est qualifiée de SMP par rapport à un service spécifique, elle est obligée, entre autres, d'*orienter ses tarifs vers le coût* quant à la prestation de ce service⁶⁸⁷. Par ailleurs, les SMPs de téléphonie fixe doivent accorder à leurs concurrents l'accès à la

⁶⁸⁰ L. 3115/2003.

⁶⁸¹ L. 2472/1997, art. 9A CH. V. TOUNTOPOULOS, La protection des données personnelles dans le secteur des télécommunications, *Dikaio Epixeiriseon kai Etairion*, 2000.475.

⁶⁸² Seules les activités relatives à l'utilisation de ressources dites « rares » et à la construction des infrastructures nécessaires pour mettre en place un réseau de téléphonie sont soumises à cette condition.

⁶⁸³ TH. KONTOVAZAINITIS, *L'apport...*, op.cit.

⁶⁸⁴ A. MICROULEA, L'application des règles de la concurrence sur les contrats d'accès des fournisseurs de services aux infrastructures des réseaux de télécommunication, *Epitheorissi Emporikou Dikaïou*, 2001.437.

⁶⁸⁵ Art. 8.1 L 2867

⁶⁸⁶ Art. 8.3 L 2867.

⁶⁸⁷ C'est récemment posée la question à savoir si les pouvoirs étendus du CNTP de contrôler l'orientation des prix vers le coût vont jusqu'à lui permettre de fixer unilatéralement ces prix et de les imposer sur l'opérateur historique (OTE). L'affaire a été portée devant le Conseil d'Etat et l'enjeu est tant économique que juridique. Est-il concevable, dans un système qui se veut libéral et dans le but d'accélérer l'ouverture d'un marché, de porter une telle atteinte à la liberté d'entreprendre en substituant les prix du régulateur public à ceux des opérateurs privés ?

« boucle locale » de leur réseau, publier une offre standard d'interconnexion et de tenir une comptabilité séparée pour certaines activités.

bb) les règles du service

40. Le second volet du droit positif de régulation comporte les règles nécessaires pour assurer que la télécommunication est offerte conformément aux exigences d'intérêt général qui sont inhérentes à la nature même de ce service.

a. *Droits des usagers*⁶⁸⁸. La législation accorde aux usagers un éventail de droits spécifiques tels que le droit de garder le secret de ses communications, d'être connecté au réseau de son choix dans un délai fixe, de faire usage des services de télécommunications, de choisir librement le matériel terminal, d'avoir accès à des informations de catalogue, de recevoir de factures analytiques et d'exiger leur vérification sur la base de tarifs appliqués de manière équitable et non discriminatoire. La législation limite également la possibilité du prestataire d'arrêter unilatéralement la prestation même quand l'utilisateur n'est pas en règle quant à ses obligations financières.

b. *Service universel*. Le système du service universel vise à garantir d'une part, un *minimum* de prestations sur l'ensemble du territoire national même quand la mise en place du réseau ou la fourniture du service ne sont pas rentables pour les opérateurs, d'autre part, la prestation gratuite ou l'application de tarifs spéciaux pour certaines catégories de personnes nécessitant une assistance particulière⁶⁸⁹. L'autorité de régulation désigne l'opérateur chargé d'offrir le service universel. Le coût extraordinaire de cette prestation est mis à la charge de tous les opérateurs du marché concerné. Par cette forme d'autofinancement est évité le risque d'aides étatiques dissimulées.

ii) les services postaux

41. Bien que la régulation de la communication postale comporte également un volet de règles concernant le fonctionnement du marché et un volet relatif aux conditions de prestation dudit service, c'est le second qui soit de loin le plus important. La notion-clé de la régulation moderne des postes est celle du *service universel*. Elle comporte le droit de tous les usagers, indépendamment de l'endroit où se trouvent sur le territoire national d'avoir accès à un service permanent d'une qualité *minimum* et sur la base de tarifs raisonnables. La loi⁶⁹⁰ et le régulateur fixent les conditions spécifiques du service comme la périodicité de la récolte des lettres, le nombre et la distance des boîtes à lettres, le délai de livraison, l'égalité du traitement, la protection du secret des communications, etc. Afin d'assurer la viabilité financière de l'opérateur chargé du service universel, le législateur⁶⁹¹ conserve le *droit exclusif* en faveur de cet opérateur pour la récolte, le tri, le transport et la livraison de la correspondance nationale jusqu'à un certain poids. Porteur de ce droit exclusif est *de lege*⁶⁹², au moins jusqu'à ce jour, l'entreprise publique (ELTA) qui jouit également de droits exclusifs relatifs à l'émission des timbres.

42. En ce qui concerne les services postaux qui n'entrent pas dans le champ des droits exclusifs ci-dessus, leurs prestataires doivent opérer dans un environnement de libre concurrence. La CNTP contrôle le respect des règles générales de concurrence. Par ailleurs, les opérateurs sont obligés de respecter les principes du traitement égal et non discriminatoire des usagers, le secret de la communication postale et la vie privée des citoyens⁶⁹³.

⁶⁸⁸ Art 9 L 2867.

⁶⁸⁹ Art 47 L 2963/2001.

⁶⁹⁰ Art. 4 L. 2664/1998.

⁶⁹¹ Art. 5 L. 2664/1998.

⁶⁹² Art. 19 L. 2664/1998.

⁶⁹³ Art. 3 L. 2644/1998.

C) Energie

a) l'évolution historique de l'intervention publique dans le secteur de l'énergie

C) Le secteur de l'énergie⁶⁹⁴ fut toujours soumis à un contrôle étatique des plus rigoureux. En 1950, la production et la fourniture de l'énergie électrique⁶⁹⁵ fut confiée à une entreprise publique (Entreprise Publique d'Electricité -EPE) qui était soumise à un régime mixte de règles de droit privé et de droit public. L'Etat était le seul actionnaire et les membres du conseil d'administration de EPE étaient désignés par le gouvernement. Il incombait aux ministres de l'économie et du développement de donner les directives nécessaires à la direction de l'entreprise afin d'adapter sa stratégie aux choix politiques du gouvernement⁶⁹⁶. Il va de soi que EPE fonctionnait dans un environnement monopolistique.

D) Sous la pression de l'Union Européenne, la Grèce a dû procéder à une libéralisation partielle et timide du secteur. Le monopole des sources renouvelables d'énergie a été aboli en premier⁶⁹⁷. Le régime en vigueur sur l'électricité a été introduit en 1999⁶⁹⁸ et modifié en 2003 vers une plus grande ouverture du marché⁶⁹⁹. Depuis le 1^{er} janvier 2001, EPE est devenue une société anonyme de droit commun, introduite à la bourse en décembre 2001 et partiellement privatisée depuis. Toutefois la loi dispose⁷⁰⁰ qu'au moins le 51% des actions de l'entreprise doit impérativement rester à l'Etat. La libéralisation de la production en dehors des sources renouvelables a été initiée en février 2001. La même date marque l'ouverture de la fourniture d'électricité mais seulement pour les « grands » clients ; il est prévu que le processus d'ouverture sera complété en 2007⁷⁰¹. Aujourd'hui, EPE est le propriétaire du réseau de transport et de distribution d'énergie électrique et tient le 99,8% du marché de fourniture.

E) Les caractéristiques principales du système actuel sont les suivantes :

a. La production, le transport, la distribution et la fourniture d'énergie électrique sont qualifiés par la loi comme des « *activités et services d'utilité commune* »⁷⁰². Le législateur évite donc de parler de service public.

b. Le secteur en question est soumis à la tutelle du ministre du développement qui trace le plan énergétique à long terme de l'état⁷⁰³. Dans le cadre de cette mission, le ministre est assisté par une institution de régulation qui prend la forme d'une autorité indépendante.

c. La régulation publique moderne de l'énergie repose sur deux piliers. D'une part, sur l'ouverture par étapes du secteur par une architecture complexe qui combine sa séparation en plusieurs marchés ou sous-marchés différents et la coexistence de la liberté d'entreprendre avec certains droits exclusifs ou spéciaux. D'autre part, sur la mise en place d'un régime spécial et d'une police spéciale qui garantissent la fourniture de l'énergie dans les conditions et la qualité requise par l'intérêt public.

b) le régulateur

F) La fonction de régulation est partagée entre le ministre du développement et une autorité administrative indépendante de régulation, la part du lion étant réservée au premier. Celui-ci est chargé de la mission de *régulation stratégique*, qui comporte, outre celle de tracer les grandes lignes de la politique à suivre dans le secteur, la compétence de délivrer et de retirer les licences administratives de production et de fourniture d'électricité et d'approuver les divers règlements et codes qui traitent des

⁶⁹⁴ D. NIKAS, Third Party Access et marché intérieur de l'électricité, *Elliniki Dikaiosyni*, 1999.1488, M.-Th. MARINOS, Le cadre juridique de la libéralisation du marché de l'électricité, *Elliniki Dikaiosyni*, 2001.301, E. ADAMANTIDOU (ed), *La libéralisation du marché de l'électricité*, Centre de droit économique international et européen, ed Sakkoulas, Salonique, 2002, K. ILIADOU, La législation dans le secteur de l'énergie, *Energie et droit*, 2004.3.

⁶⁹⁵ Enfin, il convient de noter que l'utilisation du gaz naturel, en tant que source alternative d'énergie, n'est pas si rependue en Grèce. Une entreprise publique est actuellement en train de mettre en place un réseau plus étendu de distribution. Le cadre législatif sur le gaz naturel est en phase d'élaboration afin de transposer en Grèce la directive communautaire 2003/55/CE. V. toutefois la loi 2364/1995.

⁶⁹⁶ Décret du 28/28.1.1951, Décret loi 100/1967.

⁶⁹⁷ L. 2244/1994.

⁶⁹⁸ L. 2773/1999.

⁶⁹⁹ L. 3175/2003.

⁷⁰⁰ Art. 43 L. 2773.

⁷⁰¹ V. la résolution du Conseil UE 14337/2002.

⁷⁰² Art. 1, L. 2773.

⁷⁰³ Art. 3.1, L. 2773/1999.

questions spécifiques quant à la délivrance des licences, l'accès aux réseaux et leur gestion, les conditions de fourniture aux consommateurs et la fixation des prix. La *régulation quotidienne* est confiée à l'Autorité Régulatrice de l'Energie (ARE) une autorité administrative indépendante instituée par le législateur⁷⁰⁴ qui ne dispose pas de fondement constitutionnel. Celle-là est composée de 5 membres et jouit d'une indépendance administrative et financière. Néanmoins, elle est soumise à la tutelle, certes faible, du ministre du développement lequel exerce un contrôle de légalité sur ses décisions et un contrôle disciplinaire sur ses membres. De cet angle de vue, il pourrait être soutenu que l'ARE n'est pas une autorité indépendante à 100%⁷⁰⁵. Mais cette remarque, certes correcte, brouille au lieu de faire ressortir la réalité ; jusqu'à ce jour l'ARE a pu se comporter comme une autorité entièrement émancipée de la volonté et de l'influence ministérielle. Outre sa mission d'assister le ministre par ses avis, l'ARE exerce le contrôle public sur les activités entrant dans le domaine de l'énergie, arbitre les litiges privés, rédige certains textes réglementaires et impose les sanctions pécuniaires établies par la loi. Il ne manquerait pas de raison de prédire que le processus d'une libéralisation plus poussée du secteur dans le proche avenir progressera en parallèle avec l'affermissement des pouvoirs régulateurs de l'ARE. Mais il serait à notre avis constitutionnellement contestable de soustraire le noyau dur de la planification énergétique du pays des mains du gouvernement.

c) le régime de la régulation

i) le droit du marché régulé

G) Le législateur hellénique divise les activités du secteur sous examen en trois marchés qu'il traite de manière considérablement différente : le marché ascendant de la production, le marché intermédiaire du transport et de la distribution et le marché descendant de la fourniture d'énergie. Si le premier et le troisième sont en voie de libéralisation, le second est toujours un monopole.

H) *Marché de production.* La production de l'énergie électrique est une activité qui n'est plus confiée en exclusivité à un opérateur mais à tous les titulaires d'une licence spéciale pour cette activité⁷⁰⁶. La licence de production est délivrée par le ministre après avis de l'autorité de régulation suivant les dispositions de la loi et du règlement des licences élaboré par les autorités de régulation⁷⁰⁷. Il importe de préciser que la loi ne prévoit pas un *numerus clausus* de licences ni, en principe, une procédure d'appel d'offres⁷⁰⁸. Tout investisseur peut soumettre une demande, s'il remplit certaines conditions relatives à son profil financier et technique. Le ministre dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire et décide sur la base des critères énumérés par la loi et le règlement des licences, critères qui visent à garantir le bon fonctionnement du marché⁷⁰⁹ et la sauvegarde de divers aspects de l'intérêt public.

I) *Marché de transport et de distribution.* Comme dans le secteur des télécommunications, le point crucial dans le processus de libéralisation est l'*accès au réseau*, d'une part des producteurs et fournisseurs, d'autre part des clients. Contrairement à la logique qui domine le marché de la téléphonie, le droit hellénique n'a pas voulu privilégier la création de réseaux concurrents à celui de l'entreprise publique, EPE. Tout au contraire, la mise en place, le maintien et la gestion du réseau sont des activités pour lesquelles le législateur établit des droits exclusifs mais également d'obligations spécifiques afin d'assurer l'accès des tiers. Plus précisément :

a. Le réseau de haute et moyenne tension (réseau de transport - « *système* ») appartient en exclusivité à la *propriété* de EPE, qui doit assurer son développement conformément aux besoins énergétiques de l'Etat⁷¹⁰. Néanmoins, sa *gestion* ne revient plus à EPE mais à une nouvelle société anonyme, créée par la loi, l' « Autorité de Gestion » (DESMIE SA). Par cette séparation, le législateur

⁷⁰⁴ Art. 4, L. 2773.

⁷⁰⁵ V. infra n. 70.

⁷⁰⁶ Art. 9 L. 2773.

⁷⁰⁷ Art. 28 L. 2773.

⁷⁰⁸ Sauf dans le cas exceptionnel des îles qui ne sont pas connectées au réseau de haute ou moyenne tension. Afin d'éviter la production excessive d'énergie sur une île qui ne pourra pas être transportée ailleurs, la loi met en place une procédure spécifique d'appel d'offres (art. 11, L. 2773).

⁷⁰⁹ P. ex., la viabilité du projet.

⁷¹⁰ Art. 12.1-3, L. 2773.

visé à restreindre le risque d'abus de position dominante de la part de l'EPE ; cette dernière aurait éventuellement tendance de se comporter de manière arbitraire vis-à-vis d'autres producteurs ou fournisseurs quant à l'accès au réseau de haute et moyenne tension. Ainsi, l'Autorité de Gestion tient en exclusivité⁷¹¹ le droit de gérer le réseau de transport d'électricité ; elle est obligée de donner accès – tout en respectant les principes de transparence et de non-discrimination – à tout producteur ou fournisseur autorisé et aux catégories de clients pour lesquelles le marché est déjà libre⁷¹², sur la base d'un Code de Gestion du Système⁷¹³.

b. Le réseau de basse tension, c'est à dire le réseau de distribution au consommateur final, demeure à la propriété et la gestion de EPE⁷¹⁴. Toutefois, la gestion du réseau est soumise à un régime de droit public dont les principes fondamentaux sont inclus dans la loi et garantissent la transparence, l'égalité de traitement, le respect de la concurrence, l'interdiction des coûts déraisonnables et l'efficacité du réseau. Pour le reste, l'activité de gestion est exercée conformément à un Code de Gestion, un texte de nature réglementaire rédigé par EPE mais approuvé par le ministre après consultation de l'ARE et publié au Journal Officiel.

Il est à noter que les producteurs ou fournisseurs d'électricité provenant de l'exploitation de sources renouvelables d'énergie ou de ressources d'origine nationale⁷¹⁵ ont un accès prioritaire aux réseaux de transport et de distribution.

J) *Marché de fourniture.* L'accès au consommateur final est aujourd'hui ouvert à la concurrence de manière marginale bien que la situation soit prévue de changer radicalement dans les mois et les années à venir. Seuls les clients « sélectionnés » sont en mesure de choisir leur fournisseur, les autres étant toujours soumis au monopole de l'EPE. De ce point de vue, EPE est chargée du service universel minimum lequel n'est pas encore libéralisé. La fourniture d'électricité à des clients « sélectionnés » est subordonnée à la délivrance préalable d'une licence spéciale par les autorités de régulation ; cette licence est accordée à tous les opérateurs rassemblant les garanties fixées par la loi pour une prestation adéquate de services de fourniture. Depuis l'entrée en vigueur de la loi 3175/2003, le fournisseur d'énergie peut être établi dans un état membre autre que la Grèce. Cette même loi dispose qu'en juillet 2004, tous les clients commerciaux deviendront des clients « sélectionnés »⁷¹⁶ et seront désormais en mesure de se procurer de l'énergie d'un fournisseur indépendant sans passer par EPE. La libéralisation de l'électricité pour usage ménager est prévue pour 2007.

ii) droit du service

K) La législation établissant la régulation moderne du secteur de l'énergie énumère plusieurs paramètres d'intérêt public qui doivent être pris en compte tant par les autorités de régulation que par les opérateurs régulés. Pour des raisons de méthode, il est plus utile de regrouper ces dispositions aux catégories suivantes.

L) *La planification.* L'organisation du service d'utilité publique en question affecte considérablement les choix stratégiques de l'Etat dans plusieurs autres domaines. Sous cette optique, la planification est une fonction principale pour le régulateur public de l'énergie, ce qui explique l'importance du rôle attribué au ministre par rapport à l'autorité indépendante de régulation. La planification doit garantir la promotion équilibrée des aspects contradictoires qui composent l'intérêt général, à savoir la sécurité du ravitaillement énergétique du pays, un développement régional équilibré, la productivité et la compétitivité de l'économie mais également la protection de l'environnement et de la santé des citoyens⁷¹⁷. Ces paramètres sont pris en compte dans tous les stades de la prestation de ce service, de la délivrance des licences de production et de fourniture à la fixation des conditions d'accès au réseau.

M) *Le service universel.* La continuité dans la fourniture de l'électricité fut une des premières règles établies par la jurisprudence administrative dans le domaine du droit des services publics. Ce

⁷¹¹ Art. 18, L-2773.

⁷¹² Art. 15, L 2773.

⁷¹³ Art. 19, L. 2773. Le contrat de gestion passé entre EPE et l'Autorité de Gestion est approuvé par le ministre. La contrepartie pour la gestion du « système » est égale au coût du service plus un profit raisonnable (orientation vers le coût).

⁷¹⁴ Art. 21 L. 2773.

⁷¹⁵ Critère qui exclut en grande partie l'énergie électrique produite par la consommation des hydrocarbures.

⁷¹⁶ Et non pas seulement dépassant un taux élevé de consommation annuelle, comme il est prévu aujourd'hui (art. 25, L. 2773).

⁷¹⁷ Art. 3, L. 2773.

besoin est satisfait dans le cadre de la régulation moderne par : a) la distinction des consommateurs finals à deux catégories, b) l'attribution à EPE –l'opérateur de loin le plus puissant— du droit exclusif de servir l'ensemble des clients « non-sélectionnés », aujourd'hui les ménages et les petites et moyennes entreprises, c) la fixation d'obligations spécifiques concernant la fourniture du service (accès et délais).

N) *Les droits des consommateurs.* Proche du service universel est le corps des règles établissant les droits des consommateurs finals, règles qui s'appliquent sur tous les opérateurs présents dans les différents marchés du secteur. Par exemple, il incombe aux fournisseurs et aux gestionnaires des réseaux, outre les principes communs de transparence et d'égalité de traitement, de ne pas divulguer des secrets commerciaux ou personnels auxquels ils ont accès dans le cadre du service prêté et de prendre les mesures nécessaires pour la sauvegarde de la santé des usagers et des tiers.

O) *Le coût du service.* La législation en vigueur met en place un système de contrôle, voire de fixation, du prix du service ; celui-ci est évalué en fonction du coût total de l'activité plus un profit raisonnable. Cette limite du droit de tout entrepreneur de fixer librement sa politique des prix concerne tant le prix de connexion au réseau que les prix de fourniture du service⁷¹⁸. Elle vise à préserver les conditions de concurrence au sein du marché mais avant tout à garder sous contrôle rigoureux le coût pour le consommateur; elle est donc justifiée par une raison d'intérêt public, celle d'assurer la fourniture du service d'une telle importance pour la société dans les meilleures conditions économiques.

III. Règles de fond

P) Nous avons adopté un modèle selon lequel les règles issues de la régulation moderne sont divisées en deux catégories : d'une part le *droit du marché régulé* qui détermine la manière par laquelle un secteur jadis monopolistique s'ouvre (s'il s'ouvre) au libéralisme économique et le degré de concurrence entre les fournisseurs du service. D'autre part, le *droit du service d'utilité publique* qui comporte les dispositions exorbitantes du droit commun (privé) nécessaires pour garantir que le service régulé sera fourni en conformité avec l'intérêt général et les droits fondamentaux des usagers.

Q) Si le second volet semble, de prime abord, être plus attirant pour le publiciste, il ne serait pas correct d'ignorer ou de sousestimer le premier volet en le considérant comme une branche spéciale du droit privé. Tout au contraire, le droit du marché régulé est en grande partie une matière de droit public. Selon l'approche dominante, d'origine communautaire par excellence, c'est en principe par le biais du fonctionnement du marché que sera acquise la bonne prestation du service comme l'exige l'intérêt général. De ce point de vue, *la régulation du marché constitue la première et plus importante méthode pour assurer la qualité du service.* Ce n'est que quand le marché s'avère incapable d'atteindre cet objectif, même après la mise en place de règles spéciales relatives à son fonctionnement⁷¹⁹, que la régulation moderne envisage la reconnaissance aux fournisseurs du service de droits ou d'obligations exorbitantes quant à sa prestation. En fin de compte, le droit du marché régulé et les règles sur la libre concurrence incarnent l'intervention publique sur les différents secteurs de l'économie tout en régissant les rapports entre opérateurs privés.

A. Le droit du marché régulé

R) Selon ce qui précède, il convient du point de vue méthodologique de commencer par les règles concernant l'organisation et le fonctionnement du marché régulé.

S) La première question qui se pose –qui est d'ailleurs la question fondamentale-- est celle de *l'ouverture du secteur*, acquise en principe par l'abolition des droits exclusifs. Cette abolition est la frontière qui sépare en grande partie l'approche traditionnelle du service public avec la régulation moderne. Si certains services en Grèce sont désormais entièrement libéralisés ou en phase de libéralisation⁷²⁰, d'autres ont toujours un caractère monopolistique⁷²¹. Toutefois, excepté les

⁷¹⁸ V. également, la règle de l'orientation des prix vers le coût dans le cadre de la législation sur les télécommunications, infra n. 42.

⁷¹⁹ P.ex., la régulation *ex ante* dans le secteur des télécommunications, infra n.39.

⁷²⁰ Le secteur bancaire et la radiotélévision, par excellence.

⁷²¹ P.ex., la fourniture de l'eau potable.

« services » qui font partie du noyau dur de l'Etat et ne peuvent pas être aliénés de celui-ci⁷²², le reste des activités devrait en principe être ouvert à la concurrence dans la mesure du possible, sur la base de l'art. 86 CE et de la conception moderne sur la régulation publique. Par ailleurs, le système hellénique connaît des cas de *pseudo-libéralisation*, dans le cadre des postes, par exemple : le secteur est en principe ouvert à la libéralisation mais l'essentiel des services postaux est confié à une entreprise publique qui prend en charge le service universel⁷²³. Sans oublier le système *mixte* de l'électricité, une combinaison de libre concurrence et de droits exclusifs⁷²⁴. Le processus de libéralisation doit en outre faire face à deux autres obstacles. D'une part, l'emprise de l'Etat sur un secteur sous régulation en sa qualité d'actionnaire de l'entreprise qui domine le marché. C'est la raison pour laquelle, la libéralisation doit aller de pair avec la privatisation des ex monopoles publics⁷²⁵. D'autre part, le maintien en faveur des entreprises publiques qui désormais opèrent au sein d'un environnement qui se veut concurrentiel, de certains privilèges inconciliables avec l'égalité de traitement⁷²⁶.

T) Du moment où les pouvoirs politiques décident d'ouvrir le marché correspondant au secteur régulé, se pose la question des *conditions administratives d'accès au marché*. La solution la plus libérale est de permettre à toute entreprise privée d'entreprendre l'activité concernée sans devoir suivre une procédure administrative préalable ni justifier son expérience et sa capacité technique et financière. Toutefois, le contrôle préalable de l'entrepreneur potentiel constitue une première garantie de sa viabilité et de la qualité des services qu'il est en mesure de fournir, paramètres qui intéressent l'intérêt public et le succès de la régulation. C'est la raison pour laquelle la plupart des secteurs régulés est soumise à un régime de licence spéciale et obligatoire pour la prestation dudit service. Ce système est à plus forte raison nécessaire quand l'activité régulée présuppose l'utilisation d'une « ressource rare »⁷²⁷ ou, en raison de sa nature, elle doit être exercée par un nombre limité d'opérateurs ; s'applique alors la règle du *numerus clausus* des licences spéciales⁷²⁸. Dans ces hypothèses, les principes de la transparence, de l'égalité de traitement et de la libre concurrence sont respectés dans le cadre de la procédure qui précède la délivrance des licences spéciales. L'autorité de régulation publie un appel d'offres qui fixe les conditions et les critères relatifs à l'adjudication⁷²⁹. En plus, la loi prévoit souvent que les opérateurs ne sont pas autorisés d'avoir plus d'une licence afin de ne pas permettre aux participants d'acquérir une position dominante ou de restreindre l'accès des tiers au marché. Pourtant, il faut remarquer que le législateur communautaire semble réticent vis-à-vis de la généralisation du système des licences spéciales qu'il considère comme une barrière considérable pour l'ouverture des marchés. Ainsi, pour les secteurs dont la régulation passe par excellence par Bruxelles, tels les télécommunications et l'énergie, les hypothèses dans lesquelles une licence spéciale est requise sont limitativement énumérées dans le texte réglementaire et pour le reste, l'activité est soumise à un régime de licence générale. Cette absence quasi-totale de contrôle préalable sur les caractéristiques du futur prestataire d'un service d'utilité publique n'est pas à l'abri de la critique⁷³⁰.

U) Le droit du marché régulé comporte un troisième chapitre, *les règles relatives au comportement des opérateurs pour l'ouverture et le bon fonctionnement du marché*. En général, cette forme de régulation s'exerce *ex post* par les règles de droit commun sur la libre concurrence, à savoir l'interdiction, d'une part, des accords et pratiques concertées entre entreprises ayant des conséquences néfastes sur le jeu de la concurrence, d'autre part, des abus de position dominante. Point commun de cette approche – dont les principaux atouts sont sa simplicité et de sa conformité avec les fondements

⁷²² Dans ce sens, le Conseil d'Etat a jugé que la concession de la gestion des places de parking de la Ville d'Athènes à une entreprise privée était contraire à la Constitution tant qu'elle empiétait certaines compétences de police municipale (constat des contraventions etc.) qui ne sont pas susceptibles d'être déléguées à une personne autre que de nature publique CEH (Ass) 1934/1998.

⁷²³ V. supra n.41.

⁷²⁴ V. supra n. 47.

⁷²⁵ Depuis 2003, l'entreprise publique d'énergie électrique (EPE) offre des services de téléphonie fixe par l'intermédiaire d'une filiale. De cette manière l'Etat participe désormais aux deux plus importantes compagnies de télécommunications. C'est à notre avis un exemple où le pouvoir public profite de la libéralisation du marché pour ralentir sa privatisation.

⁷²⁶ P.ex., le maintien en faveur des ex entreprises publiques dans les secteurs de la radiotélévision et des télécommunications du privilège de faire usage des pouvoirs exorbitants de l'Etat pour le recouvrement de leurs créances. V. supra, n. 30.

⁷²⁷ P.ex., l'usage des fréquences dans le cadre des télécommunications.

⁷²⁸ En matière de radiotélévision, v. supra n. 24.

⁷²⁹ Tous les candidats sont mis sur un pied d'égalité. Toutefois, certaines entreprises publiques qui étaient auparavant titulaires de droits exclusifs ont obtenu *ex lege* une des licences spéciales au moment de l'ouverture du marché sans devoir participer aux procédures mises en place pour la délivrance de ces licences. Ce fut le cas pour ERT (télévision) et OTE (internet, téléphonie mobile et fixe). Ce compromis fut toléré par l'Union Européenne pour des raisons plutôt politiques que juridiques.

⁷³⁰ Un grand nombre d'entreprises ayant commencé à offrir de services de téléphonie fixe sur la base de licences générales ont fait faillite en Grèce ou sont aujourd'hui insolvables, ce qui provoque de problèmes importants à leurs fournisseurs et clients.

libéraux de la régulation moderne— est qu'elle met l'accent sur les conséquences du comportement examiné pour le marché concerné; si elles n'aboutissent pas à empêcher, à restreindre ou à fausser les conditions de concurrence, le comportement n'est pas interdit. Toutefois, si la régulation *ex post* garantit des résultats plutôt satisfaisants quand elle s'applique sur des marchés déjà ouverts (p.ex., télévision « free to air », transports maritimes, médicaments), on ne peut pas dire la même chose pour les marchés qui ont fonctionné pendant longtemps sous un régime purement monopolistique. En outre, appliquer uniquement les principes de droit commun de la concurrence s'avère insuffisant pour la libéralisation des services dont la prestation présuppose l'existence d'infrastructures considérables⁷³¹ et d'un réseau⁷³² de transmission et de fourniture élaboré. Sauf à attirer des investissements colossaux, ces secteurs ne seraient jamais ouverts à un minimum de concurrence si le régulateur public ne soumettait pas, *préalablement*, les propriétaires du réseau et des infrastructures existantes, de même que les entreprises ex monopolistiques qui contrôlent toujours le marché, à un régime d'obligations exorbitantes. C'est la raison d'être de la régulation *ex ante*, un corps de règles spéciales qui déterminent le comportement de certains prestataires dans le but d'assurer le niveau de concurrence nécessaire pour le bon fonctionnement du marché. Aux antipodes de la régulation *ex post*, ces règles sont appliquées automatiquement, c'est à dire sans qu'il soit nécessaire que l'autorité de régulation apporte la preuve des conséquences sur la concurrence du comportement de l'opérateur régulé. Au cours de notre analyse sectorielle il a été expliqué que ces règles ont comme fonction principale de garantir l'accès au réseau dans des conditions transparentes, égales, équitables, fonctionnelles et viables. C'est par exemple l'obligation d'interconnexion en matière de télécommunications et de l'énergie ou les autres obligations incombant sur les « *opérateurs puissants sur le marché* » comme la transparence, l'égalité de traitement des concurrents, et l'orientation vers le coût des prix offerts aux autres prestataires du service pour l'accès au réseau⁷³³. Un autre modèle de régulation *ex ante* est celui de l'électricité qui repose sur l'existence d'un seul réseau de transport géré par un opérateur *distinct* de ceux qui entreprennent d'activités de production ou de fourniture auquel incombe la charge de permettre l'accès équitable des producteurs, fournisseurs et clients⁷³⁴.

B. Le droit du service d'utilité publique

v) Toutefois, et malgré le fait que la bonne prestation des services d'utilité publique devrait désormais être en principe acquise par l'ouverture des marchés, la régulation moderne n'ignore pas les limites de cette approche libérale. Il existe des hypothèses dans lesquelles le jeu de la concurrence ne suffit pas à lui seul, même après l'application d'une intervention publique *ex ante* sur le marché, de garantir d'une part la fourniture du service, d'autre part, les conditions relatives à sa qualité. En plus, l'importance de certains services pour le bien être et la jouissance des droits fondamentaux des citoyens —importance qui justifie la qualification du service comme étant d'utilité publique et son rattachement à la notion de l'intérêt général— imposent à l'autorité publique de régulation de ne pas se cantonner à un rôle d'*arbitre* du marché. C'est la raison d'être du second volet du régime de la régulation moderne, celui qu'on peut appeler *droit du service d'utilité publique*. Ces règles sont le fruit d'une lecture moderne de certains principes fondamentaux du droit traditionnel des services publics comme la continuité du service, l'accès de tous dans des conditions égales, le contenu du service conforme à l'intérêt général, etc.

w) La première et la plus importante notion juridique qui ressort de cette lecture est celle du *service universel*⁷³⁵, point de rencontre de la conception classique du droit public avec la régulation de dernière génération. Le droit administratif hellénique a consacré depuis longtemps le principe de la

⁷³¹ Dans ce contexte, l'application des règles du droit commun de la libre concurrence, et plus précisément la théorie des *essential facilities* (v. CJCE, arrêt du 26.11.1998, Oscar Bronner c/ Mediaprint, aff 7/97), s'avère insuffisante.

⁷³² A. LAGET-ANNAMAYER, *La régulation des services publics en réseaux : télécommunications, et électricité*, éd. Bruyant et LGDJ, 2002. FIDE, XIX congress, *Droit communautaire concernant les « networks » et ses conséquences pour les états membres*, vol 2, 2000

⁷³³ V supra, nos 39 et 49.

⁷³⁴ V. supra, nos 49 et s.

⁷³⁵ J. STEENBERGEN, Vers une régulation européenne? Libéralisation et re-régulation des services universels ; les télécommunications comme test de l'approche européenne des services publics, in *La régulation des services publics en Europe*, 2000.441. V. KARAYANNIS, Le service universel des télécommunications en droit communautaire, entre intervention publique et concurrence, *Cahiers de droit Européen*, 2002.315.

continuité du service public⁷³⁶ qui est le prédécesseur du service universel. Par ailleurs, un aspect de ce principe est doté d'une force juridique constitutionnelle ; le second alinéa de l'art. 23.2 CH habilite le législateur à restreindre le droit de grève du personnel des « *entreprises publiques ou d'utilité commune* »⁷³⁷ dans le but d'assurer la satisfaction ininterrompue des besoins de la communauté. Dans le cadre de la régulation moderne, l'objectif du service universel est tout d'abord poursuivi par des règles à caractère négatif. Par exemple, il est interdit aux chaînes de télévision d'arrêter l'émission de leur programme pour une grande période ; une telle interruption justifie le retrait de la licence. En outre, le service universel est assuré par des mesures positives, à savoir la mise en place d'un système qui permet la fourniture d'un minimum de services à tous les usagers sous n'importe quelles conditions, même quand cette prestation n'est pas rentable pour les opérateurs. Le service universel constitue *un amalgame de droits et d'obligations spéciales de droit public* qui sont attribués à l'opérateur chargé de sa prestation. Les obligations se réfèrent aux conditions et à la qualité du service minimum, de même qu'aux catégories des bénéficiaires du service. Les droits sont la contrepartie de ces obligations ; par exemple, le financement de l'activité par une caisse commune à laquelle contribuent les autres prestataires du même service⁷³⁸ ou la prestation en exclusivité de certaines activités rentables⁷³⁹.

x) La régulation publique du service inclut également le pouvoir de fixer les *règles sur le contenu et la qualité des prestations* même quand celles-ci ne sont pas offertes dans le cadre du service universel. Il a été expliqué que la réglementation en vigueur dans le secteur de la radiotélévision fixe certains aspects du contenu des émissions télévisées dans le but de promouvoir des objectifs d'intérêt public comme le bon usage de la langue hellénique, la production de programmes européens et nationaux, la polyphonie politique etc.

y) Un autre volet du régime de la régulation concerne les *droits des usagers*. D'une part, l'utilisateur est traité sous sa qualité de consommateur. Ainsi, le législateur et l'autorité de régulation déterminent le délai dans lequel un particulier doit être connecté au réseau de téléphonie ou celui dans lequel le distributeur de l'énergie électrique est obligé de réparer une panne. D'autre part, l'utilisateur est également un citoyen dont les droits fondamentaux doivent être respectés. La régulation moderne semble reconnaître le droit de chaque personne d'accéder à la jouissance de tout service d'utilité commune fourni dans des conditions normales dans un cadre de transparence et d'égalité de traitement. En outre, le droit de la régulation garantit le respect de la sphère privée des usagers comme le secret de la communication ou la protection de la vie privée et professionnelle⁷⁴⁰.

z) Enfin, les objectifs d'intérêt général poursuivis par la régulation publique passent nécessairement par l'existence d'un *système de déontologie et de discipline* à appliquer aux prestataires du service. Le contrôle sur l'activité des opérateurs régulés concerne le respect de leurs obligations de droit public par rapport au fonctionnement du marché et la qualité du service offert, comme ces obligations résultent de la réglementation en vigueur. Mais la régulation ne se limite pas au respect de la loi ; elle s'intéresse également à la création de normes additionnelles par lesquelles les fournisseurs du service auto-limitent leur comportement. Si la discipline est imposée d'en haut, c'est à dire de l'autorité de régulation vers les opérateurs régulés, la déontologie fonctionne en principe au sens inverse ; ce sont les opérateurs qui produisent un corps de règles de comportement approuvé par l'autorité de régulation⁷⁴¹.

IV. L'organisation de la régulation et son contrôle

A. L'organisation de la régulation

a. Les autorités indépendantes, choix institutionnel privilégié - typologie

⁷³⁶ CEH 957/1978, CEH687/1987, CEH(PE)34/1998).

⁷³⁷ Par conséquent, cette disposition s'applique non seulement aux services publics mais à toute entreprise, publique ou privée, dont son activité peut être considérée d'utilité commune.

⁷³⁸ C'est le cas pour la téléphonie fixe.

⁷³⁹ P.ex., dans le cadre de la poste ou en matière de fourniture d'électricité aux clients « non sélectionnés ». V. supra, nos 41 et 50.

⁷⁴⁰ V. supra, nos 35, 41 et 54

⁷⁴¹ V. supra n. 29.

AA) La régulation comme forme moderne d'intervention publique dans divers domaines d'activités, va de pair avec l'apparition d'un nouveau mode d'organisation institutionnelle, jusque-là marginal sinon inconnu en droit hellénique, les autorités (administratives) indépendantes⁷⁴². Le premier cas d'une autorité de régulation détachée de la pyramide administrative et devenue au fil du temps « indépendante » fut le Conseil National de Radiotélévision. Au cours les années 90 le phénomène c'est généralisé et on compte aujourd'hui une vingtaine à peu près de telles institutions⁷⁴³⁷⁴⁴.

BB) Il ne faut pourtant pas assimiler les autorités de régulation aux autorités indépendantes⁷⁴⁵. Certains régulateurs ne sont pas des autorités indépendantes mais de simples personnes morales de droit public mises sous tutelle ministérielle⁷⁴⁶ ou des autorités baptisées « indépendantes » mais dont certaines décisions sont soumises au contrôle de légalité par le ministre compétent ; c'est la « *semi* ou *pseudo-indépendance* ». Dans d'autres cas, la fonction de régulation est confiée à une unité distincte mais directement attachée à l'administration centrale⁷⁴⁷ ou demeure entre les mains du ministre⁷⁴⁸. Sans oublier l'*autorégulation*, selon laquelle cette fonction passe du régulateur public au régulé, lequel auto-limite son activité à sa propre initiative⁷⁴⁹. En bref, l'autorité indépendante est le modèle « à la mode » dès qu'un secteur d'activité est soumis à une régulation publique « moderne », mais il n'est pas le seul⁷⁵⁰.

⁷⁴² Les autorités indépendantes sont des institutions à caractère collégial. Bien qu'elles fassent partie de l'administration du point de vue fonctionnel et formel, elles sont entièrement détachées de la pyramide étatique et soustraites du contrôle interne traditionnellement exercé sur les autres personnes publiques (tutelle, approbation préalable des décisions etc.). Toutefois, elles sont privées de personnalité juridique distincte et appartiennent à la personne morale de l'Etat.

⁷⁴³ M. ANTONOPOULOS, *Autorités Administratives Indépendantes*, Ed. A. Sakkoulas, Athènes (Komotini, 1995), I. KAMTSIDOU, Le principe de la séparation des pouvoirs, et les Autorités Administratives Indépendantes, *To Syntagma* 1999.543 ; K. CHRYSOGONOS, Les Autorités Indépendantes et le Projet de la Commission de Révision de la Constitution, *To Syntagma* 2000.1165, T. VIDALIS, Séparation des pouvoirs formelle ou matérielle ? Le fondement des autorités indépendantes dans le système politique, *To Syntagma*, 2003.783, F. KOZYRIS et autres, *L'indépendance des autorités indépendantes*, 2003, S. KOUTSOUBINAS, *Autorités indépendantes et droits individuels, Dikaiomata tou Anthropou*, 2001.377, A. ILIADOU, La Constitution et les Autorités Administratives Indépendantes, *Dioikitiki Diki*, 2000.784, CH. CHRYSANTHAKIS, Les autorités administratives indépendantes sous l'aspect de la révision constitutionnelle, *Epitheorissi Dioikitikou Dikaiou* 2001.8.

⁷⁴⁴ Les raisons de la création d'autorités indépendantes sont plus ou moins communes en Europe: combattre la pathologie de l'appareil administratif traditionnel (soumission aveugle à la volonté du gouvernement, manque d'efficacité et de productivité, manque de souplesse et de capacité d'adaptation aux données nouvelles) par une institution ne dépendant plus de la tutelle et du contrôle hiérarchique du gouvernement, composée de personnalités faisant autorité dans leur domaine et sélectionnées dans un contexte de consensus politique, rassemblant les compétences nécessaires pour couvrir tous les aspects de la régulation (approche scientifique, contrôle a priori et a posteriori, pouvoir réglementaire et répressif etc.) et jouissant de l'indépendance statutaire et économique pour réussir leur mission. En ce qui concerne la Grèce, la « sympathie » de l'Union européenne pour ce genre d'organismes et l'exemple des AAI françaises – la France est traditionnellement une source d'inspiration pour les publicistes hellènes – sont deux facteurs qui ont soutenu cette nouvelle approche institutionnelle jusqu'à sa consécration constitutionnelle en 2001.

⁷⁴⁵ Par ailleurs, une certaine confusion terminologique existe en Grèce en ce qui concerne le caractère administratif ou non des autorités en question. Si la théorie a d'abord utilisé le terme d'autorité administrative indépendante, le législateur et ensuite la Constitution utilisent le terme « autorité indépendante ». S'agirait-il de deux catégories différentes ? Serait-il un indice que les autorités indépendantes n'appartiennent pas à la fonction administrative mais occupent une place à part dans le système hellénique ? Le droit grec n'a pas encore donné une réponse finale à ces questions bien qu'il soit fort discutable du point de vue constitutionnel de reconnaître à ces corps une nature autre qu'administrative. V. également l'analyse quant à la conformité des compétences accordées aux autorités de régulation avec le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, infra n. 75.

⁷⁴⁶ P.ex., la Commission de Bourse en Grèce constitue une personne morale de droit public dépendant du ministère de l'Economie et des Finances. De même, l'Organisme National des Médicaments a le même statut mais dépend du ministère de la Santé.

⁷⁴⁷ Service d'Aviation Civile, Centre National de Secours Direct.

⁷⁴⁸ P.ex., les domaines des assurances et des marchés publics. Par ailleurs, le secteur qu'on pourrait définir comme « régulation environnementale » appartient directement aux services du Ministère de l'Environnement. Sans oublier les services publics qui ne sont pas encore ouverts à la régulation moderne, comme l'eau, la propreté ou les transports ferroviaires dont la supervision est une affaire de l'administration centrale ou décentralisée.

⁷⁴⁹ Un exemple d'autorégulation est le « *contrat multipartite d'autolimitation* » qui doit être passé par les chaînes privées de télévision. V. supra n.29.

⁷⁵⁰ Actuellement en Grèce, il convient de répertorier les autorités de régulation suivantes, sans que la liste soit exhaustive :

- a. Autorités indépendantes de régulation
 - i. Conseil National de Radiotélévision (L. 2863/2000)
 - ii. Commission Nationale des Télécommunications et Postes (L. 2867/2000)
 - iii. Autorité Régulatrice de l'Energie (L. 2773/1999)
 - iv. Commission de Concurrence (L. 703/1977)
- b. Personnes morales de droit public chargées de fonctions de régulation
 - i. Commission de Bourse (L. 1969/91, 2166/93 et 2396/96 et d.p. 25/2003)
 - ii. Organisme National des Médicaments (L. 1316/1983)
 - iii. Centre National de Secours Immédiat (Art.7 L. 1579/1985)
 - iv. Ordres des Avocats, des Médécins, des Architectes etc
- c. Personnes morales de droit privé chargées de fonctions de régulation
 - i. La Banque de Grèce en tant qu'autorité de régulation et de contrôle du secteur bancaire (Lois nos 2076/1992, 2609/1998, 2832/2000).
- d. Services autonomes de l'administration centrale

CC) En outre, il serait utile de distinguer entre les *autorités indépendantes de régulation* et les *autorités indépendantes de garantie* dont seules les premières tombent dans le champ de la présente analyse⁷⁵¹. Le CNR est le seul exemple d'autorité indépendante cumulant les deux fonctions. Les autorités indépendantes de régulation, contrairement aux autorités de garantie, ne sont pas consacrées par la voie constitutionnelle⁷⁵² mais sont créées par le législateur, ce dernier se réservant du pouvoir de les modifier, voire les abolir⁷⁵³.

b. *L'indépendance de l'autorité de régulation*

DD) Les principes d'organisation et du fonctionnement des autorités indépendantes prévues par la Constitution sont fixés par l'art. 101A CH et par la loi 3051/2002⁷⁵⁴. Le régime pour le reste des institutions de régulation --qui sont la majorité-- est laissé à la discrétion du législateur⁷⁵⁵. Ces autorités disposent --en théorie, au moins-- d'une indépendance financière étendue. Elles établissent leur propre budget et disposent dans certains cas de ressources directes, quand la loi impose en leur faveur des redevances ou d'autres charges sur les entreprises entrant dans le champ de leurs compétences de régulation⁷⁵⁶. Elles choisissent leur personnel. Elles sont en principe mises à l'abri de toute forme de contrôle administratif et gouvernemental⁷⁵⁷ et sont soumises seulement au contrôle parlementaire et juridictionnel⁷⁵⁸. Bien que dépourvues de la personnalité juridique, elles disposent de la qualité d'agir en justice ou de conclure des contrats.

EE) La direction de l'AI est confiée à son Président, qui constitue l'organe suprême et représente l'AI, au Vice Président et aux autres membres. Tous les membres des AI jouissent d'une indépendance personnelle et fonctionnelle accrue, comparable à celle des magistrats. Leur statut est celui d'un haut fonctionnaire de l'Etat. Ils ont désignés directement par le Parlement⁷⁵⁹ --soit tous⁷⁶⁰, soit seuls le Président et le vice-Président⁷⁶¹ -- et nommés par le Ministre compétent⁷⁶². Leur mandat a une durée déterminée⁷⁶³ et ne peut être renouvelé qu'une seule fois.

FF) L'acceptation de l'indépendance des AI vis-à-vis le pouvoir exécutif ne fut pas chose facile. Si elle est acquise pour celles d'entre elles qui disposent de ressources nécessaires pour leur propre fonctionnement, elle n'est pas évidente pour celles dont le soutien financier dépend de

i. Service de l'Aviation Civile (L. 1815/1988)

e. Le ministre en tant qu'autorité de régulation

i. Ministre des Transports pour les postes et les transports routiers

ii. Ministre de la Santé pour régulation des hôpitaux privés

iii. Ministre de la Culture et des Sports pour des domaines comme le théâtre, le cinéma ou le sport professionnel.

⁷⁵¹ Seulement une partie des autorités indépendantes est dotée de fonctions de régulation --au moins suivant la définition donnée ci-dessus à ce terme. Le modèle de l'autorité indépendante est également utilisé pour garantir une liberté fondamentale ou un droit constitutionnellement reconnu : Médiateur, Autorité de Protection des Données Personnelles, Autorité de Protection de la Sécurité des Communications etc.

⁷⁵² A l'exception du CNR en raison de sa double nature.

⁷⁵³ De ce point de vue, le législateur semble de première vue garder une discrétion absolue par rapport à l'organisation institutionnelle de la régulation publique et rien ne l'empêche de revenir au modèle traditionnel en rétablissant la compétence de l'administration centrale. Ce fut le cas pour l'Autorité Régulatrice des Transports Maritimes Internes, instituée par la loi n. 2932/2001 et abolie en 2004. Toutefois, si cette constatation vaut pour le droit interne, il n'est pas évident qu'elle se concilie avec le droit communautaire. Quand le législateur européen se charge de la régulation publique d'un secteur, la télécommunication et l'énergie par exemple, il recommande qu'en droit national soit mise en place une autorité de régulation indépendante au sens fonctionnel du terme.

⁷⁵⁴ JO, A, 220/20.9.2002. En ce qui concerne la présente recherche, le CNR.

⁷⁵⁵ Or, du moment où celui-ci détermine comme bon lui semble le degré de leur indépendance, l'hypothèse d'institutions « pas très indépendantes » n'est donc pas exclue, malgré les inconvénients que pourrait susciter la création de telles autorités-hybrides. Toutefois, vu la situation actuelle, il serait exagéré de nier le caractère indépendant des autorités de régulation instituées par le législateur.

⁷⁵⁶ De ce point de vue, la CNTP (télécoms) est de loin la plus privilégiée.

⁷⁵⁷ A l'exception des cas de *semi* ou *pseudo-indépendance* qu'on a cités ci-dessus, où une décision d'une autorité indépendante est soumise à l'approbation du ministre ou susceptible d'un recours hiérarchique ou spécial devant lui.

⁷⁵⁸ V. infra nos 79 et s.

⁷⁵⁹ La sélection des membres et de la présidence des AI est confiée au « Conseil des Présidents du Parlement », organe prévu par le Règlement du Parlement et contrôlé par la majorité gouvernementale. En vertu de l'art. 101A CH, les membres des AI sont désignés « si possible » à l'unanimité, sinon à la majorité des quatre cinquièmes de ce Conseil. Il importe de préciser que le gouvernement dispose de cette majorité au sein du Conseil des Présidents.

⁷⁶⁰ C'est le cas pour le Conseil National de la Radiotélévision (art. 1 L. 3051/2002) et la Commission Nationale de Postes et Télécommunications (art. 3, L. 2867/2000)

⁷⁶¹ C'est le cas pour l'Autorité Régulatrice de l'Energie (art. 4, L. 2773/1999) et de l'ex Autorité Régulatrice des Transports Maritimes Internes (art. 12, L. 2932/2001).

⁷⁶² Leurs fonctions sont incompatibles avec toute autre fonction publique, sauf celle du professeur d'Université.

⁷⁶³ Toutefois, après les élections de 2004 le nouveau Parlement a terminé prématurément par la voie législative le mandat de tous les membres des AI à l'exception de celles prévues par la Constitution. Cette initiative montre que l'indépendance de ces autorités vis-à-vis du pouvoir politique n'est pas sans limites.

l'administration centrale. Par ailleurs, après une période pendant laquelle l'affermissement de l'indépendance des autorités de régulation fut à la mode, la tendance opposée commence à se faire apparaître⁷⁶⁴.

c. *La polymorphie de la fonction régulatrice*

GG) Les aspects de la régulation moderne se caractérisent par une grande diversité ; leur contenu dépasse les frontières de la fonction administrative classique. De cet angle de vue, la régulation est difficilement conciliable avec la conception traditionnelle et rigide de la séparation des pouvoirs, conception qui prévaut en Grèce (art 26 CH) et semble être composée d'éléments provenant de tous les trois pouvoirs. Si elle est de nature administrative par excellence, elle comporte également des aspects législatifs et juridictionnels.

HH) C'est au moins l'impression qui ressort de l'examen comparatif des compétences conférées aux autorités de régulation. L'éventail de leurs pouvoirs est impressionnant. Plus précisément, elles cumulent les fonctions suivantes :

a. Administrative *stricto sensu* : elles produisent les actes administratifs qui concernent l'activité régulée. L'exemple typique est la délivrance des licences et autorisations nécessaires pour l'exercice de cette activité.

b. Réglementaire : elles sont à l'origine de la réglementation spécifique et du *soft law* qui régit le secteur régulé. Elles édictent des règlements ou des décisions comportant des règles et publient des circulaires ou des directives, dans les limites du pouvoir réglementaire qui leur est conféré par le législateur⁷⁶⁵.

c. Police administrative spéciale : Elles contrôlent le respect de leurs propres règles et disposent de vastes pouvoirs d'investigation qui vont même jusqu'à la perquisition, la confiscation des documents etc.

d. Arbitrage : certaines autorités de régulation sont autorisées à trancher de litiges de droit privé opposant les prestataires du service régulé ou les opérateurs aux usagers.

e. Mesures d'urgence : prendre des mesures provisoires à la suite d'une procédure quasi-juridictionnelle similaire aux procédures contentieuses.

f. Répression administrative : toutes les autorités de régulation ou presque disposent du pouvoir d'imposer des sanctions administratives⁷⁶⁶.

II) L'étendue et la diversité des compétences attribuées aux autorités de régulation ont suscité certaines réactions. Ce phénomène serait-il incompatible avec le principe de la séparation des pouvoirs ? Comment peut-on accepter en Grèce qu'une autorité appartenant au pouvoir exécutif puisse empiéter dans les domaines respectifs du législateur et du juge⁷⁶⁷ ? Par ailleurs, comment tolérer au sein d'un état de droit l'existence d'une autorité qui fixe les règles du jeu, les applique, contrôle leur application par le biais de pouvoirs de police exorbitants, tranche les litiges nés par l'application de sa réglementation et finalement, sanctionne les transgresseurs ?

JJ) Bien que ces critiques ne manquent pas de raison, le Conseil d'Etat ne s'est pas opposé au phénomène des autorités indépendantes de régulation. Au contraire, le juge administratif considère qu'aucun principe ou disposition constitutionnelle ne fait pas obstacle à la création par le législateur d'autorités administratives indépendantes⁷⁶⁸ du moment où le contrôle parlementaire exercé sur cette autorité, surtout au stade de la désignation de ses membres, la soumet à la souveraineté du peuple⁷⁶⁹.

⁷⁶⁴ Le dernier projet de loi pour la transposition des nouvelles directives communautaires sur la communication électronique prévoyait le retour de certaines compétences actuellement attribuées à la CNTP entre les mains du Ministre des Communications. Bien que le projet n'a pas eu de suite en raison du changement gouvernemental après les dernières élections, il montre que le rétrécissement du pouvoir décisionnel de l'Administration centrale en faveur des AI de régulation n'est pas encore « digéré » par le pouvoir exécutif

⁷⁶⁵ Dans les limites de l'art. 43.2 CH, qui autorise le législateur de déférer aux organes du pouvoir exécutif autres que le Président de la République seulement la réglementation des matières à caractère technique et secondaire.

⁷⁶⁶ La typologie des sanctions comporte la simple mise en demeure, l'amende pouvant aller jusqu'à 1,5 millions d'euros ou le 15% du chiffre d'affaires et la révocation provisoire ou permanente de la licence administrative ; cette dernière pouvant être considérée comme la « peine de mort administrative » vis-à-vis de l'entreprise concernée.

⁷⁶⁷ Si la question ne se pose plus pour les institutions citées expressément par la Constitution qui sont considérées comme une exception voulue par le constituant à la séparation des pouvoirs, elle demeure sans réponse pour les autorités de régulation de nature législative. Pire encore ; extraire ces autorités du contrôle hiérarchique aboutit à extraire une partie de l'administration du contrôle parlementaire, ce dernier reposant sur la responsabilité politique du Ministre.

⁷⁶⁸ CEH(Ass) 872/1992 et surtout CEH 944/1999

⁷⁶⁹ CEH (Ass) 2279/01

Par ailleurs, le cumul au sein de la même autorité, de compétences réglementaires, policières et répressives n'a pas été jugé comme contraire à une norme supra législative⁷⁷⁰.

KK) La reconnaissance jurisprudentielle du phénomène des autorités de régulation constitue une acceptation indirecte de la régulation publique en tant que forme moderne d'intervention publique. La position du Conseil d'Etat ne doit pas être vue comme un assouplissement du principe de la séparation des pouvoirs mais comme une actualisation de sa conception sur le contenu et les frontières de la fonction administrative. « Administrer » dans le sens de « réguler » signifie également « réglementer », « contrôler », « arbitrer » et « réprimer » sans que ces aspects perdent leur nature administrative. Toutefois, l'attribution de ces compétences à une seule autorité, le régulateur, même quand elle est nécessaire pour assurer l'efficacité de la régulation, pose une série de problèmes par rapport à la protection de la situation juridique et des droits fondamentaux des administrés sous régulation. Les garanties traditionnelles du droit administratif général – motivation de la décision administrative, accès au dossier, audition préalable – sont loin d'être suffisantes pour garantir une protection équitable de l'administré vis-à-vis d'une institution toute puissante comme sont les autorités de régulation. Malheureusement, le juge grec n'a pas encore abordé de manière suffisante cet aspect du problème⁷⁷¹.

B. Le contrôle de la régulation

LL) Le présent rapport se cantonne à présenter les formes de contrôle prévues par le droit national. Toutefois, il ne faut pas sous-estimer le contrôle exercé par les instances communautaires sur les régulateurs nationaux⁷⁷².

a) le contrôle extra-juridictionnel

MM) Le droit administratif hellénique connaît les recours administratifs pré contentieux, à caractère ordinaire, comme le recours gracieux et le recours hiérarchique et à caractère extraordinaire, comme le recours spécial et le recours quasi-juridictionnel (préalable). Toutefois, les recours administratifs pré contentieux n'ont qu'une importance marginale dans le contexte de la régulation moderne. Si la régulation est exercée par le ministre ou par une autorité indépendante, la seule voie ouverte est celle du recours gracieux ; son utilité est limitée puisqu'il est statistiquement rare de persuader une autorité de changer sa propre décision. Dans certains cas, la législation prévoit que la décision de l'autorité de régulation est susceptible de recours hiérarchique devant le ministre compétent (régulation *semi* ou *pseudo-indépendante*) ; mais ce recours hiérarchique aboutit rarement à l'annulation ou la modification de la décision attaquée, sans doute parce que le ministre substitue difficilement son approche à celle d'un collège de spécialistes. Enfin, il n'est pas prévu que les actes des autorités de régulation sectorielle (par exemple, le CNPT et l'ARE) soient portés devant une autre autorité indépendante à compétence générale (la Commission de Concurrence, par excellence). Toutefois, un tel système permettrait de forger une politique commune en ce qui concerne les règles du marché régulé et minimiserait le risque de décisions contradictoires dans le contexte du droit de la concurrence⁷⁷³. En outre, le transfert des compétences de régulation à des autorités indépendantes les immunise d'une autre forme de contrôle pré contentieux, celui exercé par le Médiateur. Suivant la

⁷⁷⁰ CEH 3545/2002

⁷⁷¹ CEH 2543/1999, sur les sanctions imposées par le CNR. V. également, CEH, 3545/2002.

⁷⁷² Pour certains secteurs, comme la télécommunication ou les transports aériens, ce contrôle est systématique et vise à assurer la bonne implantation dans l'ordre juridique interne de l'approche régulatrice européenne. Quand les autorités communautaires ne sont pas satisfaites de la régulation nationale, elles activent la procédure de l'article 226 CE afin de condamner l'Etat membre pour manquement à ses obligations résultant du droit communautaire. Actuellement, une procédure d'infraction est en évolution pour non transposition conforme du nouveau « paquet réglementaire » sur les communications électroniques (directives n. 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE).

⁷⁷³ Par exemple, dans le domaine des télécommunications, les décisions de la CNIP sur certaines matières risquent d'être en contradiction avec celles de la Commission de Concurrence, de l'Autorité pour la Protection des Données ou de l'Autorité de Sauvegarde des Communications. Il a été proposé de soumettre ces actes à un contrôle quasi-juridictionnel devant la Commission de Concurrence qui deviendrait ainsi une super-autorité indépendante de second degré. Cette proposition présente l'avantage d'homogénéiser l'interprétation des règles de concurrence sur l'ensemble des secteurs mais en même temps le désavantage de faire passer en second plan les spécificités de chacun des domaines régulés. Pour le dire autrement, si le *droit du marché* soit mieux appliqué sous le haut patronage de la Commission de Concurrence, ceci ne vaut pas nécessairement pour le *droit du service*. Une autre solution serait d'intégrer les régulateurs « sectoriels » au sein de la Commission de Concurrence comme ce fut le cas pour l' Autorité Régulatrice des Transports Maritimes Internes.

lecture dominante de la législation sur les pouvoirs attribués au Médiateur, celui-ci n'est pas compétent pour connaître des plaintes adressées contre les autorités administratives indépendantes.

NN) Reste le contrôle parlementaire. Dans les hypothèses où la régulation est confiée à l'administration centrale, ce contrôle est fondé sur la responsabilité politique des ministres et il prend les formes traditionnelles prévues par le règlement du Parlement (questions parlementaires, motions etc.). Si la régulation est déferée à une autorité indépendante, le contrôle parlementaire résulte directement du caractère indépendant de cette autorité ; il constitue le contrepoids institutionnel de la coupure du cordon ombilical entre l'autorité de régulation et l'administration centrale et l'alibi pour que cette coupure soit considérée comme conforme au principe de la séparation des pouvoirs. Le contrôle est exercé d'un côté par la désignation des membres de l'autorité de régulation par le Parlement et d'un autre par des commissions parlementaires spéciales qui apprécient le travail effectué par cette institution.

b) le contrôle juridictionnel

OO) Les actes par lesquels est exercée la régulation publique sont susceptibles de recours contentieux devant la juridiction administrative⁷⁷⁴. D'après le système hellénique, le recours pour excès de pouvoir, qui se limite à un examen de la légalité de la décision administrative, constitue d'une part la voie contentieuse de droit commun, d'autre part la voie exclusive pour le contrôle des actes réglementaires. Ainsi la plus grande partie des litiges nés dans le contexte de la régulation publique appartient au contentieux de la légalité à deux exceptions près : d'une part, certaines sanctions administratives imposées par des autorités de régulation sont portées devant les Cours Administratives d'Appel par un recours de plein contentieux⁷⁷⁵ ; d'autre part, les actions en indemnité pour responsabilité extra contractuelle de l'Etat du fait du comportement d'une autorité de régulation sont portés devant les tribunaux administratifs de premier ressort.

PP) La question se pose à savoir si le contrôle juridictionnel est suffisamment étendu et efficace pour assurer une protection juridictionnelle adéquate dans le contexte de la régulation publique. L'enjeu de cette forme d'intervention administrative pour la protection de l'intérêt général et des droits fondamentaux ne justifie aucun affaiblissement du contrôle juridictionnel. Il importe de mettre l'accent sur les pouvoirs si étendus et les rôles si variés que cumulent les autorités de régulation ; le risque d'abus et l'absence d'autres formes de contrepoids institutionnel imposent la mise en place d'un examen juridictionnel rigoureux.

QQ) Il a beau être impératif, cet examen n'est guère assuré par le système hellénique. Le juge administratif semble cantonné à un rôle secondaire : le caractère par excellence scientifique-technique de la régulation et la rapidité impressionnante par laquelle évoluent les secteurs régulés —il suffit de comparer l'environnement actuel de la téléphonie et de l'énergie à celui il y a une dizaine d'années— sont difficilement conciliables avec les conditions traditionnelles de travail juridictionnel. En plus, le juge manque d'approche globale et systématique des problèmes que génère la régulation publique. Une partie des litiges est portée devant le Conseil d'Etat⁷⁷⁶, une autre devant les Cours Administratives d'Appel dans certaines hypothèses par une dispersion des affaires n'a pas permis la création d'une jurisprudence homogène ni la spécialisation d'un groupe de juges sur les matières, certes difficiles, de la régulation. recours en annulation⁷⁷⁷, dans d'autres par un recours de plein contentieux⁷⁷⁸. Cette Sans oublier la lenteur de la procédure qui est évidemment incompatible avec la rapidité inhérente à la régulation et au caractère dynamique de celle-ci⁷⁷⁹.

⁷⁷⁴ Pour une présentation générale des règles du contentieux administratif hellénique, en langues française et anglaise v. E. SPILIOPOULOS «Droit administratif hellénique» LGDJ, 1991, idem, Grèce, l'organisation de la justice administrative, RFDA 1988.240, P. DAGTOGLOU, Constitutional and Administrative Law, in K. KERAMEUS/P. KOZYRIS *Introduction to Greek Law*, 2nd éd. 1993.23, P-M EFSTRATIOU et N. SAKELLARIOU, Greece, in E. SPILIOPOULOS(ed), *Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe*(?), Esperia Publications, London, 2000.341.

⁷⁷⁵ Ainsi pour les sanctions infligées par la Commission de Concurrence en vertu de la loi n. 703/1977.

⁷⁷⁶ Décisions de la Commission Nationale des Postes et Télécommunications.

⁷⁷⁷ Décisions de l'Autorité Régulatrice d'Energie.

⁷⁷⁸ Décisions de la Commission de Concurrence et décisions intérimaires de la Commission Nationale des Postes et Télécommunications.

⁷⁷⁹ Par ailleurs, du moment où une grande partie du contentieux de la régulation publique concerne la contestation de sanctions publiques imposées par les autorités de régulation, il serait préférable que cette catégorie d'affaires donne lieu à un contrôle de fond de la part du juge administratif. Cette évolution devient d'autant plus impérative pour des raisons d'égalité de traitement, puisqu'une partie de ces litiges fait déjà partie du plein contentieux. Une manière pour améliorer le système existant serait de transférer l'ensemble du contentieux de la régulation publique devant une seule juridiction et de le confier à une chambre spéciale qui aura ainsi l'occasion de se spécialiser sur la

V – CONCLUSION

L'ordre juridique hellénique privilégie de plus en plus la régulation moderne des services publics d'utilité commune sur la base d'un système qui combine, d'une part, l'ouverture des secteurs concernés au jeu de la concurrence, d'autre part, le maintien d'un contrôle public sur les conditions de prestation du service. Cette forme d'intervention publique, qui repose sur une réglementation et une architecture institutionnelle originale, constitue la métamorphose de l'action administrative dans le contexte de l'intégration européenne ou, pour le dire autrement, le passage de la notion du service public à celle du service régulé d'utilité publique.

matière. La Cour d'Appel d'Athènes se présenterait comme le choix idéal vu l'expérience acquise sur le contrôle sur les décisions de la Commission de Concurrence. En ce sens, G. DELLIS, « Le contrôle juridictionnel de la fonction punitive des autorités indépendantes », *Dike* 2003.11.1281.

RÉGULATION ET SERVICES D'UTILITÉ PUBLIQUE EN ITALIE

Domenico SORACE, Professeur à l'Université de Florence
avec la contribution de Simone TORICELLI, Université de Florence

Sommaire. 1. Des services publics à la régulation des services d'intérêt général; 2. L'évolution récente de certains services publics; 2.1 Le transport ferroviaire; 2.2 Les télécommunications; 2.3 Le service postal; 2.4 L'énergie; 2.4.1. L'électricité; 2.4.2 Le gaz; 2.5 Le service hydrique intégré; 2.6 La réglementation générale des services publics locaux ; 3. Les règles de fond; 3.1.Principes du service public et concurrence; 3.2. Les rapports entre réglementations sectorielles et régime général de la concurrence; 3.3. La régulation suppléant ou façonnant le marché concurrentiel; 3.3.1. La sélection des fournisseurs de services; 3.3.2 Le régime des infrastructures dans les services en réseau; 3.3.3. Le régime des services non libéralisés; 3.4. La régulation de service public; 3.5. Le contrat de service public; 3.6. La protection des usagers et les interventions en cas de controverses avec les opérateurs des services; 3.7. Les interventions en cas de différends entre les opérateurs des services; 3.8. La participation des intéressés aux procédures de régulation; 4. Le contentieux juridictionnel de la régulation; 4.1 La juridiction compétente; 4.2 L'étendue du contrôle juridictionnel sur la régulation; 5. Les nouveaux problèmes d'organisation des pouvoirs publics; 5.1 La répartition des compétences entre l'État, les Régions et les collectivités locales; 5.2 Ministères régulateurs et Autorités indépendantes de régulation; 6. Les notions de régulation, service d'utilité publique, service public.

1. Des services publics à la régulation des services d'intérêt général.

À partir du début du vingtième siècle un nombre de services économiques censés répondre à des besoins collectifs ont été gérés directement par les administrations publiques, souvent en régime de monopole juridique, assuré par une réserve légale, ou bien de monopole de fait, du moment que la gestion non lucrative par les sujets publics était telle qu'elle coupait court dès le départ avec toute possibilité de concurrence. En effet, l'expression 'services publics' était surtout utilisée pour indiquer les services gérés par les autorités publiques (selon la conception 'subjective' du service public). D'ailleurs, la gestion publique visait à garantir des prestations à des conditions différentes de celles offertes par le marché : 'l'exercice direct des services publics – observait Santi Romano en 1901 – est assumée par l'État, indépendamment de tout but financier et uniquement à une fin d'utilité sociale: celle d'une production techniquement meilleure et à des prix plus avantageux, par rapport à ce qui pourrait être pratiqué par les entreprises privées⁷⁸⁰.

Les instruments organisationnels avec lesquels l'État a fourni le service ont assumé avec le temps des physionomies différentes. D'abord l' 'administration autonome' (puis l'entreprise autonome: 'azienda autonoma'), une branche de l'administration, dotée d'une autonomie propre: l'administration autonome des chemins de fer italiens (Ferrovie dello Stato) instituée en 1905, ou l'administration des postes et télécommunications, en sont des bons exemples. Le dépassement de la gestion assurée directement par une branche de l'administration (qui s'est produit dans certains cas seulement récemment) a été causé par l'incapacité de ce modèle à satisfaire de manière adéquate, sous des conditions d'efficacité économique⁷⁸¹, les exigences des usagers. On a donc assisté à la transformation progressive des 'administrations autonomes' existantes en 'établissements publics économiques' (EPE), mais aussi à la création de EPE nouveaux pour la réalisation d'activités auparavant privées, comme dans le cas de l'électricité (v. ci-dessous). Les EPE (un modèle d'organisation né de l'expansion des entreprises publiques bancaires et manufacturières après la crise économique du 1929) étaient des sujets agissant en régime de droit privé mais dotés d'une personnalité juridique de nature publique, liés à l'administration par une relation régie par le droit public et définie d'instrumentale vu qu'ils étaient assujettis aux pouvoirs ministériels de directive et de contrôle. Cependant l'activité de l'entreprise était entièrement assujettie au droit privé et le rapport avec les employés était régi par un contrat de droit privé.

⁷⁸⁰S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1901, 370.

⁷⁸¹Dans les motivations du d.l. 1 décembre 1993, n.487, on lit que la transformation de l'administration des postes et télécommunications en établissement public économique 'a répondu à la nécessité de la mettre en adéquation avec les exigences du marché et de contenir et graduellement supprimer le déficit en connexion avec les objectifs d'assainissement des comptes publics'.

Au niveau local, des services publics communaux (concernant la récolte et la décharge des déchets urbains solides, la gestion des aqueducs et des égouts, de l'illumination, du gaz, des transports urbains, etc.) s'étaient développés depuis le début du siècle⁷⁸². La aussi les formules d'organisation reproduisaient celles prévues au niveau national: la gestion des services était directement prise en charge par la Commune, 'en économie' (c'est à dire à travers ses propres services ordinaires) ou au moyen d'une 'entreprise spéciale' («azienda speciale»), organe de la Commune sans personnalité juridique, spéculaire à l'entreprise autonome étatique par son autonomie administrative et financière. Alternativement, il était toutefois possible de confier le service à un tiers, par le biais d'une 'concession'. Plus récemment, on a prévu⁷⁸³ à cet égard aussi l'utilisation du modèle de l'EPE (résultant de la transformation de l'«entreprise spéciale» en un sujet juridique autonome).

L'ensemble de ces données (domaine réservé au pouvoir public et gestion directe ou par le biais d'un établissement public ou d'une concession) identifie le modèle d'organisation traditionnel des activités de service public, dominant jusqu'aux années '80 du siècle XX.

Des exigences d'efficacité et d'assainissement des comptes publics, que les administrations fournissant les services ne réussissaient pas à garantir, ont engendré plus récemment des changements plus importants, avec la transformation des organismes publics gérants des services en sociétés de droit privé dont les actions sont détenues par des sujets publics⁷⁸⁴. On a nommé cela: 'privatisation formelle'. De cette manière devenait plus facile aussi la privatisation au sens 'substantiel', moyennant la vente des actions à des sujets privés. Cependant, entre-temps l'ingérence directe des autorités publiques dans la gestion des services restait encore garantie, quoique non plus par des actes administratives, mais par l'exercice des pouvoirs propres de l'actionnaire selon les normes ordinaires de droit civil⁷⁸⁵.

Jusqu'à ce moment, donc, celle des services publics avait été surtout une question d'organisation intérieure de l'administration publique. En effet, la satisfaction des besoins collectifs considérée nécessaire devait être assurée par des activités de l'administration même, ou autrement exercées par des organismes étroitement liés à elle. Ces derniers, même dans le cas où l'activité se déroulait selon le droit privé, étaient exemptés du respect des principes et des règles de la concurrence. Une telle modalité d'intervention avait d'ailleurs reçu un fondement constitutionnel, puisque l'art. 43 de la Constitution (du 1948) permet de 'réserver' à l'État ou à d'autres sujets publics «les entreprises ou les catégories déterminées d'entreprises ayant trait à des services publics essentiels, à des sources d'énergie ou à des situations de monopole et qui ont un caractère d'intérêt général prééminent».

Le vrai changement de route débute lorsque, du moins dans certains secteurs (télécommunications et énergie), la privatisation a commencé à devenir substantielle et on a dû mettre en oeuvre la libéralisation demandée par le droit communautaire, qui exige en principe que les entreprises publiques observent les mêmes règles que les entreprises privées (v. art. 86, al. 1, TCE). La double pression vers la libéralisation et la privatisation a déterminé le dépassement des formes traditionnelles du 'service public', faisant surgir la nouvelle forme d'intervention publique, appelée par la loi n. 481 du 1995 'régulation des services d'utilité publique'.

C'est justement l'évolution récente dans certains secteurs qui va être esquissée maintenant, sans se poser pour le moment la question du sens du mot 'régulation' qu'on trouvera fréquemment utilisé.

⁷⁸²La première loi organique sur les services publics locaux est datée 1903.

⁷⁸³Par la l. 8 juin 1990, n. 142.

⁷⁸⁴En particulier, le d.l. 11 juillet 1992, n. 333 (converti par la l. 8 août 1992, n. 359), a transformé l'ENEL en société par actions (art. 15, al. 1) et a attribué au Comité interministériel pour la programmation économique (CIPE) le pouvoir de procéder à la transformation en société par actions des tous les organismes publics économiques, quel que soit le secteur d'activité (art. 18).

⁷⁸⁵Au niveau local également, l'art 22, l. 8 juin 1990, n. 142, a prévu la possibilité que les services soient gérés par des sociétés de capitaux à participation publique, forme de gestion qui est devenue prédominante.

2. L' évolution récente de certains services publics⁷⁸⁶

2.1 Le transport ferroviaire⁷⁸⁷

Au début du siècle passé, l'État avait institué⁷⁸⁸ une Administration autonome (*l'Amministrazione autonoma Ferrovie dello Stato*) pour l'exercice, presque en exclusivité, de l'activité ferroviaire. Cette forme d'organisation a gardé ses caractéristiques principales et a été utilisée, jusqu'aux années '80, lorsque l'administration autonome a été transformée⁷⁸⁹ en établissement public économique (EPE)⁷⁹⁰. Enfin l'EPE a été métamorphosé⁷⁹¹ en une société (FFSS s.p.a), dont les actions appartiennent encore aujourd'hui à l'État.

Dans un premier temps, cette société a géré elle aussi le service en régime de monopole légal, vu que la libéralisation a pris son départ en 1998⁷⁹². Afin de réaliser la concurrence, dans un secteur qui est conditionné plus que les autres par les limites de capacité du réseau, on a procédé à désagréger l'activité ferroviaire, en distinguant, d'une coté, la gestion de l'infrastructure (qui présente les traits d'un monopole naturel) et, de l'autre coté, l'activité de transport (qui, au contraire, peut être confiée, du moins dans une certaine mesure, au marché).

Le réseau est géré par une société en propriété publique, sur la base d'une concession et d'un contrat de programme avec l'Etat⁷⁹³. Le gérant concessionnaire doit assurer, en accord avec les principes établis par le Ministère, la manutention et le développement de l'infrastructure dont il répartit la capacité parmi les entreprises de transport qui demandent de l'utiliser; son activité est menée en utilisant des fonds étatiques et les loyers qu'il encaisse, calculés en application d'un décret du Ministre (pris en accord avec la Conférence permanente pour les rapports entre l'État et les Régions pour ce qui concerne les services régionaux).

La loi désigne le Ministère⁷⁹⁴ comme 'organisme de régulation' dans le secteur, en lui confiant la tâche de surveiller la concurrence dans les marchés des services ferroviaires et, plus particulièrement, de contrôler que les décisions du gérant de l'infrastructure soient équitables et non discriminatoires; en cas contraire, il a le pouvoir de les modifier, sur réclamation des intéressés⁷⁹⁵. Au Ministère revient aussi de donner des orientations générales sur les rapports entre gérant et entreprises à propos des autres services de l'infrastructure⁷⁹⁶; il lui appartient encore de délivrer les licences aux entreprises de transport⁷⁹⁷.

Le Ministère n'a cependant aucun pouvoir d'imposer les modalités des prestations que les entreprises de transport offrent sur le marché; néanmoins, il peut utiliser à ce but les pouvoirs dérivants de la propriété étatique de la totalité des actions de la société de transport ferroviaire (*Trenitalia s.p.a.*) qui détient en fait une position de monopole sur le transport des passagers.

D'autre part au niveau local, on a prévu⁷⁹⁸ que la Région ou les collectivités locales peuvent passer des contrats de service avec les entreprises de transport (en fait avec *Trenitalia*), qui ont pour objet la fourniture des services minimaux nécessaires (selon l'évaluation du sujet public contractant) pour assurer la mobilité des citoyens des communautés intéressées.

⁷⁸⁶ Des analyses spécifiques sur les différents services sont contenue dans: S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Milano, 2003; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti d'utenza*, Padova, 2001; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999.

⁷⁸⁷ Voir note n. 7; on peut voir aussi: W. D'ALESSIO, *Diritto dei trasporti*, Milano, 2003; S. TORRICELLI, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in A. BRANCASI (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, 2003, 39-104.

⁷⁸⁸ L. 22 avril 1905, n. 137.

⁷⁸⁹ L. 17 mai 1985, n. 210.

⁷⁹⁰ Pour cette notion v. § 1

⁷⁹¹ Délibération CIPE 12 août 1992, sur la base du d.l. 5 décembre 1991, n. 386 (converti par la l. 29 janvier 1992, n. 35).

⁷⁹² Dd.P.R. 8 juillet 1998, n. 277, et 16 mars 1999, n. 146, puis remplacés par le d. lgs 8 juillet 2003, n. 188.

⁷⁹³ Art. 14 d. lgs cité.

⁷⁹⁴ Art. 37 d. lgs cité.

⁷⁹⁵ Art. 26 d. lgs n cité

⁷⁹⁶ Le Ministère définit les standards de sécurité (art. 10 d. lgs cité), les principes auxquels le gérant se doit conformer dans la répartition de la capacité de l'infrastructure parmi les requérants (art. 27 d. lgs cité), les critères pour le calcul des tarifs appliqués par le gérant aux entreprises pour l'utilisation de l'infrastructure (art. 17 d. lgs cité).

⁷⁹⁷ L'octroi de la licence est uniquement subordonné à la vérification de la capacité financière et technique et de l'honorabilité de l'entreprise (art. 8 d. lgs n. cité).

⁷⁹⁸ Art. 18, d. lgs 19 novembre 1997, n. 422.

2.2 Les télécommunications⁷⁹⁹.

Même les télécommunications avaient été réservées très précocement à l'État, qui exerçait le service au moyen d'une 'entreprise autonome' (*Azienda di Stato per i Servizi Telefonici*)⁸⁰⁰. Celle-ci a géré le service jusqu'à sa suppression, en 1992⁸⁰¹, bien que, déjà à partir du 1984, la partie principale du service téléphonique lui avait été soustraite et confiée à une société commerciale (SIP). La fusion de SIP avec d'autres sociétés publiques qui opéraient dans le secteur, a porté à la naissance de Telecom s.p.a. et, grâce à la vente progressive de son capital actionnaire, à sa privatisation substantielle.

Le secteur des télécommunications est aujourd'hui, parmi les différents services publics, celui qui a atteint le niveau le plus haut de libéralisation. L'installation des infrastructures requiert seulement la vérification de leur conformité urbanistique (et du respect des limites d'émission d'ondes électromagnétiques)⁸⁰²; quant à la fourniture des réseaux et des services, elle est textuellement définie comme activité libre⁸⁰³ et peut être exercée sur la base d'une simple communication préventive au Ministère⁸⁰⁴.

Les compétences de régulation sont partagées, d'une façon qui n'est pas bien claire, entre l'autorité politique (le Ministère de la communication) et un organisme indépendant: (l'Autorité de garanties dans les communications - AGC⁸⁰⁵, définie par la loi comme 'autorité nationale de réglementation'), lesquels coopèrent dans le but de 'promouvoir la concurrence dans la fourniture des réseaux et des services de communication électronique' et contribuent au développement du marché 'selon leurs compétences respectives'⁸⁰⁶.

L'Autorité, en particulier, afin de promouvoir l'intégration des infrastructures, encourage et garantit l'interconnexion entre les réseaux et l'accès au réseau des autres, même en intervenant d'autorité lorsque les parties, qui sont chargées d'une obligation de négociation, ne trouvent pas un accord⁸⁰⁷. En outre l'Autorité exerce des fonctions de règlement des différends entre les opérateurs portant sur l'observation des obligations posées par la loi⁸⁰⁸. Quant au rapport avec les usagers, c'est l'Autorité qui garantit la qualité du service, en adoptant à ce propos des directives spécifiques⁸⁰⁹, et en assurant la transparence des relations contractuelles entre usagers et fournisseur du service; l'Autorité prédispose aussi les procédures de résolution non juridictionnelle des conflits⁸¹⁰.

Dans son ensemble, donc, l'activité de fourniture des services des télécommunications est soumise à des mesures visant à assurer la concurrence entre les opérateurs et la sécurité de la prestation mais, pour le reste, elle répond aux logiques économiques ordinaires. Néanmoins la loi identifie certaines prestations devant être assurées selon des caractéristiques précises et à des tarifs qui en garantissent l'accessibilité: il s'agit des prestations définies de 'service universel'⁸¹¹. Il appartient au Ministère de réviser périodiquement la sphère d'application des obligations du service universel⁸¹², alors que c'est à l'Autorité en général «d'établir la méthode plus efficace et adéquate pour garantir la fourniture du service universel à un prix accessible et en observant les principes d'objectivité, transparence, non discrimination et proportionnalité». De même, c'est à elle de «limiter les distorsions du marché [...] en protégeant en même temps l'intérêt public». Entre autre, l'Autorité établit les

⁷⁹⁹Voir note n. 7; on peut voir aussi: G. MORBIDELLI, F. DONATI, *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, Torino 2003; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, 2002; F. BONELLI, S. CASSESE, *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999.

⁸⁰⁰R. d. 14 juin 1925, n. 884.

⁸⁰¹L. 29 janvier 1992, n. 58.

⁸⁰²Artt. 86 et 87 d. lgs 1 août 2003, n. 259.

⁸⁰³Art. 25 d. lgs cité.

⁸⁰⁴Art. 25 d. lgs cité. L'activité peut être commencée contextuellement à la communication; le Ministre, dans le 60 jours suivants, vérifie l'existence des qualités requises pour le déroulement de l'activité et, éventuellement, en interdit la continuation.

⁸⁰⁵Art. 7 d. lgs cité. L'Autorité est chargée aussi de la régulation du secteur de l'audiovisuel: ce secteur ne sera toutefois pris ici en considération soit parce que les problèmes principaux qu'il pose sont liés à la question du pluralisme de l'information soit parce que il est l'objet d'une réforme qui est actuellement en discussion.

⁸⁰⁶Art. 13 d. lgs cité

⁸⁰⁷Art. 42 d. lgs cité; des obligations spécifiques peuvent être imposées aux entreprises qui détiennent un significatif pouvoir de marché ex art. 45 du même décret.

⁸⁰⁸Art. 23 d. lgs cité.

⁸⁰⁹Art. 2, al. 12, lettre m), l. 14 novembre 1995, n. 481.

⁸¹⁰Art. 84 d. lgs n. 259/2003.

⁸¹¹Temporairement, le législateur a directement chargé du service universel *Telecom spa* (art. 58 d. lgs cité).

⁸¹²Art 65 d. lgs n cité.

conditions du service universel, désigne les entreprises qui en sont chargées⁸¹³, et peut imposer aux entreprises qui opèrent dans le secteur le paiement d'une contribution pour compenser les coûts dérivant de la fourniture de ces prestations⁸¹⁴.

2.3 Le service postal

A l'instar des autres principaux services publics, même les services postaux ont été fournis jusqu'à la dernière décennie du siècle passé directement par l'État, au moyen de l'Administration autonome des postes et télécommunication⁸¹⁵ laquelle a été transformée, d'abord en EPE⁸¹⁶, puis en société commerciale, *Poste S.p.a.*, dont l'État garde le 100% des actions⁸¹⁷.

Même dans ce cas la réglementation actuelle⁸¹⁸ apparaît animée par la logique de la libéralisation. La possibilité d'exercer une activité postale est subordonnée seulement à une autorisation qui peut prendre des formes différentes⁸¹⁹. En effet, le législateur a identifié un noyau de prestations (le 'service universel'⁸²⁰) dont doivent être assurées l'accessibilité, la continuité et l'égalité pour les services qui rentrent dans la sphère du 'service universel', quand le législateur ne les a pas réservés pour en garantir le fonctionnement, une licence individuelle est nécessaire, dont l'octroi peut être subordonné à des obligations spécifiques de service public. En revanche, pour les activités qui n'y sont pas comprises une autorisation générale est suffisante⁸²¹.

La régulation du secteur est confiée au Ministère, qualifié par le législateur comme 'Autorité de réglementation'. Le Ministère, entre autres, exerce les pouvoirs d'autorisation, définit les standards de qualité du service universel, en établit les limites tarifaires, comme aussi les instruments pour son financement⁸²². Actuellement, l'instrument auquel le Ministère a fait recours pour assurer le développement du service universel est en effet la concession en exclusivité de certains services en faveur de *Poste s.p.a.*⁸²³. Le niveau de libéralisation du secteur est donc très limité.

2.4 L'énergie

2.4.1 L'électricité⁸²⁴

L'histoire du service public électrique est pour certains aspects différente de celle des autres principaux services publics, du moment que la nationalisation avait été disposée seulement à une époque relativement récente par une loi⁸²⁵ qui a institué l'Ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL), un EPE auquel a été réservé l'entière industrie électrique (production, importation, exportation, transport, transformation, distribution et vente). Cette nationalisation a représenté le cas le plus significatif d'application de l'art. 43 Cost. en haut mentionné (qui prend spécifiquement en considération les entreprises opérant en situation de monopole ou dans le domaine des sources d'énergie et des services publics essentiels).

Par ailleurs, privatisation et libéralisation ont regardé le secteur électrique aussi, et même avant que les autres services. Dès 1992 l'ENEL a été transformé d'EPE en société commerciale⁸²⁶, dont l'État maintient encore aujourd'hui le contrôle, bien que une bonne partie des actions ait été déjà liquidée. En 1999⁸²⁷, en donnant exécution à la normative communautaire, on a procédé à libéraliser au moins certains segments de la filière productive⁸²⁸. Les activités de production, importation,

⁸¹³ Art 65 d. lgs n. cité.

⁸¹⁴ Art 63 d. lgs n. cité.

⁸¹⁵ Instituée par le r.d. 23 avril 1925, n. 520.

⁸¹⁶ L. 29 janvier 1994, n. 71.

⁸¹⁷ Délibération CIPE 18 décembre 1997, n. 244.

⁸¹⁸ D. lgs 22 juillet 1999, n. 261.

⁸¹⁹ Artt. 5 et 6 d. lgs cité.

⁸²⁰ Art. 3 d. lgs. cité.

⁸²¹ L'autorisation se considère délivrée en carence d'une expresse dénégation par l'administration, dans un terme bref.

⁸²² Artt. 4 et 10 d. lgs. cité.

⁸²³ Délibération du 2 février 2000.

⁸²⁴ Voir note n. 7; on peut voir aussi: F. DI PORTO, *Regolazioni di 'prima' e 'seconda' generazione: la liberalizzazione del mercato elettrico italiano*, dans *Mercato concorrenza e regole*, 2003, 201 ss; G. Di Gaspare *Il mercato comunitario dell'energia elettrica e la concessione di distribuzione dopo il d. lgs. 79/99*, dans *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, pag. 29 ss.

⁸²⁵ L. 6 décembre 1962, n. 1643.

⁸²⁶ D.l. 11 juillet 1992 n. 333.

⁸²⁷ D. lgs 16 mars 1999, n. 79.

⁸²⁸ Des activités étaient déjà soustraites à la réserve par la l. 9 janvier 1991, n. 9.

exportation et vente de l'énergie électrique son libres, dans le respect des obligations de service public ; l'activité de transmission et de *dispatching* est au contraire réservée à l'État⁸²⁹. Quant à l'activité de distribution, le législateur n'a pas expressément posé une réserve, en prévoyant en même temps qu'elle est exercée en concession (transitoirement, pendant les trente prochaines années, par les sujets qui l'ont déjà exercée, parmi lesquels sont compris ENEL comme aussi des entreprises des collectivités locales)⁸³⁰.

La régulation du secteur est confiée depuis le 1995⁸³¹ à l'Autorité pour l'énergie électrique et le gaz (AEEG), un de deux organismes indépendants (on a déjà parlé de l'autre: l'Autorité compétente pour les télécommunications), créés pour la régulation des «services d'utilité publique». ⁸³² L'Autorité a le pouvoir de donner (aussi bien en matière de gaz qu'en matière d'électricité) des directives sur la production et la fourniture des services et d'établir en particulier les niveaux de qualité et les tarifs pour les services selon le critère du *price cap*. Les tarifs doivent être les mêmes sur tout le territoire national⁸³³, selon une logique proche de celle du service universel : un concept que la loi mentionne, mais selon un sens particulier qu'on verra plus loin.

Parmi les nombreuses tâches confiées à l'Autorité, il y a aussi, dans le secteur de l'énergie électrique (dont la loi évoque à plusieurs reprises l'exigence de garantir la continuité), celle relative à l'adoption – conformément aux directives données par le Ministère – des règles techniques auxquelles les entrepreneurs doivent se conformer.

Une mission de cet organisme est encore d'assurer la continuité du service⁸³⁴ et l'égalité de traitement des usagers, ainsi que plus en général le respect des ses délibérés et de la Carte des services (v. *infra*). Dans ce but, l'Autorité vérifie la congruité des mesures adoptées par les entrepreneurs, reçoit les réclamations des usagers et peut infliger aux entreprises des sanctions très lourdes ainsi qu'imposer le paiement d'indemnités en mesure forfaitaire.

2.4.2 Le gaz⁸³⁵.

Dans le secteur du gaz, en 1953⁸³⁶, on avait institué l' *Ente Nazionale Idrocarburi* (ENI), un EPE chargé (en disposant de certains droits exclusifs) de promouvoir et réaliser des initiatives d'intérêt public dans le secteur des hydrocarbures, et en particulier de leur recherche, importation et vente (l'ENI a été ensuite privatisé et plus que le 60% de son capital actionnaire est passé dans les mains de sujets privés). Pour ce qui concerne l'aspect de la fourniture aux clients finals, le service était géré par les collectivités locales, généralement propriétaires des réseaux de distribution, selon les modèles prévus par la normative générale sur les services publics (*infra*).

Au début de ce siècle⁸³⁷, les activités d'importation, exportation, transport, *dispatching*, distribution et vente du gaz naturel ont été déclarées «libres», mais dans les limites fixées par la loi⁸³⁸. En effet, d'une côté, non seulement souvent l'exercice de ces activités doit être autorisé⁸³⁹, mais encore la distribution du gaz naturel est définie de «service public» et peut être menée par des entreprises privées seulement après que les collectivités locales lui aient confié cette charge (par une procédure d'appel d'offre qui sélectionne le sujet privé et sur la base d'un contrat de service⁸⁴⁰). Les opérateurs doivent respecter plusieurs obligations pour permettre raisonnablement et sans

⁸²⁹L'activité de transmission est confiée au Gérant du réseau, qui a l'obligation d'y permettre l'accès selon critères d'impartialité (art. 3, d. lgs n. 79/1999).

⁸³⁰L'art. 9 d. lgs cité prévoit que, afin de rationaliser la distribution de l'énergie électrique, le Ministère délivre une seule concession dans chaque commun.

⁸³¹L. 14 novembre 1995, n. 481.

⁸³²Art. 2, al. 12, lettre f), l. n. 481/1995.

⁸³³Art. 1, al. 7, d. lgs n. 79/1999.

⁸³⁴Art. 2, al. 12, lettre n), l. n. 481/1995.

⁸³⁵Voire note n. 7; on peut voir aussi: M. MONTINI, *Il nuovo modello di gestione del servizio di distribuzione del gas naturale*; in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 452-459.

⁸³⁶L. 10 février 1953, n. 136.

⁸³⁷D. lgs 23 mai 2000, n. 164.

⁸³⁸Art. 1 d. lgs cité.

⁸³⁹Pour l'importation de gaz des pays qui appartiennent à la UE, l'art. 3 d. lgs cité requiert une communication au Ministère et à l'Autorité garant; pour l'importation des autres pays une autorisation est nécessaire, qui, néanmoins, se considère accordée si le Ministère n'adopte un acte exprès de dénégation dans le terme de trois mois de la requête; l'art. 11 requiert, pour le stockage, une concession subordonnée à la présence d'un intérêt public; selon l'art. 17 une autorisation est nécessaire pour la vente aux clients finals.

⁸⁴⁰Art. 14 d. lgs cité.

discrimination l'accès aux structures par les entrepreneurs et aux prestations par les usagers, dans le but de garantir la concurrence mais aussi la capillarité dans la fourniture du service.

La régulation relève de l'Autorité de l'énergie dont on a déjà dit. En particulier, l'Autorité établit les tarifs pour le transport, le stockage, le triage et la distribution aux clients finals⁸⁴¹. Par ailleurs, l'Autorité⁸⁴² a attribué aux Communes le pouvoir d'obliger les distributeurs de gaz à pratiquer une majoration, allant jusqu'à 1% des tarifs de distribution, pour compenser les tarifs sociaux appliqués aux sujets se trouvant dans de mauvaises conditions, aux personnes âgées et aux personnes présentant un handicap.

2.5 Le service hydrique intégré⁸⁴³

Le service hydrique intégré (c'est-à-dire les services de captation, adduction et distribution des eaux en connexion avec les services des égouts et de dépuración) présente, traditionnellement, une dimension essentiellement locale, et a donc été caractérisé par une fragmentation territoriale accentuée. En 1994⁸⁴⁴ on a édicté une réglementation finalisée à une gestion du service cordonnée à un niveau territorial plus ample du niveau communal. Ainsi, on a attribué aux Régions la tâche d'établir la dimension territoriale optimale pour une gestion unitaire du service, assurée si nécessaire par les collectivités locales en association⁸⁴⁵, étant entendu que la gestion doit être confiée selon les règles générales sur les services publics locaux (*infra*)⁸⁴⁶.

Par rapport à ce service, aucune tentative d'ouvrir et libéraliser le marché n'a eu lieu. En effet, d'une coté, l'activité en question est réservée légalement en faveur des sujets publics, qui en confient la gestion à d'autres sujets (d'ordinaire, eux mêmes publics ou du moins sous contrôle public) en déterminant les conditions de fourniture du service : cet aspect est justifié aussi en tenant en du compte la propriété publique des réseaux, mais aussi du bien 'eau'. D'une autre coté, alors que dans d'autres secteurs, comme on a vu, on a segmenté l'activité pour en laisser des fragments à la concurrence, dans ce cas on a préféré maintenir une forte intégration pour en permettre la gestion unitaire par un seul sujet.

Dans ce contexte, la régulation se résout en bonne partie dans la détermination des conditions de prestation de l'activité, qui font l'objet de conventions spéciales passées au moment où le service à été confié ; cependant l'État garde des pouvoirs importants pour ce qui concerne l'organisation du service. En particulier, c'est le Président du Conseil des Ministres, sur proposition du Comité des Ministres pour les services techniques nationaux, sur avis de la Conférence pour les rapports État – Régions, qui établit les niveaux minimaux des services que doivent être garantis uniformément dans tout le territoire. C'est au Ministre des travaux publics en accord avec le Ministre pour l'environnement, sur avis des autorités des bassins hydriques nationaux et de la Conférence pour les rapports État – Régions, de fixer les critères de détermination des tarifs auxquels les services doivent être fournis aux usagers finals; la détermination en concret revient au contraire aux collectivités locales, auxquelles l'État a imposé d'assurer des facilitations pour les usages domestiques essentiels et en faveur de catégories particulières selon leurs revenus.

2.6 La réglementation générale des services publics locaux⁸⁴⁷

La conception traditionnelle du service public apparaît particulièrement difficile à dépasser au niveau local. Mais il est vrai que le rôle du pouvoir local en matière de services publics à impact économique est réduit de façon substantielle du fait de l'importance accordée désormais à la concurrence, celle-ci

⁸⁴¹ Art. 23 d. lgs cité.

⁸⁴² Délibération n. 237/00

⁸⁴³ Voir note n. 7; on peut voir aussi: N. LUPORESI, F. MASTRAFAGOSTINO, *La disciplina giuridica delle risorse idriche*, Rimini, 2003; L. ARNAUDO, *Gestione giuridica delle acque e concorrenza nei servizi idrici*, dans *Mercato concorrenza e regole*, 2003, 579 ss.

⁸⁴⁴ L. 5 janvier 1994, n. 36.

⁸⁴⁵ Art. 8 l. citée.

⁸⁴⁶ Art. 9 l. citée.

⁸⁴⁷ Voir note n. 7; on peut voir aussi: S. TORRICELLI, *Le service public en Italie*, dans *'Annuaire des collectivités locales* 2003, Paris, 2003, 185; L. PERFETTI, P. POLIDORI, *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, Padova, 2003; L. ROBOTTI, *Competizione e regole nel mercato dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2002; M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali in Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 218; A.VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici*, in *Le regioni*, 2002, 1091; G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001.

imposant, qu'il y ait ou non des autorités indépendantes, l'exigence d'uniformité des règles au niveau national et communautaire.

Cependant, à côté des différents corps de règles à caractère sectoriel, qui touchent les services publics même dans leur dimension locale, le législateur a dicté une réglementation générale des services publics locaux⁸⁴⁸, en fixant, en particulier, les modalités de gestion. Cette réglementation intègre les normes sectorielles, ou, quelquefois, en abroge des dispositions (par exemple, des parties de celles en matière de transports ferroviaires et de ligne, ou de celles concernant le service hydrique ou les déchets). Il est donc nécessaire d'en donner compte.

Selon la loi en vigueur, l'on parle de «services publics locaux» lorsque «les collectivités locales, dans la sphère de leurs compétences pourvoient à la gestion des services publics qui ont pour objet la production de biens et d'activités destinées à réaliser des objectifs sociaux et à promouvoir le développement économique et civil des communautés locales»⁸⁴⁹. Ces services aussi, à l'instar de ceux nationaux, ont traditionnellement été gérés en régime d'exclusivité par des sujets publics, directement ou par le biais d'établissements publics⁸⁵⁰. Plus récemment, après que la gestion ait été très souvent confiée à sociétés commerciales à participation publique⁸⁵¹, la loi a prévu la transformation des établissements publics en sociétés commerciales, qui sont donc devenues le modèle dominant.

La réglementation applicable résulte maintenant du Texte unique des lois sur l'ordonnancement des collectivités locales⁸⁵², qui a été modifiée à maintes reprises. En effet, on avait⁸⁵³ d'abord introduit des normes inspirées par une intention très poussée de limiter les monopoles publics (d'ailleurs démentie en substance par le régime transitoire). Puis, très récemment, la loi est intervenue à nouveau⁸⁵⁴ et a encore réduit, d'une façon qu'on décrira après, le choix en faveur de la libéralisation, bien que elle affirme que son objet c'est la défense de la concurrence.

Le premier élément caractérisant la réglementation actuelle est l'affirmation de la propriété publique des réseaux. La loi exclut néanmoins que les réseaux puissent être gérés directement par la collectivité locale. Elle impose que la gestion soit confiée à des sociétés commerciales entièrement publiques, dont les actions ne peuvent pas être aliénées. Ces sociétés doivent être en rapport avec les collectivités locales de manière telle que celles-ci puissent exercer un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services et sauf la condition que la partie la plus importante de l'activité de ces sociétés soit réalisée en faveur des collectivités locales qui en possèdent les actions: c'est le modèle de gestion dit *in house* en langage communautaire. La gestion peut être remise à d'autres entreprises seulement si elles sont choisies par une procédure d'appel d'offre.

Quant à la fourniture du service, la loi dispose aujourd'hui qu'elle peut être confiée directement à des sociétés avec une participation actionnaire totalitaire des sujets publics, si les conditions de la gestion *in house* sont remplies. Mais il peut s'agir également de sociétés d'économie mixte - lorsque l'actionnaire privé a été choisi par une procédure d'appel d'offre - ou autrement à d'autres sociétés choisies elles aussi par une procédure d'appel d'offre⁸⁵⁵. De cette façon, le système actuel, caractérisé par une présence publique absolument dominante dans la gestion des services locaux, devrait être légitimé⁸⁵⁶; mais il s'agit évidemment d'un pas en arrière, non seulement dans le chemin vers la privatisation substantielle, mais aussi dans celui vers la libéralisation des services locaux.

⁸⁴⁸ Artt. 112 ss d. lgs 18 août 2000, n. 267.

⁸⁴⁹ Art. 112 d. lgs n. 267/2000.

⁸⁵⁰ Comme il avait été déjà prévu par la l. 29 mars 1903, n. 103, puis confluée dans le r.d. 15 octobre 1925, n. 2578.

⁸⁵¹ L'art. 22 de la l. 8 juin 1990, n. 142, indiquait déjà la société commerciale à participation publique comme une des formes de gestion des services publics locaux.

⁸⁵² Le mentionné d. lgs 267/2000.

⁸⁵³ Art. 35 de la l. 28 décembre 2001, n. 448. Des Régions en ont censuré la légitimité devant la Cour Constitutionnelle, puisque la réforme constitutionnelle de 2001 aurait transféré la compétence législative en la matière au niveau régional. Par ailleurs, la Commission européenne a mis l'Italie en demeure, en considérant que certaines normes introduites par l'art. 35 cité contrastent avec le Traité CE et le droit communautaire en dérivant.

⁸⁵⁴ L. 24 décembre 2003, n. 350, qui a modifié les artt. 113 et 113bis qui avaient été déjà modifiés par la loi 28 décembre 2003, n. 269..

⁸⁵⁵ Il faut souligner que, pour l'expresse prévision du législateur, cette norme ne peut être dérogée et a donc l'effet d'abroger les disciplines sectorielles avec lesquelles elle est en contradiction

⁸⁵⁶ Mais le Conseil d'État a renis la question à la CJCE (ord. 22 avril 2004, n. 2316).

3. Les règles de fond.

3.1. Principes du service public et concurrence

Dans la même période dans la quelle les méthodes d'intervention publique pour assurer les services nécessaires aux besoins collectifs étaient en train de changer, les principes du service public trouvent une sorte de codification dans une Directive du Président du Conseil des Ministres⁸⁵⁷, adressée aux administrations publiques. La Directive impose de respecter les principes énoncés lorsque celles-ci exercent directement les activités concernées, mais aussi de les faire respecter moyennant l'exercice de leurs pouvoirs de direction, de contrôle et de vigilance, au cas où les activités sont exercées par des sujets non publics habilités par concessions, conventions ou autrement. On entend par services publics «ceux qui visent à garantir la jouissance des droits des personnes, sauvegardés constitutionnellement, à la santé, à l'assistance et à la prévoyance sociale, à l'instruction et à la liberté de communication, à la liberté et à la sécurité des personnes, à la liberté de circulation [...] et ceux de distribution de l'énergie électrique, de l'eau et du gaz».

En premier lieu «la distribution des services publics doit s'inspirer du principe d'égalité des droits des usagers». On explique que «aucune distinction dans la distribution du service ne peut être effectuée pour des motifs ayant trait au sexe, la race, la religion et les opinions politiques», mais on ajoute que l'égalité doit être assurée aussi eu égard, tant aux différentes positions géographiques (même lorsqu'il ne pas facile d'atteindre les usagers), qu'aux exigences des diverses catégories ou groupes d'usagers (et, en particulier, des usagers porteurs de handicap, aux exigences desquels les modalités de prestation du service doivent être adaptées)⁸⁵⁸. Comme on le voit, bien que le prix abordable ne soit pas explicitement mentionné, il s'agit de ce que dans le langage communautaire est appelé «service universel».

En outre, la fourniture doit être continue, régulière et sans interruption, et, lorsque cela est prévu par la loi, doit être garanti à l'utilisateur le droit de choisir entre les sujets qui distribuent les services, tout comme la participation du citoyen à la prestation du service «tant pour défendre son droit à la distribution correcte du service, que pour favoriser la collaboration avec les sujets distributeurs».

Enfin, il est affirmé que les modalités des distributions des services doivent être telles que l'efficacité et l'efficacité économique soient assurées.

La Directive citée non seulement proclamait ces «principes fondamentaux», mais indiquait aussi des «instruments» et des voies non juridictionnelles de protection des intérêts des usagers. Parmi ces «instruments» on peut rappeler la définition de standards de qualité, l'évaluation de cette dernière et les remboursements aux usagers si les services n'atteignent pas les standards (de qualité ou de rapidité) établis, ainsi que le devoir d'information sur le modalité de prestation des services. Quant au deuxième point, il y avait une réglementation des procédures de traitement des réclamations.

La Directive de 1994 avait été suivie l'année d'après par une loi⁸⁵⁹ imposant à tous les organismes («enti») «distributeurs de services publics» l'adoption de «Chartes de services»⁸⁶⁰, c'est à dire (en gros) des documents portant indication des engagements pris unilatéralement par les distributeurs des services conformément à la Directive.

Mais à partir de la moitié des années 1990 la réglementation des services économiques devra être cherchée surtout dans les lois concernant les différents services privatisés et libéralisés, qui s'inspirent de l'exigence d'harmoniser, comme il est si clairement établi par l'art. 86 TCE, le principe de la concurrence avec les principes traditionnels des services publics. L'équilibre entre ces deux valeurs se montre, au bout du compte, comme l'élément qui caractérise le nouveau régime des vieux services publics économiques.

⁸⁵⁷Directive 27 Janvier 1994 : 'Principes sur la distribution des services publics'

⁸⁵⁸L'égalité au sens formel et au sens substantiel sont garanties dans les deux alinéas de l'art 3. Const., qui établit que « Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales... Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, limitant en fait la liberté et égalité des citoyens, empêchent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du Pays »

⁸⁵⁹L. 11 juillet 1995, n. 273 de conversion du d.l. 12 mai 1995, n. 163.

⁸⁶⁰Voir G. VESPERINI, S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici*, Rimini, 1997.

3.2. Les rapports entre réglementations sectorielles et régime général de la concurrence.

La loi n. 287/1990⁸⁶¹, établissant le régime général de la concurrence et du marché, en exonère les «entreprises qui, par disposition de loi, exercent la gestion des services d'intérêt économique général, ou opèrent dans un régime de monopole, pour tout ce qui est étroitement lié à l'accomplissement des tâches spécifiques dont elles sont chargées» (c'est là une paraphrase évidente de l'alinéa 2 de l'art. 86 du TCE). En effet, les secteurs décrits sont régis par des normes qui dérogent aux normes antitrust ordinaires; le sens de ces dérogations apparaît toutefois différent dans le divers cas.

D'un coté, des dérogations expresses, qui comportent la compression de la concurrence, sont prévues par des normes spéciales dans le but de poursuivre certains intérêts différents de la garantie de l'initiative économique et inconciliables avec son exercice concurrentiel (prévision de réserves légales, droits spéciaux, imposition d'actes d'habilitation pour accéder au marché, obligations des services publics). Dans ces cas, le rapport entre les règles de la concurrence et la réglementation sectorielle du service présente un caractère conflictuel.

D'un autre coté, les réglementations sectorielles contiennent des normes spéciales poursuivant les mêmes intérêts que les règles générales pour la protection de la concurrence: dans des secteurs qui avaient été, pendant longtemps, organisés selon des logiques monopolistiques, il y avait l'exigence de régulations *ad hoc*, destinées à créer une concurrence, inexistante au début, que la régulation antitrust (laquelle normalement sanctionne *ex post* les comportements anticoncurrentiels) ne serait capable d'engendrer. Ici, donc, la régulation génère et organise *ex ante* le marché, en accomplissant une fonction propulsive de la concurrence (au point qu'on peut penser que le rôle de cette régulation est de permettre la transition du monopole à la concurrence, de sorte qu'elle est destinée à disparaître, absorbée par la régulation antitrust, quand la transition sera achevée⁸⁶²). On peut ramener à cette typologie de régulation les différentes obligations liées aux modalités d'utilisation des réseaux (bien que plus incisives que les obligations incombant normalement au détenteur d'un bien qualifiable comme '*essential facility*'). Il en va de même pour les obligations tarifaires lorsqu'elles sont imposées aux entreprises détenant un pouvoir de marché significatif.

Bref, cette typologie de régulation se propose les mêmes fins des mesures antitrust, mais utilise des moyens différents, notamment l'imposition d'obligations plus spécifiques ou plus lourdes, visant à faire front aux risques de comportements restrictifs de la concurrence – qui s'y présentent plus sérieux qu'ailleurs – et à prévenir les abus. Dans ce cas le rapport entre régulation de la concurrence et régulation sectorielle apparaît donc comme un rapport de *genus* à *species*. Toutefois la régulation sectorielle est confiée à des organismes spécialisés (v. en haut) plutôt que à l'Autorité garante de la concurrence et du marché (AGCM).

Au-delà de ces cas dans lesquels le législateur a dicté une réglementation dérogatoire, les règles antitrust ordinaires (qui parfois sont aussi directement rappelées par la loi⁸⁶³) trouvent néanmoins application. Donc, dans l'espace qui est laissé libre par la régulation spéciale *ex ante* des autorités sectorielles, c'est l'AGCM qui pourra intervenir pour sanctionner les comportements qui violent les règles de concurrence (en particulier, ceux constituant des abus de position dominante)⁸⁶⁴.

3.3. La régulation suppléant ou façonnant le marché concurrentiel

Pour mettre en œuvre la concurrence, le législateur, en se conformant aux indications communautaires, a souvent procédé à la segmentation de différentes activités qui formaient, dans un ensemble verticalement intégré, une entreprise unique, avec la proclamation en parallèle de la liberté de certaines d'entre ces activités, qui ne sont plus, en conséquence, réservées à l'État ou à des autres sujets publics. Ces activités peuvent être donc en premier lieu l'objet d'une réglementation commune à d'autres secteurs économiques. Toutefois la libéralisation n'a pas été totale: le monopole ou des droits spéciaux relatifs à quelques-unes des activités désormais désagrégées ont été gardés par les lois, du moins temporairement; pour ces cas, des dispositions particulières ont été adoptées. D'autres

⁸⁶¹ Art. 8, al. 2.

⁸⁶² S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici e privati*, dans *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, 389 ss.

⁸⁶³ Art. 19 d. lgs n. 164/2001; art. 2, al. 33 l. n. 481/1995.

⁸⁶⁴ V., par exemple, la décision de l'AGCM n. 12634/2003, proc. A 333, ENEL TRADE/CLIENTI IDONEI, in *Boll.* 48/2003.

dispositions particulières concernent aussi des activités libéralisées de manière seulement théorique, étant donné que la libéralisation n'a pas donné lieu à la formation d'un marché réellement concurrentiel.

3.3.1. La sélection des fournisseurs de services

L'accès au marché des fournisseurs des services publiques requiert ordinairement une autorisation délivrée suite à la vérification que les entrepreneurs intéressés possèdent certaines caractéristiques en termes de solidité, d'honorabilité, de capacité technique et financière, de sorte qu'on puisse être confiant quant à leur permanence sur le marché.

Dans certaines hypothèses le contrôle de l'accès répond à cette seule exigence; par conséquent le législateur prévoit que la licence puisse être délivrée à quiconque est intéressé et possède les caractéristiques fixées. Dans beaucoup d'autres cas, en revanche, l'autorisation à l'accès a aussi une autre fonction: celle de sélectionner le nombre limité de sujets que le marché peut matériellement contenir du moment qu'il est indispensable d'utiliser un bien ou une infrastructure qui ne pourraient pas être utilisés par un nombre illimité de sujets et qu'il n'est pas possible de dupliquer.

L'autorisation ne conditionne pas seulement l'accès, mais aussi la permanence de l'entrepreneur sur le marché: elle engendre un rapport de contrôle permanent qui permet aux sujets publics de surveiller la persistance des qualités requises, en procédant dans le cas contraire à la révocation de l'autorisation et donc à l'expulsion de l'entrepreneur du marché.

Le régime des autorisations a une fonction semblable de celui de l'accès aux marchés d'autres secteurs économiques: vérifier et certifier préventivement la présence de conditions permettant de présumer que l'activité sera effectuée correctement, en sécurité et dans le respect des attentes des consommateurs.

3.3.2 Le régime des infrastructures dans les services en réseau

Etant donné que les services publics économiques sont en grande partie des services en réseau, il va de soi que la concurrence est conditionnée par l'existence, la capacité, le développement et les modalités de gestion des infrastructures. D'ailleurs, c'est justement à propos des activités dont le pivot est un certain genre d'infrastructure qu'on peut parler souvent d'une situation de monopole naturel. La matière fait donc l'objet d'une réglementation *ad hoc*.

En général, la loi déconnecte la gestion des infrastructures du déroulement des services et maintient le contrôle public sur les premières, avant tout, par l'attribution de leur propriété à des sociétés dont les actions, en possession de l'État ou des collectivités locales, peuvent être cédées à des sujets réellement privés seulement dans certains cas et en mesure limitée. Une exception importante concerne les réseaux physiques de télécommunications, dont la propriété peut appartenir au même sujet qui exerce l'activité finale; dans ce cas, toutefois, pour laisser jouer la concurrence, la limitation de la liberté des entrepreneurs est poussée au delà de l'application des règles ordinaires de protections de la concurrence, dans le but d'assurer aussi aux sujets qui ne possèdent pas une infrastructure propre la possibilité d'exercer le service en utilisant celle d'autrui⁸⁶⁵.

En tout cas la gestion des infrastructures ne peut pas viser le profit maximal du propriétaire, mais doit garantir un degré adéquat de concurrence dans le déroulement des services finals: en premier lieu, elle doit respecter avec rigueur les principes d'impartialité et de non discrimination. Dans certains cas, en outre, il est prévu que les tarifs d'accès à l'infrastructure ne sont pas déterminées par les gérants, mais par des sujets publics. Dans ce but, très important est le rôle des autorités de régulation qui, d'une part, interviennent en général dans la formulation des critères de gestion (qui doivent garantir l'impartialité et la neutralité et assurer à tous les usagers la liberté d'accès au réseau à conditions égales)⁸⁶⁶ et dans la détermination des tarifs (en général, selon des critères tels que l'efficacité économique en soit encouragée⁸⁶⁷) et, d'autre part, contrôlent leur respect et tranchent les litiges entre les entrepreneurs.

⁸⁶⁵ Art. 49 d. lgs n. 259/2003.

⁸⁶⁶ Voir, par exemple, l'art. 3, al 3, d. lgs n. 79/1999.

⁸⁶⁷ Voir, par exemple, art 3, al 10, d. lgs n. 79/1999.

3.3.3. Le régime des services non libéralisés

Non seulement la gestion d'une grande partie des infrastructures mais également quelques-unes des autres activités résultant de la désagrégation des monopoles des services publics préexistants ont été exemptés de la libéralisation: on a déjà rappelé, par exemple, la distribution locale de l'énergie électrique et les réserves en matière de poste. Dans d'autres cas la libéralisation, bien que arrêtée est encore loin d'être achevée: c'est le cas du secteur ferroviaire.

La loi n. 481/1995 qui avait été promulguée au moment où, avant la libéralisation, on avait décidé la privatisation des services de l'électricité, du gaz et des télécommunications – dénommés désormais «services d'utilité publique» et non plus services publics – et qui est restée en vigueur même après la mise en œuvre des Directives communautaires de libéralisation, établit à ce propos une riche réglementation. On a déjà rappelé qu'elle donne à l'autorité de régulation créée par elle même le pouvoir de fixer des toits tarifaires, définis en employant la méthode du *price cap*, pour des prestations ayant des caractéristiques qualitatives fixées par le même organisme. En matière de poste aussi, le législateur a prévue la fixation de toits tarifaires par rapport aux prestations réservées.

On peut voir cette régulation, ainsi que celle des infrastructures, comme visant la simulation d'une situation de concurrence, c'est à dire comme mirant au résultat qu'ont atteindrait si l'on avait plusieurs services offerts dans un marché concurrentiel ou des réseaux gérés en concurrence.

Par exemple, le *price cap*, comme on le sait bien, est une méthode dont l'utilisation pousse les entreprises à rechercher une efficacité économique toujours plus grande, comme elles devraient le faire si elles opéraient dans un marché concurrentiel. De même, le toit tarifaire a des effets analogues à ceux produits par l'interdiction d'abus qu'imposent les dispositions antitrust ordinaires: il représente le seuil outre lequel le prix se présente comme abusif et on peut donc le voir comme une mesure *ex ante* qui prévient les comportements prédateurs aboutissant à un abus de position dominante.

Cependant, les résultats qu'on peut obtenir par cette voie ne sont pas toujours suffisants à garantir la satisfaction des intérêts publics du secteur. Des obligations dérogatoires par rapport aux principes concurrentiels, et visant directement à assurer cette satisfaction, s'imposent donc.

3.4. La régulation de service public

Les lois ne se limitent pas à prévoir une régulation succédant de la concurrence. Souvent elles demandent que soient satisfaits en tout cas des besoins collectifs liés à des services particuliers, considérés comme des intérêts publics, voire des intérêts publics plus généraux.

Par exemple, la finalité de la loi n. 481/1995, mise en évidence dans sa première disposition, n'est pas seulement la promotion de «la concurrence et de l'efficacité économique», mais aussi la promotion d'un niveau adéquat des services d'utilité publique, «en assurant leur jouissance et diffusion sur l'entier territoire national», ainsi que la «protection des intérêts des usagers et des consommateurs». Il est énoncé aussi que «le système tarifaire doit en outre harmoniser les fins économiques et financières des sujets gérant les services avec les fins générales de caractère social, de protection de l'environnement et d'emploi efficace des ressources»⁸⁶⁸. Plus particulièrement, cette loi dispose que le régime en question comporte le devoir de rendre le service selon des modalités telles que soient satisfaites aussi toutes les exigences raisonnables des personnes âgées et handicapées et que l'environnement, la sécurité des installations et la santé des travailleurs soient respectés.

Dans ces secteurs, donc, à la régulation visant des objectifs concurrentiels (la soi disant *economic regulation*) s'en ajoutent d'autres relevant de deux catégories différentes: une qui concerne encore les intérêts de personnes qui ont des besoins dont la satisfaction est liée à un service particulier, et une autre qui protège des intérêts d'autres catégories de personnes ou du groupe social dans son ensemble.

En laissant de côté la régulation ayant cette dernière catégorie de buts (la soi disant *social regulation*⁸⁶⁹), qui n'ont pas de liens spécifiques avec les services d'utilité publique, on peut dire que par la régulation de l'autre catégorie sont imposées des «obligations de service public» spécifiques, ou

⁸⁶⁸ Art. 1, al. 1, l. n. 481/95.

⁸⁶⁹ G. MAJONE, A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, dans *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 1991, 31.

bien réunies dans un ensemble tel qu'on peut parler d'un «service universel»⁸⁷⁰. Cette espèce de régulation pourrait être appelée en bref 'de service public'.

On a souligné⁸⁷¹ (on reviendra sur le point) que les conditions qui justifient la 'régulation économique' sont clairement différentes de celles qui sont à la base de la 'régulation de service public'. En effet, si l'on peut bien dire pour les deux qu'elles ont à leur base la «défaillance du marché», dans le premier cas plus que d'une défaillance on pourrait parler de l'absence d'un marché, ou du moins de l'absence d'un marché concurrentiel, tandis que dans le deuxième cas les résultats du marché concurrentiel, réel ou potentiel, sont jugés non satisfaisants. C'est pourquoi lorsque des activités de service, bien que d'utilité publique, se déroulent dans un marché réellement concurrentiel elles ne sauraient plus être l'objet de régulations du premier genre, tandis qu'elles pourraient bien être assujetties à l'autre genre de régulation.

On trouve différents exemples de la 'régulation de service public'.

En premier lieu, on peut évoquer l'intervention publique effectuée selon le modèle du 'service universel' que, d'après les indications communautaires, le législateur a défini en matière de postes et télécommunications (et, de manière moins claire, en matière d'énergie). En particulier, la loi qui a mis en œuvre la Directive communautaire sur le service postal⁸⁷² y inclut certaines prestations⁸⁷³; ensuite une loi⁸⁷⁴ a délégué au Gouvernement l'adoption d'un décret législatif pour assurer «le maintien des prestations du service universel à des niveaux qualitatifs et quantitatifs garantissant de manière permanente des services adaptés aux exigences de tous les usagers dans tous les points du territoire national, avec aussi une référence spécifique à la situation particulière des communes les plus petites, des localités de montagne, des plus petites îles et des autres aires désavantagées». En matière de télécommunications, le législateur définit directement les prestations de service universel⁸⁷⁵.

La définition des prestations qu'il faut assurer au nom du service universel est donc une compétence du pouvoir politique qui emploie dans ce but des lois (sans parler des actes normatifs communautaires) ou des actes administratifs à portée générale. D'un autre côté, comme on le verra mieux *infra*, c'est le régulateur indépendant qui est appelé à adapter la régulation aux décisions politiques.

Un aspect caractéristique du service universel est l'obligation ultérieurement imposée aux fournisseurs de pratiquer des prix accessibles, des prix c'est à dire qui, bien que indexés sur les coûts, peuvent ne pas les couvrir intégralement, ce qui met spécifiquement en évidence justement le problème du financement.

Par rapport au service postal, par exemple, on prévoit la combinaison de deux mécanismes de financement. D'un côté le législateur a fait appel au mécanisme traditionnel de la réserve de certaines prestations par laquelle on peut produire un sur-profit de monopole destiné à couvrir, par des subventions croisées, les charges relatives aux prestations passées en-dessous du prix coûtant du service universel.

De l'autre côté, dans le cas où la recette des services réservés n'est pas suffisante, un fond de compensation, alimenté par le versement des contributions obligatoires de la part des entreprises qui, sur la base d'une licence individuelle, effectuent des prestations de service universel non réservés.

Dans le secteur des télécommunications, en revanche, aucune possibilité de réserve n'est prévue. L'AGC désigne l'entreprise ou les entreprises chargées de l'accomplissement du service. Dans le cas où pour la fourniture du service on a des charges «non justifiées», l'Autorité impose à tous les entrepreneurs du secteur des contributions.

⁸⁷⁰Sur l'idée de service universel v. M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, dans *Diritto Pubblico*, 1998, 181; G. F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano 2002.

⁸⁷¹F. TRIMARCHI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, dans *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2002, 945.

⁸⁷²Dir. 97/67/CEE.

⁸⁷³Comprenant la récolte, le transport, le tri et la distribution des paquets et des envois postaux dans certaines limites de poids La loi nationale a ajouté des services relatifs aux envois recommandés et aux envois assurés (art. 3, al. 3, d. lgs n. 261/1999)

⁸⁷⁴Art. 19, l. 3 février 2003, n. 14.

⁸⁷⁵Tels que le service de téléphonie vocale, la fourniture de l'annuaire des abonnés, la fourniture d'appareils téléphoniques publics payants, la fourniture d'un service à des conditions spéciales et la fourniture d'options spéciales pour les usagers handicapés ou ayant des exigences sociales particulières, ainsi que les connexions aux services concernant le soin d'intérêts publics nationaux: D. lgs. 1 août 2003, n. 259, art. 53 ss.

3.5. Le contrat de service public.

La régulation n'est pas le seul instrument par le quel les pouvoirs publics assurent que soient fournis les services jugés d'intérêt public. Parfois c'est l'instrument du 'contrat de service' qui est utilisé.

Dans ce cas les administrations publiques passent avec les entreprises qui exercent l'activité constituant le service d'intérêt public des contrats, par lesquels ces dernières prennent en charge l'obligation de fournir les prestations indiquées par l'administration pour l'équivalent des entrées dérivant des tarifs, augmentées, quand cela est nécessaire, d'une somme versée par l'administration elle-même.

Le transport ferroviaire est un exemple d'utilisation de cet instrument; il s'agit d'une activité libéralisée sujette, à une régulation générale: toutefois, les administrations compétentes (les régions ou les collectivités locales selon la dimension des intérêts) peuvent passer des contrats avec les entreprises de transport déjà autorisées à exercer le service.

Pour l'électricité la loi renvoie à une convention portant définition du service universel⁸⁷⁶.

Quelque fois le contrat de service définit les termes du rapport entre un pouvoir public et une entreprise ayant une subjectivité juridique autonome mais qui lui appartient, comme cela va se passer ordinairement pour grande partie des services locaux.

On parle quelque fois de ce modèle d'intervention publique est vu par certaines comme une forme particulière de régulation, qui ne serait pas imposée unilatéralement mais définie par consensus.

Mais au de là des questions terminologiques, il semble qu'il y ait des différences substantielles entre le model de contrat de service et le modèle de la régulation: on reverra sur la question à la fin de ce rapport⁸⁷⁷.

3.6. La protection des usagers et les interventions en cas de controverses avec les opérateurs des services

L'une des conséquences de la transformation du modèle, de celui du service public au sens (aussi) organique à celui du service d'utilité publique, c'est qu'on ne peut plus faire confiance (plus ou moins illusoire) au paternalisme de la puissance publique pour la protection des usagers, puisque la transformation concerne aussi les usagers, qui dans le marché des services deviennent des 'clients' ou des 'consommateurs' (bien que d'ordinaire les lois utilisent parfois le terme traditionnel parfois d'autres termes, augmentant souvent la difficulté de leur interprétation). La régulation doit donc avoir aussi un aspect 'consumeriste', tenant compte que dans le marché de services on aura, toujours et non seulement avant l'avènement d'une concurrence réelle, un cocontractant plus faible que l'autre. En effet, une des finalités établies par la loi sur la régulation des services d'utilité publique consiste à promouvoir la protection des intérêts des usagers et des consommateurs⁸⁷⁸.

Dans le but de rééquilibrer les positions des parties, il faut essayer d'empêcher que la position de force de l'entreprise lui permette d'imposer des conditions vexatoires ou que des pratiques de non respect des conditions à observer puissent se développer, profitant en premier lieu de l'asymétrie de l'information au détriment des usagers.

C'est pourquoi, à coté des garanties prévue en voie générale en matière de protection des consommateurs⁸⁷⁹, des interventions sont prévues, dans le but de renforcer la position des usagers par rapport au fournisseur de la prestation, pour que les usagers puissent prétendre au respect aussi bien des règles concurrentielles que des règles visant à défendre leurs intérêts spécifiques et pour qu'ils puissent réaliser, grâce au recours à certains instruments non communs en droit privé, un contrôle sur les modalités de fourniture des prestations.

On peut constater ce renforcement de la position des usagers à de différents niveaux.

En premier lieu, on a garanti la possibilité d'avoir une connaissance effective des contenus de la prestation qui peuvent être prétendus et on a visé à empêcher que l'accès à la prestation soit rendu

⁸⁷⁶ Art. 2, al. 12, lettre f), l. n. 481/1995.

⁸⁷⁷ *Infra* § 6.

⁸⁷⁸ V. A. Corpaci, (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna 2003

⁸⁷⁹ L. 30 juillet 1998, n. 281, en application de la directive 93/13/CEE

difficile par des obstacles bureaucratiques. Les usagers doivent en effet être correctement informés sur les modalités de fourniture des prestations, de manière à pouvoir choisir entre les différents opérateurs en connaissance de cause, et à pouvoir vérifier si les conditions appliquées correspondent à celles que l'opérateur était obligé de leur fournir. À ce propos, la loi sur la régulation des services d'utilité publique prévoit que les autorités de régulation assurent un maximum de publicité des conditions des services et qu'elles en répandent la connaissance pour garantir la transparence, la compétitivité de l'offre et la possibilité de choix conscients de la part des 'usagers, intermédiaires et finaux'. Dans ce but, les Autorités ont aussi le pouvoir de contrôler que les opérateurs adoptent une «charte des services», et d'en vérifier le respect⁸⁸⁰. Les gérants des services ont en outre l'obligation de permettre aux usagers un accès facile aux bureaux ouverts au public, et de réduire la quantité des accomplissements qu'on lui demande, simplifiant les procédures pour la fourniture du service.

En deuxième lieu, les Autorités ont le pouvoir d'inspection, d'accès et d'acquisition des documents et informations, ainsi que celui d'établir qu'en certains cas une indemnisation forfaitaire automatique soit payée par l'opérateur à l'utilisateur au cas où la prestation ne serait pas conforme aux clauses contractuelles ou qu'elle ne respecterait pas le niveau qualitatif établi⁸⁸¹: de cette façon, une indemnisation au moins partielle est assurée aux usagers, sans qu'ils doivent démontrer le dommage subi ni la faute de l'entrepreneur.

Encore, les fournisseurs du service sont tenus à instituer des procédures de réclamation facilement accessibles ayant pour objet les remontrances relatives à la violation des principes auxquels le service doit s'adapter. Ces procédures sont principalement finalisées à donner une réponse complète à l'utilisateur.

D'un autre côté, l'intervention des autorités de régulation est établie aussi pour l'évaluation des communications, réclamations ou instances présentées par 'des usagers ou des consommateurs', individuellement ou associés, par rapport au respect des niveaux qualitatifs et tarifaires; par conséquent, elles peuvent imposer des modifications de ces modalités d'exercice et modifier le règlement du service⁸⁸².

Enfin, en cas de conflit entre des usagers et des opérateurs, et en vue de dénouer un litige sans qu'un tribunal n'en soit saisi, les Autorités, tout en observant le principe du contradictoire, prévoient et règlent des procédures de conciliation ou d'arbitrage aboutissant à un titre exécutoire⁸⁸³. Dans le cadre de ces procédures, les Autorités peuvent, en plus, offrir une protection d'urgence par l'adoption de mesures temporaires visant à garantir la continuité de la distribution du service et à faire cesser toute forme d'abus ou de fonctionnement incorrect de la part du sujet qui fournit le service⁸⁸⁴.

C'est à ces genres de tâches que l'on pense lorsqu'on dit que les régulateurs accomplissent aussi des fonctions quasi-juridictionnelles.

3.7. Les interventions en cas de différends entre les opérateurs des services

On a prévu des interventions des Autorités de régulation des services d'utilité publique en cas aussi de différends entre opérateurs, qui sont fréquents à propos de l'interconnexion et de l'accès aux réseaux.

Vérifier que les conditions et les modalités d'accès pour les sujets exerçant des services soient mises en œuvre dans le respect des principes de concurrence et de transparence est l'une des tâches des Autorités de régulation. Elle comprend aussi la compétence pour les controverses en matière d'accès aux réseaux et d'interconnexion⁸⁸⁵.

Le déroulement de ces fonctions n'est du reste pas une prérogative exclusive des Autorités indépendantes, mais parfois il relève aussi des organes ministériels. C'est ce qui se passe dans le secteur des transports ferroviaires, où la loi dispose que les décisions prises par le gérant du réseau par rapport à la répartition des capacités d'infrastructures, en application de critères configurant cette

⁸⁸⁰ Art. 2, al. 12, lettre p), l. n. 481/1995. La Charte doit indiquer les standards de chaque service, en rendant en même temps connaissables les modalités auxquelles la prestation doit être offerte (qui sont en partie imposées par l'Autorité, en partie choisies par l'entrepreneur de manière autonome)

⁸⁸¹ Art. 2, al. 12, lettre g), l. citée.

⁸⁸² Art. 2, al. 12, lettre m), l. citée.

⁸⁸³ Voir la délibération n. 127/2003 sur les procédures d'arbitrage chez l'Autorité pour l'énergie électrique et le gaz.

⁸⁸⁴ Art. 2, al. 20, lettre e) et d), l. n. 481/1995.

⁸⁸⁵ Art. 5, al. 3, d. lgs n. 79/1999 ; art. 23 et 42 d. lgs n. 259/2003.

activité de manière substantiellement contraignante, peuvent faire l'objet, sur la demande des entreprises de transport, d'un réexamen ministériel.

Par ailleurs, dans le cas des télécommunications, la controverse sur la demande d'accès ou d'interconnexion au réseau peut être tranchée par l'AGC en prenant en compte, entre autres, l'intérêt des usagers, l'intérêt à promouvoir des offres de marché innovatrices et à offrir une vaste gamme de services, la promotion de la concurrence et la garantie du service universel.

Ici, donc, l'organisme indépendant résout le conflit d'intérêt entre les parties non pas sur la base de critères techno-juridiques mais en pondérant les intérêts privés en jeu avec les intérêts publics prioritaires poursuivis dans le secteur: dès lors sa fonction peut très difficilement être définie comme para-juridictionnelle.

3.8. La participation des intéressés aux procédures de régulation

Dans certains cas, la discipline de la régulation offre des garanties participatives meilleures que d'ordinaire.

La loi générale sur la procédure administrative⁸⁸⁶ garantit aux destinataires des mesures qui les concernent individuellement de présenter leur observation avant que la décision soit prise, et elle discipline en outre la participation des «porteurs d'intérêts diffus constitués en associations ou en comités». Cependant, elle n'impose pas en générale la participation à la formation d'actes normatifs et administratifs généraux, c'est-à-dire justement des actes qui ont une importance particulière dans l'activité de régulation.

Mais alors que la régulation des services d'utilité publique relève des Autorités indépendantes, la participation des sujets intéressés à l'élaboration des décisions fait l'objet de dispositions spéciales qui prévoient et règlent aussi la participation aux procédures des actes réglementaires et généraux⁸⁸⁷ avec des modalités similaires à celles qui sont suivies pour les procédures de *rule making* des *regulatory agencies* américaines. Même en tenant compte de la pratique, on peut dire en effet que les délibérations auxquelles s'applique cette discipline sont prises après une pondération attentive des points de vue exprimés par les entreprises et par les associations de consommateurs, auxquelles sont fournies toutes les informations nécessaires et qui, si besoin est, sont entendues plusieurs fois.

Cet aspect mérite d'être souligné, en premier lieu, pour l'effet positif qu'une participation aussi efficace introduit sur la qualité technique des actes auxquels elle se réfère (et qui peut contribuer à expliquer quelque 'déférence' des juges par rapport à certaines décisions, dont on parlera plus loin). Mais on peut aussi soutenir que cette efficacité dépend de l'engagement sérieux des sujets participants, qui pourrait à son tour être expliqué par la confiance qu'ils peuvent placer en un décideur expert et indépendant. Il faut par ailleurs rappeler que, réciproquement, c'est justement l'efficacité des formes participatives prévues pour ces procédures qui est, comme certains le croient, l'élément légitimant qui peut justifier l'indépendance de certains organismes par rapport au pouvoir politique et par conséquent l'absence d'une légitimation démocratique, même indirecte (comme l'on verra aussi plus loin).

Il faut néanmoins remarquer que la tendance actuelle révèle un élargissement progressif des garanties des participations qui sont assurées dans l'activité de régulation, au delà des cas des actes régulateurs confiés aux Autorités indépendantes. Dans le secteur des télécommunications, une procédure de consultation a été très récemment imposée au Ministère lui-même, qui est tenu, autant que l'Autorité, à activer des mécanismes finalisés à susciter la participation des entreprises et des usagers⁸⁸⁸. En matière de transport ferroviaire, même le gérant de l'infrastructure (qu'on a vu être une société de droit privé) doit accorder la possibilité de participation aux sujets intéressés⁸⁸⁹ lorsqu'il lui est demandé d'élaborer certains actes de programmation (à partir de l'élaboration de l'horaire des services programmés et du plan d'implémentation de l'infrastructure). Pour ce qui concerne le secteur postal, encore, la définition par l'organe de régulation des standards de qualité est précédée par la consultation du Conseil national des consommateurs et usagers⁸⁹⁰.

⁸⁸⁶L. 7 août 1990, n. 241.

⁸⁸⁷Voir la délibération n. 61/97 de l'Autorité pour l'énergie électrique et le gaz et les délibérations n. 316/02 et 453/03 de l'Autorité pour les garanties dans les télécommunications. Plus en générale v. AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino 1999.

⁸⁸⁸Artt. 11 et 83 d. lgs n. 259/2003.

⁸⁸⁹Voir, en particulier, les artt. 29, 32 et 34, d. lgs n. 188/2003.

⁸⁹⁰Art. 12, d. lgs n. 261/99.

La participation peut être assumée comme une donnée de droit positif structurellement caractérisant la régulation⁸⁹¹.

4. Le contentieux juridictionnel de la régulation

4.1 La juridiction compétente

Mises à part les interventions déjà vues des autorités de régulation pour essayer de trancher les conflits entre sujets soumis à la régulation sans saisir la juridiction, et mises à part aussi les procédures d'arbitrage ou de conciliation, la protection juridictionnelle des usagers et des opérateurs des services d'utilité publique est donnée en partie par la juridiction administrative et en partie par la juridiction judiciaire.

Cette bipartition ne dépend pas néanmoins des règles ordinaires sur la répartition de la juridiction dans les litiges contre l'administration publique⁸⁹², qui assignent au juge ordinaire les affaires concernant des 'droits subjectifs' et au juge administratif ceux qui concernent des 'intérêts légitimes'.

En effet les lois très récentes de réforme de la justice administrative avaient attribué à la juridiction exclusive des Juges administratifs «toutes les controverses en matière de services publics»⁸⁹³ mais la Cour constitutionnelle a déclaré la non-constitutionnalité de cette dispositions en donnant une nouvelle définition de la compétence du Juge administratif⁸⁹⁴. Cependant il semble que les controverses ayant pour objet une question de droit public entre les administrations publiques et les gérants de services publics y rentrent. Si l'on ajoute ensuite que sont expressément attribuées à la juridiction exclusive du juge administratif les controverses avec les Autorités régulatrices des services d'électricité, gaz⁸⁹⁵ et télécommunications⁸⁹⁶ et avec l'Autorité pour la garantie de la concurrence et du marché⁸⁹⁷, on peut conclure que le contentieux contre les actes de régulation des services publics relève totalement de la Juridiction Administrative⁸⁹⁸.

Par contre, ne relèvent pas de la Juridiction administrative mais de la Juridiction judiciaire les litiges qui concernent l'usage des services⁸⁹⁹.

4.2 L'étendue du contrôle juridictionnel sur la régulation

En revanche, la question de l'ampleur du contrôle juridictionnel sur la régulation est ouverte.

L'acte de régulation est sans aucun doute attaquant du point de vue de la violation des normes des lois et des règlements. Les paramètres de vérification de la légitimité sous ce point de vue sont nombreux, du moment que les autorités de régulation sont tenues d'observer des procédés minutieusement réglés.

En outre, du point de vue de l'excès de pouvoir, un contrôle efficace est effectué sur la reconstruction des faits qui est à la base de la décision. En effet, le juge ne se borne pas à la vérification du respect des accomplissements d'instruction demandés par la loi, ou en tout cas raisonnablement nécessaires, mais il va jusqu'à juger l'exactitude logique de l'évaluation des éléments que l'instruction a fait émerger et de la motivation relative⁹⁰⁰.

⁸⁹¹ Avec référence à la régulation tarifaire, prévue par la l. 481/95, le Conseil d'Etat a établi que 'une régulation qui soit disposée sans le contradictoire avec les sujets intéressés... sans le respect des formes établies par l'Autorité même pour l'acquisition des intérêts à pondérer aux fins de l'adoption des actes généraux ... ne peut que se dire illégal' (Consiglio di Stato, sez., VI, 1 octobre 2002, n. 5105, dans *Foro amministrativo CdS*, 2002, 2498).

⁸⁹² Il est désormais accepté que les organismes régulateurs, même quand il s'agit d'Autorités indépendantes, soient par nature des organismes administratifs et que leur activité suive le régime de l'activité administrative: v. G. Morbidelli, *Procedimenti amministrativi delle Authorities*, en A. PREDIERI, *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, 145 ss.

⁸⁹³ Art. 33 d. lgs 31 mars 1998, n. 80.

⁸⁹⁴ C. C. 6 juillet 2004, n. 204.

⁸⁹⁵ Art. 2, al. 25, l. n. 481/95.

⁸⁹⁶ Art. 8 d lgs n. 259/2003.

⁸⁹⁷ Art. 33, l. 10 octobre 1990, n. 287.

⁸⁹⁸ En outre, une réduction généralisée des délais de procédure est prévue, afin de permettre que dans le contentieux sur des mesures adoptées par les Autorités indépendantes la décision soit rapide : art. 4, al. 1 de la l. 21 juillet 2000, n. 205.

⁸⁹⁹ Il s'agit de rapports qui sont, en principe, disciplinés par la loi générale à protection des consommateurs et des usagers (l. n. 281/1998).

⁹⁰⁰ TAR Lazio, sez, I, 13 septembre 2001, n. 7451, dans *Foro amministrativo*, 2001, 2512, selon lequel le contrôle juridictionnel vérifie si l'acte est 'logique, convenable, raisonnable, correctement motivé et instruit'.

Mais, à ce sujet, une discussion est en cours pour savoir si l'interprétation par le régulateur de 'concepts juridiques non déterminés' fondés sur des notions spécialisées, et en tous cas les choix effectués en application de règles du savoir spécialisé à suivre au cas (ordinairement, règles technico-économiques), sont tout autant attaquables.

Il faut mettre en évidence, à ce propos, la notion, très discutée, de 'pouvoir discrétionnaire technique', qui se réfère à une activité d'évaluation demandant l'application de règles techniques dont l'application ne donne pas un résultat univoque. On distingue l'activité de ce genre d'un côté de celle de simple vérification (parfaitement contrôlable par le juge), et de l'autre de l'activité qui constitue un exercice du pouvoir discrétionnaire administratif et qui se traduit par l'évaluation des intérêts en jeu et par le choix de l'un ou l'autre de ces intérêts (soustraite au contrôle du juge administratif dans le cas où elle est exempte de vices de violation de loi ou d'excès de pouvoir). Selon la position traditionnelle, le caractère discutable de l'évaluation technique exclut que le juge puisse substituer sa propre évaluation (tout autant discutable) à l'évaluation discutable de l'administration, et établit qu'il doit se limiter à contrôler que l'administration n'a pas violé la loi et n'a pas pris sa décision de manière inconsidérée, encourageant ainsi le risque de vice d'excès de pouvoir.

Par ailleurs, cette orientation jurisprudentielle s'était dessinée quand, avant les réformes évoquées du procès administratif, le juge ne pouvait pas se faire assister par un spécialiste. Ainsi certains soutiennent⁹⁰¹ que, depuis qu'il peut recourir à l'expertise⁹⁰², le juge pourrait cesser d'être 'défèrent' face aux choix techniques discutables de l'administration. Cependant, la jurisprudence⁹⁰³ semble s'orienter vers le refus de pousser jusqu'à ce point le contrôle juridictionnel sur les actes de régulation, se limitant à rendre son propre contrôle plus pénétrant en relation à l'existence effective des faits à la base des évaluations techniques de l'administration et au caractère raisonnable de leur évaluation.

Il faut enfin rappeler que l'efficacité du contrôle juridictionnel sur les actes administratifs de régulation des services d'utilité publique est aidée du fait que la légitimation à les attaquer est reconnue aux associations d'usagers⁹⁰⁴ (une légitimation qui est au contraire niée en rapport aux actes de l'Autorité antitrust⁹⁰⁵).

5 Les nouveaux problèmes d'organisation des pouvoirs publics.

Quel que soit le sens précis du mot «régulation», il est certain que la métamorphose décrite ci-dessus fait estomper la conception 'organique' du service public. Toutefois ceci ne signifie pas qu'il n'y a plus des problèmes particuliers d'organisation publique liés aux services; plutôt maintenant l'attention s'adresse plus à l'organisation de la régulation qu'à celle de la gestion publique des services (sauf naturellement pour les services publics locaux, vu les efforts pour maintenir le vieux modèle)

5.1 La répartition des compétences entre l'État, les Régions et les collectivités locales

En premier lieu, après les modifications de 2001 de la Constitution⁹⁰⁶, qui semblent avoir bouleversé les relations entre l'État et les Régions, il y a des incertitudes concernant aussi les compétences en matière de services d'intérêt public et de régulation, qui ne sont pas encore tranchées bien que une loi pour la concrétisation des nouvelles dispositions constitutionnelles ait été promulguée⁹⁰⁷ et que la Cour Constitutionnelle soit en train de préparer d'importants jugements sur le sujet.

Les nouvelles dispositions constitutionnelles ont attribué de manière résiduelle à la législation régionale toutes les matières non réservées à la compétence législative exclusive de l'État ou dans

⁹⁰¹F. CARINGELLA, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità amministrative indipendenti*, dans *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2001, 539 ss.

⁹⁰²Après la l. 21 juillet 2000, n. 205.

⁹⁰³Sur l'exclusion d'un contrôle juridictionnel 'poussé' on peut voir: Consiglio di Stato, sez. VI, 23 avril 2002, n. 2199, dans *Foro amministrativo CDS*, 2002, 977. Mais v. aussi C. S., sez. VI, 2 mars 2004, n. 926.

⁹⁰⁴TAR Lombardia Milano, sez. II, 17 mars 1999, n. 849, dans *Foro amministrativo* 1999, 2605.

⁹⁰⁵TAR Lazio, sez. I, 7 septembre 2001, n. 7286, dans *Foro amministrativo* 2001, 2490.

⁹⁰⁶L. costituzionale n. 3 du 18 octobre 2001. Mais un projet de loi d'ultérieure réforme des normes constitutionnelles concernant aussi les compétences régionales est maintenant en discussion.

⁹⁰⁷L. n. 131 du 5 juin 2003

lesquelles la compétence législative régionale n'est que 'concurrente' (c'est-à-dire dans lesquelles la détermination des principes fondamentaux relève de l'État). Et puisque, ni les services d'intérêt public en général, ni des services particuliers ne font partie des matières de compétence exclusive de l'État ou de celles de compétence concurrente (à une seule exception près⁹⁰⁸), la conclusion devrait être que pour les services en question la compétence législative appartient uniquement aux Régions.

Cependant, la compétence législative relève exclusivement de l'État sur des matières qui touchent transversalement tous les secteurs, en limitant dès lors la possibilité d'expansion non seulement de la compétence législative concurrente mais aussi de la compétence résiduelle des Régions. Parmi celles-ci, il y a des compétences étatiques qui sont d'une importance évidente pour les services d'intérêt public, à savoir la «protection de la concurrence» et la «détermination des niveaux essentiels des prestations concernant les droits civils et sociaux qui doivent être garantis sur tout le territoire national»⁹⁰⁹.

Cette réserve de législation étatique ne signifie pas que soit complètement exclue la possibilité que les lois régionales touchent la concurrence ou les prestations concernant les droits civils et sociaux. Certainement il n'y a pas d'obstacles à ce que des prestations qui dépassent les niveaux minimaux essentiels établis par l'État soient prévues par les Régions ou les collectivités locales.

Mais il ne semblerait pas exclu non plus que les Régions puissent dicter des règles relevant de la concurrence, pourvu qu'elles n'aient pas pour effet de réduire le niveau de concurrence déterminé par les lois étatiques. Pourtant, étant donné que la République reste «une et indivisible»⁹¹⁰, il est défendu aux Régions de prendre des mesures qui fassent obstacle à la circulation des personnes et des choses entre elles et, en outre, le Gouvernement national peut se substituer aux organes régionaux si ceci est demandé par la sauvegarde «de l'unité juridique» ou «de l'unité économique» de la République⁹¹¹. En tout cas, la Cour constitutionnelle a donné récemment une interprétation très large à la compétence étatique en matière de concurrence⁹¹².

Il faut encore ajouter que les fonctions administratives ne sont pas attribuées en parallèle avec les compétences législatives. Elles relèvent des Communes, à moins que, sur la base des principes de «subsidiarité», de «différentiation» et de «proportionnalité», elles ne soient attribuées à une collectivité locale de niveau supérieur ou bien à l'État⁹¹³ pour en assurer, «même dans les secteurs de la promotion du développement économique et de la gestion des services», l'unité d'exercice, «pour des motifs de bon fonctionnement, d'efficacité ou d'efficacité de l'action administrative, ou bien pour des motifs fonctionnels ou économiques, ou pour des exigences de programmation ou d'homogénéité territoriale»⁹¹⁴. Un autre jugement récent de la Cour Constitutionnelle a précisé que, si le principe de subsidiarité demande qu'une fonction administrative dans une matière de compétence législative régionale revienne à l'État, on doit alors reconnaître aussi une certaine compétence législative étatique⁹¹⁵.

Il faut tenir en compte, enfin, qu'il revient toujours à la législation de l'État de déterminer «les fonctions fondamentales» des collectivités locales⁹¹⁶, et que selon la loi pour la concrétisation des nouvelles dispositions constitutionnelles, font partie de telles fonctions «celles qui sont essentielles et dont on ne peut faire abstraction ... pour la satisfaction des besoins primaires de la communauté de référence, tout en tenant compte, de manière prioritaire ... des fonctions remplies historiquement»⁹¹⁷.

De cette réglementation constitutionnelle complexe découle, semble-t-il, la persistance de services d'intérêt public à la fois de niveau national et de niveau local, ces derniers pouvant faire l'objet de dispositions dictées par des lois régionales. Cependant, le poids nouveau attribué en la matière à la concurrence implique une importance particulière de la législation étatique. En effet, la loi de l'État sur les modalités de gestion et d'attribution de services publics locaux qu'on a déjà vu auparavant, a statué qu'elle va intégrer les régimes des matières auxquelles les différents services se

⁹⁰⁸Dans les matières de compétence concurrente est incluse « la production, le transport et la distribution nationale de l'énergie».

⁹⁰⁹Art. 117, al. 2, lettre e) et m), Cost..

⁹¹⁰Art. 5 Cost..

⁹¹¹Ou par la « la protection des niveaux essentiels des prestations concernant les droits civils et sociaux. Dans ces cas l'État peut exercer de pouvoirs substitutifs: art. 120, al. 2, Cost. et art. 81. n. 131/2003.

⁹¹²Corte costituzionale, 13 janvier 2004, n. 14.

⁹¹³Art. 118, al. 1, Cost..

⁹¹⁴Art. 71. n. 131/2003.

⁹¹⁵C. C. 1 octobre 2003, n. 303.

⁹¹⁶Art. 117, al. 2, lettre p), Cost.

⁹¹⁷Art. 2, al. 4, lettre b), l. n. 113/2003.

réfèrent et qu'elle même ne peut pas être dérogée, du moment que ses dispositions concernent la protection de la concurrence⁹¹⁸.

D'ailleurs, si l'on tient compte, d'un coté, des compétences législatives sur la concurrence et, de l'autre, à propos des fonctions administratives, du principe de subsidiarité en raison des exigences d'unité économique de l'État, on ne saurait nier que l'État peut instituer légitimement des organismes nationaux dotés des fonctions administratives nécessaires pour assurer la protection et la promotion de la concurrence aussi bien dans les matières des services locaux. Du reste, on sait très bien que, lorsqu'elle relève de l'unité économique européenne, la protection de la concurrence ne revient même pas à la compétence des instances centrales des États mais se déplace au niveau européen.

5.2 Ministères régulateurs et Autorités indépendantes de régulation

Les nouveaux problèmes d'organisation qui se posent à propos de la régulation des services d'intérêt public vont au delà des niveaux d'allocation des pouvoirs publics.

Comme nous l'avons vu auparavant, dans les différents secteurs la tâche de la 'régulation' (ou comme plutôt on dit quelque fois: de la 'réglementation'⁹¹⁹) et du contrôle est confiée à des types différents d'organismes. Dans certains cas elle revient à des Autorités indépendantes (électricité, gaz); dans d'autres elle relève de la compétence d'un Ministère (poste, chemin de fer). Il y a aussi des cas où l'on désigne comme relevant de la réglementation tant des fonctions remplies par les Ministère, que d'autres remplies par une Autorité indépendante (télécommunication). Enfin, il y a des cas où des activités dénommées dans des autres circonstances de régulation sont confiées en partie à un Ministère, en partie à des collectivités locales associées (services hydriques).

C'est la loi n. 481/1995, déjà citée à plusieurs reprises ci-dessus, qui a institué les «Autorités de régulation des services d'utilité publique» compétentes pour les secteurs de l'énergie (électricité et gaz) et des télécommunications. À noter que, d'ailleurs, l'Autorité compétente pour ces dernières, après qu'on lui ait confié aussi des fonctions pour la protection du pluralisme dans la radio et la télévision, porte maintenant la nouvelle dénomination de 'Autorité pour les garanties dans les communications'.

Ces organismes sont couramment définis comme 'indépendants'⁹²⁰ non seulement parce que la désignation de leur membres (qui doivent être choisis parmi des personnes dotées des compétences professionnelles élevées et reconnues, et qui restent en fonction pendant sept ans⁹²¹, sans qu'ils puissent être confirmés à l'échéance et aussi sans que leur révocabilité soit prévue par la loi) est réglementée de façon telle que d'ordinaire elle ne peut être décidée librement par le Gouvernement ou par sa majorité parlementaire⁹²², mais aussi parce que la loi d'institution établit qu'ils «opèrent de manière pleinement autonome et avec une indépendance de jugement et d'évaluation».

Toutefois, il faut remarquer que les finalités de la régulation des services d'utilité publique doivent être poursuivis en tenant en compte «les orientations de politique générale formulés par le Gouvernement». Celui-ci dans ses documents de programmation économique-financière, fait aussi connaître l'ensemble «des exigences de développement des services d'utilité publique correspondantes aux intérêts du Pays»⁹²³. En outre, les Autorités chargées de la régulation des services - ainsi que l'antitrust, du reste - doivent présenter chaque année au Gouvernement et au Parlement un rapport sur leur activité⁹²⁴.

⁹¹⁸ Art. 113, al. 1, l. n. 350/2003.

⁹¹⁹ C'est le mot qu'on utilise dans les secteurs postal (art. 2, d. lgs 261/1999 ; voir aussi l'art. 22 dir. 97/67/CE) et, maintenant, aussi des communications (art. 7, al. 2, d. lgs 259/2003 ; art. 3 dir. 2002/21), tandis que la l. 481/1995 inclut l'Autorité des télécommunications parmi les autorités de régulation.

⁹²⁰ Ainsi que l'Autorité garante de la concurrence et du marché, dont les membres sont nommés en accord par les Présidents de la Chambre des Députés et du Sénat (v. l'art. 10, al. 2, l. n. 287/1990; à l'époque de la promulgation de cette loi, un système électoral proportionnel était en vigueur et, des deux Présidents l'un appartenait normalement aux partis de la majorité et l'autre à ceux de l'opposition..

⁹²¹ Pendant lesquels se produisent des incompatibilités (quelques-unes desquelles demeurent jusqu'à quatre ans après la cessation de la fonction) avec des autres activités qui pourraient donner origine à des conflits d'intérêts.

⁹²² Les membres de l'Autorité pour l'énergie sont nommés par décret du Président de la République, sur proposition du Ministre compétent et délibération du Conseil des Ministres, après avis favorable des Commissions parlementaires compétentes exprimé par une majorité des deux tiers des membres qui les composent (art. 2, al. 7, l. n. 481/1995). Dans le cas de l'Autorité des communications, qui est répartie en deux Commissions, une pour les infrastructures et les réseaux et l'autre pour les services et les produits, l'on suit ces mêmes règles pour le Président, tandis que quatre des huit membres sont élus par le Sénat et quatre par la Chambre des Députés, dans les deux cas avec limitation du droit de vote de chaque sénateur ou député à un seul candidat pour chacune des commissions (art. 1, al. 3, l. n. 249/1997).

⁹²³ Art. 1, al. 1, et art. 2, al. 21, l. n. 481/1995.

⁹²⁴ Art. 2, al. 12, lettre i), l. citée.

Donc, bien que les organismes de régulation des services exercent en partie une fonction similaire à celle de l'AGCM, les premiers ne sont pas soustraits du tout, différemment de la seconde, à l'orientation politique générale du Gouvernement, au point qu'on a soutenu qu'ils devraient être définis plutôt 'autorités semi-indépendantes'⁹²⁵.

D'autre part, dans les cas où l'on utilise le modèle ministériel (poste et chemin de fer), la fonction est remplie par des hauts fonctionnaires nommés par les Gouvernement qui agissent sous l'orientation politique du Gouvernement tout comme les autres grands commis de l'État.

On pourrait donc dire que le tableau est confus et contradictoire. Cependant les solutions différentes peuvent être expliquées, bien que, peut-être, pas toujours justifiées.

Le choix du modèle ministériel dans les secteurs postal et des chemins de fer peut être expliqué par le fait que dans ces secteurs on a voulu appliquer au *minimum* les Directives européennes, qui demandaient que la fonction fût assignée à un organisme indépendant des opérateurs intéressés, sans citer le Gouvernement (bien que l'on pourrait douter que les dispositions communautaires soient ainsi réellement respectées, du moment que les opérateurs sont des sociétés dont les actions appartiennent à l'État et que le Ministre du Trésor exerce les pouvoirs de l'actionnaire).

Au niveau local, d'autre part, on a déjà observé que ce qu'on essaie de faire est de ne pas abandonner le modèle traditionnel du service public et même de se soustraire totalement au droit communautaire.

Mais ici nous intéressent davantage les questions posées par le modèle des autorités indépendantes qui – comme nous l'avons déjà dit – avait été choisi avant la promulgation des Directives européennes qui les prévoient. En effet le point le plus sensible concerne leur rapport avec les organes de gouvernement: la question est de savoir si, du point de vue de l'organisation publique d'un État démocratique de droit, l' 'indépendance' de certains organismes est inadmissible ou, au contraire, nécessaire et, peut-être, même insuffisante.

A ce propos, une discussion doctrinale s'était développée avant la constitution des Autorités de régulation des services, qui avait abouti en premier lieu à nier que des organismes comme l'AGCM puissent être classifiés comme para-juridictionnels et à accepter plutôt qu'elles devraient être considérées des administrations sous l'angle de la protection juridictionnelle (comme nous l'avons déjà rappelé). Un débat est encore ouvert au contraire sur leur rapport avec le Gouvernement: à ce propos un argument qui a encore un certain nombre de défenseurs est que, alors que les fonctions de 'garantie' devraient être exercées par un organisme indépendant de la politique, on ne peut en dire autant des fonctions de 'régulation' et donc que l'homogénéité de la position organisationnelle des deux types d'Autorités ne serait pas justifiée, vue la différence de leurs fonctions⁹²⁶. Mais une telle opposition entre les fonctions exercées concrètement par l'Autorité antitrust et une partie au moins des celles exercées par les Autorités pour les services ne semble pas en fait soutenable⁹²⁷. En effet, si on se réfère aux compétences des Autorités des services qui concernent la promotion et la protection de la concurrence, on doit reconnaître que même si elles diffèrent des fonctions de l'AGCM sous des nombreux aspects, leur finalité est commune. Il n'y a donc des motifs pour en venir à des conclusions différentes à propos de leur position face au pouvoir politique.

Plutôt, au de-là de l'allusion à la qualification de la fonction (garantie) qu'on trouve dans la dénomination légale de l'Autorité, il semble nécessaire de se demander quelle raison peut justifier ou même réclamer que la protection de la concurrence soit assurée par une instance 'indépendante' du pouvoir politique, comme cela semble être généralement accepté. Cette raison, semble être la suivante: on pourrait soutenir que de poursuivre l'intérêt public de la concurrence n'est plus un libre choix politique des majorités parlementaires ordinaires, et donc des Gouvernements, puisque ce choix a été désormais fait par les Traités communautaires et maintenant, bien que seulement indirectement, aussi par la Constitution Italienne⁹²⁸. Il s'agit, par conséquent, d'un intérêt public qui (sauf dérogations exceptionnelles⁹²⁹) prévaut sur les autres, sans pondérations ni médiations, quand on a à

⁹²⁵G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1997, 645 ss.

⁹²⁶Elle trouve son origine dans l'opinion de G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, citée, qui, en réalité, analysait la diversité des fonctions des deux types d'organismes et arrivait à la conclusion que la discipline concernant la régulation des services d'utilité publique configurait déjà ces derniers comme semi-indépendants, et non que leur position organisationnelle devait être modifiée.

⁹²⁷Tout comme celle entre *adjudication* et *regulation*. Pour le débat en propos on peut voir D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2003, 296 ss.

⁹²⁸ Art. 117, al. 2, lettre e).

⁹²⁹ On peut voir l'art. 25, al. 1, l. n. 287/1990.

faire à des activités économiques qui ne mettent pas en jeu d'autres intérêts publics non économiques. L'utilisation (dans le respect des principes de légalité) des instruments juridiques pour la protection et la promotion de la concurrence ne serait pas donc l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire politique-administratif, mais plutôt d'un pouvoir lié qui demande seulement l'application de règles et critères 'techniques'. Une telle affirmation présuppose évidemment qu'on accepte de regarder comme une 'technique' l'application des sciences économiques, c'est-à-dire qu'une fois que le système juridique a répudié le dirigisme économique, il faut prendre acte, du point de vue juridique, qu'il y a une distinction entre l'économie et la politique, malgré que la frontière soit en général difficile à identifier et qu'elle puisse même être théoriquement niée).

Mais c'est justement la difficulté, en premier lieu pratique, de la distinction entre économie et politique qui peut expliquer pourquoi on a jugé nécessaire de prévoir une position organisationnelle qui essaie d'isoler (dans la mesure du possible) l'organisme chargé d'exercer cette activité 'technique' des influences provenant du déroulement habituel du processus politique, nécessairement attentif aussi à des intérêts autres qu'économiques, qui sont, en plus, souvent contingents. En effet, c'est au conte d'Ulysse, qui se fait lier pour pouvoir résister au chant ensorcelant des sirènes, qu'on fait souvent allusion.

D'autre part la régulation des services n'est pas limitée à la protection, la promotion, le remplacement de la concurrence, du moment qu'elle est ciblée aussi justement à l'imposition des 'obligations de service public', y compris le 'service universel' (sans dire de la régulation sociale). Or, il paraît évident qu'il ne peut relever que du pouvoir politique d'établir les missions d'intérêt publique dont il faut charger une entreprise exerçant des services économiques : ces missions au nom desquelles aussi la dérogation à la concurrence devient possible, selon l'art. 86 du Traité CE. C'est clairement celle-ci la raison pour laquelle la loi a établi que les Autorités des services d'utilité publique doivent être 'indépendantes' du point de vue organisationnel, mais doivent suivre les orientations de politique générale du Gouvernement et en particulier les indications sur les nécessités de services que celui-ci indique.

Toutefois cette solution a prêté le flanc à des critiques. D'une coté, on a signalé le risque que le rôle d'orientation du Gouvernement soit interprété comme relatif aussi aux fonctions qui concernent la concurrence; de l'autre, à l'opposé, l'on craint que l'indépendance organisationnelle puisse entraver l'obtention des buts voulus par le pouvoir politique.

Il semble effectivement nécessaire que la loi délimite plus nettement les compétences du pouvoir politique et de l'autorité technico-économique, en confiant au pouvoir politique la tâche de donner des orientations moins générales mais plus contraignantes dans des champs limités (comme, par exemple, à propos des prestations qui doivent constituer le service universel) et, au même temps, en réservant à l'Autorité indépendante les choix technico-économiques pour la mise en oeuvre de ses décisions. Une tâche, cette dernière, dont l'attribution à un organisme indépendant semble désirable, vu qu'il faut que la satisfaction des intérêts publics identifiés par les pouvoirs politiques soit assurée suivant des critères de rationalité économique et selon des modalités qui ne troublent pas, ou du moins pas plus que nécessaire, le jeu de la concurrence et le déroulement ordonné des activités économiques concernées. L'on peut dire qu'il s'agit en définitive d'assurer le respect du principe de proportionnalité dans les limitations de l'autonomie des entreprises exerçant les services (et quelque fois de la concurrence entre elles) demandées pour satisfaire les autres intérêts publics indiqués et définis par le pouvoir public⁹³⁰. D'autre part, dans ce cas l'application de ce principe nécessite l'exercice d'une expertise technico-économique et non la formulation de choix politiques autres que ceux qui constituent un des pôles de la relation dont il s'agit d'assurer la proportionnalité, de manière qu'il semble approprié d'en donner la responsabilité à une Autorité indépendante.

⁹³⁰L'on trouve un bon exemple de cette combinaison des compétences dans les dispositions sur le service universel en matière de télécommunication (art. 53, al. 2, d. lgs. n. 259/2003). L'Autorité détermine la méthode plus efficace et adéquate pour garantir la fourniture du service universel pour un prix accessible en respectant les principes d'objectivité, transparence, non discrimination et proportionnalité. L'Autorité limite les distorsions du marché, en particulier la fourniture de services pour des prix ou d'autres conditions qui divergent des ordinaires conditions marchandes, en protégeant en même temps l'intérêt public. En matière d'énergie électrique et gaz, selon le DPCM du 31 octobre 2002 est à l'Autorité de «définir les modalités d'imputation des charges dérivées des mesures à contenu social, dans le but de minimiser le coût d'ensemble net de l'intervention et de respecter les conditions de neutralité de l'incidence sur les différentes typologies d'utilisateurs».

6. Les notions de régulation, service d'utilité publique, service public

Jusqu'ici on a utilisé le mot 'régulation' selon l'usage fait couramment par les lois ou par des auteurs. On peut maintenant porter l'attention sur la notion de régulation, telle qu'on peut la dégager des écrits qui traitent spécifiquement le sujet, mais aussi de ce qu'on vient de relater.

Le terme régulation, ou d'autres termes ayant la même racine lexicale, sont utilisés depuis longtemps en Italie dans le langage technique (en particulier celui des ingénieurs) ainsi que dans le droit urbanistique, où les plans 'régulateurs' ont une place centrale. Le terme a pourtant été redécouvert surtout dans la littérature économique et son usage, avec de nouvelles significations, s'est beaucoup répandu avec la propagation du débat sur les politiques Reagano-Thatchériennes de 'deregulation', auquel s'est ensuite superposé l'autre débat plus spécifiquement relatif à la libéralisation et la privatisation des services publics.

Ainsi, d'un côté, avec 'regolazione', translittération pure et simple de l'anglais 'regulation', on se réfère fréquemment de façon générique aux diverses formes d'exercice de la puissance publique en fonction des exigences d'intérêt générale, en particulier par le biais de règlements et de mesures à portée générale, mais aussi de mesures individuelles⁹³¹. D'autre côté, lorsqu'il s'agit plus particulièrement de l'économie, on se réfère à tous les différents instruments et méthodes par le biais desquels l'État intervient pour la protection d'intérêts généraux, soit en déroulant directement des activités soit en limitant et orientant (en tout cas en conditionnant) le déroulement libre de l'initiative privée. Encore plus spécifiquement, le mot est surtout utilisé en référence aux services économiques⁹³², en indiquant parfois d'une manière générale le rôle joué par l'État une fois qu'il a renoncé, directement ou indirectement, à gérer les services publics (donc: État régulateur c. État gérant). D'autres fois encore, le mot désigne seulement une des fonctions remplies par les pouvoirs publics dans le cadre du nouveau rôle qui leur a été assigné par le nouveau modèle d'intervention concernant les 'public utilities'. Par ailleurs, surtout dans le langage du législateur, on trouve utilisés (dans la foulée de Directives européenne) les deux mots, 'régulation' et 'réglementation', sans qu'on puisse comprendre si l'on veut attacher à chacun d'eux un sens différent.

Il va sans dire que la doctrine⁹³³ a dédié son attention au sujet de la régulation en proposant diverses acceptions du terme, qui reflètent la diversité des approches et des finalités poursuivies⁹³⁴.

En se référant spécifiquement à l'intervention dans l'économie, on souligne⁹³⁵ souvent une particularité, mise en évidence à l'origine dans des études sur le contrôle des activités privées de finance et du marché mobilier. Cette particularité consisterait, si on adopte la terminologie de Luhman⁹³⁶, dans son caractère non 'finaliste': la régulation n'interfère pas avec les buts de l'activité privée (ce que prétendait faire la programmation): elle aurait, au contraire, un caractère 'conditionnel', c'est-à-dire qu'elle se contenterait de poser des règles de conduite limitant l'autonomie des parties dans la négociation⁹³⁷.

Selon une idée différente mais analogue, la régulation est vue comme la position des 'règles du jeu', ou bien de règles de la même nature que celles du contradictoire dans le procès, qui donnent aux parties la garantie d'un combat à armes égales. L'on pourrait observer qu'une telle conception ne s'adapte pas à l'imposition des obligations de service public; mais on a soutenu que celle-ci aussi peut être considérée de nature semblable, étant ciblée à la correction des asymétries du marché qui sont d'obstacle à la *par condicio* de certaines parties⁹³⁸.

Une autre description de la régulation souligne qu'elle «n'est pas caractérisée par un contenu particulier, mais par des modalités d'exercice particulières». On mentionne sa nature conditionnelle, la

⁹³¹ Il semble se référer à cette notion de régulation le législateur alors qu'il confie à un Département du Gouvernement «les fonctions relatives à la coordination de l'activité normative du Gouvernement [...], de manière à garantir [...] l'évaluation de l'impact de la *regulation*» (art. 6, d. lgs 30 juillet 1999, n.303) ou quand il prévoit l'introduction «des formes stables de consultation des organisations productives et des catégories, incluant les associations nationales reconnues pour la protection de l'environnement et pour la défense des consommateurs, qui s'intéressent aux processus de *regulation* et de simplification» (art. 1, l. du 8 mars 1999, n. 50).

⁹³² Voir la délibération CIPE du 8 mai 1996, sur la création du Noyau de consultation pour la régulation des services d'utilité publique.

⁹³³ Qui ne se pose pas en Italie la question si le droit de la régulation puisse constituer une branche autonome du droit

⁹³⁴ L'on met à part l'utilisation du terme dans l'acception plus large et générique par une œuvre d'introduction au droit administratif: D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il ed., 2002, 71 ss.

⁹³⁵ S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, dans *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2002, 265.

⁹³⁶ N. LUHMAN, *Sociologia del diritto*, Bari 1977.

⁹³⁷ N. LUHMAN, *Sociologia del diritto*, cité, 146.

⁹³⁸ F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, dans *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Anuario 2001*, Milano 2002

soumission au principe du contradictoire et le contrôle juridictionnel des décisions (modalités qui sont par ailleurs désormais communes à toute l'activité administrative). Mais on souligne, avant tout, des profils concernant le sujet régulateur, qui est chargé de poursuivre un seul intérêt public (et donc pas de pondérer de manière discrétionnaire une pluralité d'intérêts publics), joue un rôle déterminant l'existence de rapports trilatéraux (qui diffèrent des rapports bilatéraux habituels dont font partie les administrations publiques normales) et, surtout, est indépendant⁹³⁹.

Mais, dans une perspective juridique, une notion de régulation, qui est conceptuellement indissociable de la présence d'une Autorité indépendante, trouve un obstacle sérieux *de jure condito* dans le fait que, comme nous l'avons vu, les mêmes fonctions nommées de régulation (ou, quelque fois, de réglementation) sont attribuées dans certains secteurs aux Autorités indépendantes, alors que dans d'autres elles sont menées par des Ministères. Une autre question, *de jure condendo* cette fois ci, est celle de savoir s'il serait désirable qu'un pouvoir de régulation soit toujours confié à un organisme indépendant.

Par ailleurs, on a déjà mentionné l'opinion selon laquelle l'indépendance d'organismes du genre de l'Autorité garante de la concurrence et du marché, vue comme ayant une fonction de garantie, devrait être sauvegardée, alors qu'au contraire celle des Autorités des services d'utilité publique, puisqu'il s'agit ici d'une fonction de régulation, ne serait pas justifiée. Mais il convient de tenir en compte aussi qu'il y a des analyses de la doctrine qui ne considèrent pas le phénomène de la régulation comme un tout homogène, mais qui proposent des distinctions en son sein. Récemment, justement en référence au thème qui nous intéresse ici, on a suggéré⁹⁴⁰ de distinguer une régulation 'au sens faible' d'une régulation 'au sens fort'. La première (pour son fondement constitutionnel, on cite l'art. 41, al. 2. Constitution et les arts. 16 et 52 de la Charte des Droits de l'Union Européenne) poursuit un intérêt public non hétéronome, puisque la prescription de limites à l'activité économique privée viserait à garantir le fonctionnement du système⁹⁴¹ pivotant sur l'interactions de ces activités, c'est-à-dire du marché, et aurait le caractère conditionnel exposé ci dessus. Par contre, la régulation au sens fort (fondée constitutionnellement sur les arts. 41, al. 3 Const. et 16 et 86, al. 2, TCE) poursuit des intérêts extérieurs au marché, à savoir ceux relatifs à la garantie de la jouissance effective des droits et des libertés des citoyens; elle ne se résoudrait donc pas dans un rapport bilatéral entre l'administration régulatrice et les entreprises régulées, du moment qu'elle fait naître des droits des usagers aux prestations envers les entreprises fournissant les services.

Le débat sur l'idée de régulation n'est que le revers du débat sur les notions de 'service d'intérêt général', 'service d'intérêt public', 'service public'⁹⁴². Ainsi, la régulation 'au sens fort' connoterait l'intervention publique par rapport à des secteurs définis comme services d'intérêt général. Au contraire, ceux qui soutiennent que la régulation ne fait pas autre chose que garantir des combats à armes égales et que c'est le même le but de la régulation qui impose le service universel ou d'autres obligations de service public, tirent la conclusion que maintenant l'idée de service public est supplantée par la notion de 'marché réglé'.

D'autres observent que l'expression «services économiques d'intérêt générale» désigne des activités qui ont une importance pour le bien-être de la société et qui, en conséquent, sont susceptibles d'être soustraites au régime de la libre initiative économique et de la concurrence (tout comme l'art. 43 de la Constitution prévoit qu'on peut réserver à l'État le «services publics essentiels», qui donc

⁹³⁹ S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, cité. Selon une convergente opinion, différents modèles régulateurs peuvent exister, mais la régulation qui s'affirme aujourd'hui se caractérise par des aspects nouveaux par rapport aux formes de régulation qui ont toujours existées: parmi ceux-ci, en particulier, le recours aux autorités indépendantes, l'élimination de profils de pouvoir discrétionnaire politique, l'utilisation de techniques de 'moral suasion' et la valorisation des capacités d'autoréglementation des opérateurs: V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del 'pubblico'*. *Lo stato regolatore*, dans *Politica del diritto*, 1997, 629. Voir aussi, par exemple, S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999. L'auteur semble même admettre qu'il y aurait une atténuation des principes de légalité par rapport aux autorités administratives indépendantes (une position qui n'est pas partagée par la jurisprudence).

Sur les problèmes posés par l'indépendance des organismes régulateurs v. § 5.2. en haut.

⁹⁴⁰ L. DE , *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cité.

⁹⁴¹ Dans une perspective différente mais qui semble pourtant convergente, on peut voir aussi L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002.

⁹⁴² En plus des oeuvres citées dans les autres notes on peut voir:: E. SCOTTI, *Il pubblico servizio : tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; R. VILLATA, *Pubblici servizi : discussioni e problemi*, Milano, 2003; L. AMMANNATI, M. A. CABIDDU, P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano 2001; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, G. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997;. Pour une analyse comparative: E. FERRARI, *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000.

sont tels avant qu'ils soient publicisés), mais qui ne sont pas en soi des services publics. Mais on ajoute que, si l'intervention publique est motivée par une 'défaillance du marché' qui n'est pas due à la carence ou à l'insuffisance de la concurrence mais plutôt aux résultats insatisfaisants (selon l'opinion des pouvoirs publics) donnés par le marché (bien que concurrentiel et bien marchant), alors les mesures visent des buts qui contrastent avec l'intérêt marchand de l'entreprise, en faisant de celle-ci un instrument d'intérêts qui lui sont étrangers: donc on ne peut pas ramener ces interventions à la régulation pro-concurrentielle ou économique. Plutôt, il faut dire, qu'en imposant le 'service universel' ou des 'obligations de service public' en tant qu'objet d'un contrat de service ou condition de délivrance d'une licence, c'est le pouvoir politique qui prend sur soi la responsabilité de la fourniture des certaines prestations, vu que c'est vrai qu'elles sont encore fournies par une entreprise indépendante de l'organisation administrative, mais sur la base d'un rapport particulier entre l'administration et l'entreprise, tel que celle-ci est engagée à la fourniture de certains services à des tarifs insuffisantes contre une rémunération financée par des revenus fiscaux ou par un prélèvement imposé aux opérateurs du secteur. La conclusion est que dans ce cas l'on arrive à une idée très proche de la conception traditionnelle du service public⁹⁴³.

La critique à l'opinion qu'il n'y aurait plus aucun espace pour la notion de service public, et qu'on peut (ou qu'il faut) reconduire toutes les interventions des pouvoirs publics à la notion de régulation, laisse perplexe dans la mesure où la régulation est regardée comme une activité technique, et non politique, pour laquelle un statut d'indépendance est donc désirable.

Quand on impose des obligations de service public, service universel ou d'autre, on définit la mission publique dont l'accomplissement, au sens de l'art. 86, al. 2, TCE, peut justifier que l'entreprise ne respecte les règles de la concurrence. Une telle définition revient naturellement au pouvoir politique. Mais la reconnaissance de ce rôle du pouvoir politique ne signifie pas qu'on peut dire qu'il n'y a pas des différences avec la notion traditionnelle de service public. En effet, bien que les lois ne soient pas tout à fait claires sur ce point, il ne semble pas que l'imposition de ces obligations puisse garantir la continuité du service, du moment qu'on ne peut pas imposer unilatéralement à une entreprise une obligation de prêter des services sans supprimer sa liberté économique (sauf au cas où il s'agit d'une situation exceptionnelle et pendant un délai limité): en général, en effet, on peut penser que l'entreprise est libre en tout cas de cesser l'activité et donc de ne pas assurer la continuation du service. Dans ce cas on ne pourra pas parler de service public. Toutefois, à cause de l'interférence du pouvoir public, l'activité ne pourra pas être exercée comme une activité privée ordinaire, de sorte qu'il semble bien possible de la nommer 'service d'utilité publique'.

D'autre part, il est possible que les obligations en question soient l'objet d'un vrai contrat qui engage l'entreprise à la prestation du service aux usagers. Dans ce cas, en effet, le traditionnel modèle du service public semble pouvoir être évoqué. Toutefois il semble qu'il y ait une différence significative, c'est-à-dire que ceci doit être vu comme un contrat ordinaire de droit privé et non pas comme une 'concession' de droit public vu que celle-ci, selon la doctrine traditionnelle, présupposait la maîtrise ('titolarità'), souvent exclusive (réserve), du service de la part du pouvoir public, une maîtrise qui ne peut plus être affirmée aujourd'hui. D'un côté, donc, aucune 'concession' n'est pas nécessaire afin qu'une entreprise privée puisse exercer une activité économique libre ou qu'elle puisse s'engager à l'exercer avec n'importe qui; de l'autre côté, on ne voit pas ce qu'un pouvoir public serait en train de déléguer⁹⁴⁴ quand, en soignant les intérêts des membres de sa communauté, il passe un contrat avec une entreprise et l'engage à fournir avec continuité des services que (pas tous) les citoyens pourraient se procurer en autonomie dans le marché.

⁹⁴³F. TRIMARCHI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, cité, 958. La seule particularité serait que alors qu'on fait recours aux obligations de service l'objet des obligations doit être prédéterminé ainsi qu'on peut connaître et contrôler les exigences qui justifient la prise en charge du service par l'administration publique.

⁹⁴⁴ Selon F. TRIMARCHI (*Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, cité, 965) il y aurait la une 'concession' non dans le sens d'une délégation mais parce que, en présence d'un service public, il faut reconnaître à l'administration publique des pouvoirs dérogatoires. Mais il ne semble pas nécessaire de donner une qualification particulière à un rapport avec l'administration publique, pour justifier des interventions avec des pouvoirs exceptionnels alors que des telles interventions soient réellement nécessaires pour la sauvegarde des intérêts publics, qu'ils soient liés à des services publics ou non.

DROIT DE LA RÉGULATION, SERVICE PUBLIC ET INTÉGRATION RÉGIONALE : LE CAS DU PORTUGAL

Manuel PORTO*, Professeur à l'Université de Coimbra

Introduction

Les débuts de la prestation de services publics

Dans un premier temps, de nombreux services publics économiques (*public utilities*) ont été assurés par des sociétés privées (souvent à capital étranger, et principalement anglais). C'était le cas, par exemple, des transports ferroviaires, de l'approvisionnement en gaz à Lisbonne, des transports publics dans cette même ville, du téléphone à Lisbonne et Oporto, ou, plus récemment, des lignes aériennes régulières. Mais dans tous les cas, elles le faisaient dans le cadre de concessions publiques, non sur un marché libre, caractérisé par un accès et des conditions de concurrence ouverte⁹⁴⁵.

L'Estado Novo : un État plus interventionniste

C'est seulement avec l'*Estado Novo* (le régime en place de 1926 à 1974) que l'on a transféré certains de ces services à l'État. C'était un régime de droite, mais avec une composante de corporatisme étatique, et des principes fortement interventionnistes.

Dans ce contexte, on peut considérer comme des exceptions la production et la distribution d'électricité et l'exploitation des transports routiers nationaux par différents opérateurs du secteur privé, ou des transports aériens réguliers réservés à TAP, (en ce qui concerne l'électricité, l'État ne possédait que le réseau fixe).

Le régime portugais corporatiste était aussi caractérisé par une régulation fortement interventionniste⁹⁴⁶, cela s'est vérifié dans tous les cas, pas seulement dans les occurrences susmentionnées. Cette régulation relevait cependant d'une philosophie radicalement différente de la philosophie politique portugaise actuelle. Son objectif était de diminuer ou éviter la concurrence sur le marché⁹⁴⁷, et les entités chargées de la prestation de services (administrations ou entreprises publiques) n'avaient aucune indépendance.

Les étapes décrites ci-dessous ont suivi l'évolution politique du pays.

La Révolution de 1974

La Révolution de 1974 a conduit à l'extension de l'intervention publique dans tous les services d'intérêt public, avec la nationalisation de tous les secteurs de base de l'économie portugaise, à laquelle l'initiative privée n'avait donc pas accès.

⁹⁴⁵ v. Santos, Gonçalves et Marques (2002, p. 14).

⁹⁴⁶ produite, en l'occurrence, par ce que l'on a appelé l'*organismos de coordenação económica* (v. Ferreira, 2001, pp. 403-4).

⁹⁴⁷ Par exemple dans le but de réguler (garantir...) l'approvisionnement en sucre, en alcool ou en morue, l'importation de ces produits était strictement réservée à des monopoles publics : l'*Administração Geral do Alcool e do Açúcar (AGA)* et la *Comissão Reguladora do Comércio do Bacalhau*.

Au contraire, aujourd'hui, la régulation a pour but (devrait en tout état de cause avoir pour but) d'accroître la concurrence sur le marché, et de garantir l'indépendance de ses organismes de contrôle.

Par exemple, ainsi que nous l'examinerons plus avant, tout le secteur de l'électricité a été nationalisé (par le Décret-loi 205-G/75 du 16 avril), ainsi que la plupart des opérateurs routiers (92 compagnies, nationalisées par différentes lois en 1975) et le TAP.

La Loi 46/77 du 8 juillet prévoyait une interdiction générale d'intervention du secteur privé dans les principaux secteurs d'activité de l'économie portugaise. D'après elle (art. 4), l'initiative privée ne devait (entre autres) avoir accès à aucune des activités concernant la « production, le transport et la distribution d'électricité pour la consommation publique », la « production et la distribution de gaz pour la consommation publique au moyen de réseaux fixes », « les communications postales, téléphoniques et télégraphiques », « les transports aériens et ferroviaires réguliers », « les transports en commun des principaux centres urbains » (sauf les taxis) et « l'exploitation des ports et aéroports ».

L'article 83 de la Constitution de 1976 protégeait sans ambiguïté les situations ainsi créées. D'après cet article, « toutes les nationalisations effectuées après le 25 avril 1974 étaient des conquêtes inaliénables des classes laborieuses ».

Comme on pouvait s'y attendre, ces interventions complètes et exclusives du secteur public ne permettaient pas une régulation indépendante, et ne laissaient aucune place à la promotion de la concurrence. L'interventionnisme étatique était dans une large mesure le résultat d'objectifs idéologiques visant à imposer un régime socialiste. D'un point de vue pragmatique, à cette époque, on pensait, ou du moins on affirmait que l'on obtiendrait de meilleures conditions de prestations de services pour les citoyens, et plus particulièrement des prix plus bas pour les consommateurs, si ces dernières étaient assurée par l'État ou par des entités du secteur public.

Les étapes récentes vers la privatisation et la libéralisation

C'est dans les années 1980 que l'on a fait les premiers pas vers la privatisation de ces secteurs d'activité, y compris ceux qui étaient publics sous l'*Estado Novo*.

Cette protection constitutionnelle obligeait à passer par une modification de la Constitution si l'on voulait apporter un changement significatif.

L'article 83 n'a pas, toutefois, été affecté par la révision de 1982. On a observé quelques avancées limitées vers une plus grande ouverture, par exemple dans la Loi 406/83 du 19 novembre qui diminue le nombre de secteurs d'activité interdits au secteur privé (la banque, les assurances et deux secteurs industriels ont ainsi été ouverts).

La Loi 110/88 du 29 septembre, et la Loi 449/88 du 10 décembre, qui rendaient l'intégralité de l'industrie (à l'exception de l'armement), ainsi que d'autres services comme l'électricité et le gaz pour la consommation courante, les télécommunications et les transports terrestres et aériens accessibles à l'initiative privée, ont, par la suite, également donné lieu à des avancées importantes.

On a procédé à une plus large révision de la Constitution en 1989, en grande partie en raison de l'adhésion du Portugal à la Communauté Européenne. Cette modification constitutionnelle a entre autres contribué au renforcement du rôle de la propriété et de l'initiative privées. Plus particulièrement, au regard de ce qui nous occupe, l'article 83 a été remplacé par l'article 85. Ce nouvel article prévoit que « la reprivatisation des propriétés ou le droit d'exploiter les moyens de production et autres biens nationalisés après le 25 avril ne sauraient être autorisés que dans les limites d'une loi-cadre (*lei-quadro*) approuvée à la majorité absolue par les membres en fonction du Parlement ». On ouvrait ainsi la porte à un plus ample mouvement de privatisation.

En définitive, et une fois de plus en relation directe avec le sujet qui nous intéresse, on a apporté en 1997 une dernière révision à la Constitution⁹⁴⁸. Un nouvel article 86 prévoit que la loi peut définir « les secteurs vitaux qui seront fermés à l'activité des entreprises privées ou à d'autres entités de même nature ».

Ainsi, quelle qu'ait été la loi par le passé, après 1997, la propriété publique dans les secteurs d'activité de base est devenue une exception.

Grâce à ces changements constitutionnels, le Portugal pouvait déjà suivre sans restrictions le mouvement de privatisation et de libre concurrence qui avait pris place dans beaucoup d'autres pays.

Les principales exceptions à l'intervention du secteur privé se trouvent aujourd'hui dans la *Loi 88-A/97* du 25 juin, dont l'article 5 abroge la *Loi 46/77*. Son article 1 prévoit que les entités du secteur privé (ou leurs équivalents) ne sont pas autorisées à intervenir dans l'approvisionnement en eau, les égouts, les services postaux et les transports ferroviaires si ces activités relèvent des « services publics ». Si cette activité ne s'exerce pas à titre de « services publics », l'intervention privée est autorisée. Il en va autrement de l'exploitation des ports maritimes : dans ce cas, toute intervention du secteur privé est interdite (sauf au moyen d'une concession).

Les étapes vers une régulation indépendante

Comme on pouvait s'y attendre, les avancées vers les privatisations et la libéralisation se sont accompagnées de mesures de régulation : garantir la libre concurrence sur le marché quand plusieurs entités opèrent en même temps, et assurer dans tous les cas de figure la réalisation des objectifs sociaux souhaités (l'article 86 de la Constitution, § 1, est ici particulièrement pertinent : il prévoit que l'État contrôle que les sociétés remplissent leurs obligations légales, surtout quand il s'agit de sociétés développant des « activités d'intérêt économique général »).

Avec la libéralisation et différentes sociétés présentes sur le marché, les objectifs de la régulation se sont élargis⁹⁴⁹.

Il n'est pas interdit de penser que l'État pourrait continuer à s'en charger, par des administrations gouvernementales.

Mais dans ce domaine aussi, l'expérience des autres pays a conduit à l'introduction d'entités régulatrices indépendantes. À ce jour, c'est le cas principalement (ou uniquement...) dans deux des secteurs d'activité portugais considérés : l'énergie et les communications, avec l'ERSE et l'ICP-ANACOM. Dans les autres cas de figure, quand il y a intervention d'une entité spécifique indépendante (et non de l'administration centrale), le degré d'indépendance permis par la loi est très faible.

Nous avons donc au Portugal l'expérience passée d'une régulation forte exercée directement par l'État, et aujourd'hui, l'intervention d'entités disposant de degrés d'indépendance très variables. Bien sûr, le succès ou l'échec de l'ERSE ou de l'ICP-ANACOM sera de la plus haute importance pour le futur des activités de régulation.

⁹⁴⁸ C'est principalement le Traité de Maastricht qui a déclenché la révision de 1992 : en particulier par le besoin de changer l'ancien rôle de la Banque Centrale Portugaise (*Banco de Portugal*) en une politique monétaire.

⁹⁴⁹ En ce qui concerne la détermination des objectifs, nous renvoyons plus particulièrement à la *Loi 23/96* du 16 juillet. Cette loi a pour objet de protéger les consommateurs (usagers) en ce qui concerne certains services vitaux d'intérêt public : l'approvisionnement en eau, électricité, gaz et le téléphone (l'article 13 prévoyait une extension des lois établies, sous 120 jours et au moyen d'un décret gouvernemental, aux services des télécommunications avancées et de la poste).

Plusieurs articles de cette loi énumèrent les principes auxquels on doit se conformer dans la prestation de ces services. Ils doivent être délivrés « de bonne foi », conformément à leur nature et aux intérêts des consommateurs (article 3), ils doivent être accompagnés d'une information claire et complète (art. 4), ils doivent s'effectuer dans la continuité, seules quelques rares exceptions bien établies étant tolérées (art. 5), et être conformes aux normes de qualité (art. 7).

Bien sûr, certains de ces principes (et d'autres) sont également mentionnés dans les lois qui établissent et régulent les services prestés dans chaque secteur d'activité.

Dans certains cas, il nous est cependant impossible de nous en tenir à une régulation strictement nationale. Nous avons déjà commencé la création d'un marché unique de l'électricité entre l'Espagne et le Portugal, un marché ibérique, et on prévoit également un marché unique du gaz. On peut donc s'attendre à une harmonisation, voire à une intégration, des activités de régulation.

Bien sûr, on peut s'attendre à la même évolution avec l'intégration d'autres marchés, dans la zone ibérique, ailleurs ou sur l'ensemble de l'Union Européenne.

La conciliation entre les entités régulatrices et les entités de protection de la concurrence pose un autre problème intéressant. Comme nous l'avons souligné précédemment, l'une des principales missions des entités de régulation est d'assurer des conditions de concurrence équitables entre les différents acteurs impliqués. Mais c'est aussi la mission des entités de protection de la concurrence, aux niveaux national et européen (dans ce dernier cas, la Commission et les Tribunaux européens). Plus particulièrement, la réalisation des objectifs d'intérêt public requiert une intervention extérieure, par exemple l'attribution de subventions pour couvrir les déficits liés à la prestation de services dans les régions défavorisées. Entités régulatrices ou entités de promotion de la concurrence ? la question de savoir quelle entité doit juger de la légalité de ces subventions reste toutefois ouverte.

Les secteurs de base en jeu dans le développement de la régulation : les débuts et leurs évolutions

Énergie

L'histoire de l'électricité et celle du gaz divergent considérablement quant à la production, au transport et à la distribution de l'énergie, certaines divergences demeurant jusqu'à aujourd'hui.

Électricité

En ce qui concerne la production et la distribution d'électricité, nous avons eu, jusqu'en 1975, plus de 170 sociétés publiques, privées et coopératives, l'État ayant une participation au capital de certaines de ces dernières⁹⁵⁰.

Ce mouvement de nationalisation, amorcé en particulier par le *Décret-loi 205-G/75* a mené à l'attribution exclusive de la production, du transport et de la distribution de l'électricité à une seule personne morale, l'EDP (*Electricidade de Portugal*, 'Électricité du Portugal', créée par le *Décret-loi 502/76* du 30 juin). Même l'approvisionnement local, qui jusque-là avait souvent été pris en charge par les collectivités locales, a ensuite été réservé à l'EDP.

Les sociétés électriques des archipels des Açores et de Madeire, l'*Insular de Electricidade* aux Açores, et l'*Electricidade da Madeira* sont demeurées en dehors de l'EDP. Sur le continent, seuls des cas de production individuelle, tous de très petite dimension, ont pu rester en-dehors de l'EDP.

Outre les exceptions susmentionnées, et ainsi que nous l'avons décrit, ce n'est que treize ans plus tard que l'on a de nouveau autorisé la participation de l'initiative privée dans le secteur de l'électricité, au moyen des Loi 110/88 et Décret-loi 449/88. Dans un premier temps, le *Décret-loi 7/91* du 8 janvier a transformé l'EDP, d'une personne collective de droit public en une « personne collective de droit privé », une société anonyme avec des capitaux intégralement publics⁹⁵¹. Ensuite, le *Décret-loi 99/91* du 2 mars a entamé la restructuration du secteur de l'électricité.

⁹⁵⁰ Le *Décret-loi 492111 du 27 août 1969* attribuait principalement un seul et unique rôle à la *Companhia Portuguesa de Electricidade* (CPE), à savoir le monopole du transport de l'électricité sur tout le territoire portugais. Dans bien des cas, la distribution aux consommateurs a été prise en charge par les collectivités locales (*municípios*) ou par des groupements de collectivités locales.

La loi 2002 du 26 décembre 1944 (développée quelques années plus tard par le *Décret-loi 43 335* du 19 novembre 1960 organisait le secteur de l'électricité au Portugal.

⁹⁵¹ v. le préambule : « ... 14 ans après sa création, l'EDP n'est toujours pas capable d'apporter une réponse rapide et efficace pour le développement d'un secteur de l'électricité performant ».

Le cadre pour la restructuration de l'EDP a été défini par le *Décret-loi* 131/94 du 19 mai, ce qui a mené à une désintégration verticale de la société⁹⁵² : avec plusieurs sociétés à la production, une société unique pour le transport et plusieurs sociétés à la distribution⁹⁵³. On a également envisagé une désintégration horizontale, avec la création de nouvelles sociétés pour développer d'autres activités (v. Penedos, 2001, p. 11). Une fois l'EDP transformée en une structure à capital public, en 1997 a commencé le processus effectif de privatisation.

Le *Décret-loi* 182/95 du 27 juillet établissait de nouvelles bases pour le secteur de l'électricité (pour le continent, pas pour les Açores, ni pour Madeire, il révoquait le *Décret-loi* 99/91), et intégrait les « Bases du Système Électrique National » (*Bases do Sistema Eléctrico Nacional*, BSEN, v. également les *Décret-lois* 183/95 à 186/95, du même jour).

Il prévoit que nous avons à la fois un « système électrique relevant du service public » (*Sistema Eléctrico Público*, SEP) et un « système électrique indépendant » (*Sistema Eléctrico Independente*, SEI), orienté vers un marché concurrentiel. Le premier est principalement en charge du réseau de transport national (*Rede Nacional de Transporte*, RNT), ainsi que d'autres infrastructures. Le second comprend le *Sistema Eléctrico não Vinculado* (SENV), la production d'énergie dans des complexes hydro-électriques de moins de 10 MWA, la production d'énergies renouvelables (à l'exception d'autres complexes de production hydro-électriques) et la production d'énergie dans des usines de co-génération (art. 3).

On doit également relever la séparation entre les fonctions de gestion du réseau permanent et d'approvisionnement en électricité⁹⁵⁴. L'*Article 64* a attribué l'exploitation du réseau permanent (le *Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica*, RNT) à une personne morale de droit public, le REN, avec l'exclusivité sur cette concession (*Décret-loi* 198/2000 du 24 août).

Dans le même domaine, le *Décret-loi* 184/95 fixe en outre certaines obligations du service public relatives à la distribution de l'électricité.

Les « principes de base » du Système (BSEN) fixent les objectifs suivants : qualité, couverture complète du territoire portugais, continuité dans l'approvisionnement et limitation des prix, avec établissement de valeurs plafond. Le mot « universel » n'apparaît pas dans le texte de la loi, mais l'idée est que le « service public » est un « service universel ».

En conclusion, il convient d'insister sur la signature d'un accord entre les gouvernements espagnol et portugais, pour la création d'un Marché Ibérique de l'Électricité (MIBEL, *Mercado Ibérico de Electricidade*) à compter du 1^{er} janvier 2003. Dans ce marché élargi, il faut garantir l'égalité des chances entre tous les acteurs impliqués ; tous les obstacles à l'harmonisation des systèmes électriques dans les deux pays doivent être identifiés et détruits ; les entités régulatrices des deux pays doivent produire un modèle organisationnel de marché ; et il faut mettre au point un plan détaillé pour la mise en œuvre des mesures techniques et organisationnelles nécessaires.

⁹⁵² Des doutes concernant l'intégration verticale de l'EDP ont été exprimés dans la Résolution du Conseil des Ministres 112/82 du 20 mai. Et, au cours de cette même année, on a procédé à de nouvelles avancées vers un nouveau type de relations avec les collectivités locales : le *Décret-loi* 344-B/82 du 1^{er} septembre prévoit que la distribution de l'électricité basse tension devenait la compétence des *municípios*, directement ou au moyen de concessions (v. Moreira, 2001, p. 238).

⁹⁵³ L'*Article 28 n° 3* attribuait la distribution de l'électricité à 4 sociétés « régionales » : EN, *Electricidade do Norte*, CENEL, *Electricidade do Centro*, LTE, *Electricidade de Lisboa e Vale do Tejo* et SLE, *Electricidade do Sul* (v. Freire et Cruz, 1995, p. 275, et Penedos, 2001, pp. 11/11).

⁹⁵⁴ Comme auparavant, l'État est le propriétaire du réseau permanent, considéré comme *domínio público*.

Gaz

Pendant plus d'un siècle, seule la ville de Lisbonne bénéficiait de réseaux permanents pour son approvisionnement en gaz. Comme nous l'avons évoqué plus haut, ce service a d'abord été pris en charge par une société anglaise, qui a été transformée en une personne morale de droit public quelques années plus tard. Exception faite de ce cas de figure, seul l'approvisionnement en bouteilles de butane a été assuré sur l'ensemble du pays.

Au sein de l'Union Européenne, le Portugal était le seul pays ne disposant pas d'un approvisionnement en gaz naturel sur tout son territoire.

Le *Décret-loi 374/89* du 25 octobre définissait le cadre général de l'approvisionnement pour ce type de gaz, avec pour objectif de servir la majeure partie de la population et la majeure partie des activités économiques portugaises. Il établissait les modalités de l'importation, du transport et de la distribution par un réseau permanent.

Ce décret-loi prévoyait que l'approvisionnement en gaz à titre de service public et en exclusivité devait être effectué dans le cadre d'une concession attribuée au moyen d'un appel d'offres (art. 2, § 2). Néanmoins, compte-tenu de l'ancien réseau de cette ville, l'approvisionnement en gaz à Lisbonne a été attribué au moyen d'une concession directe (art. 4 du *Décret-loi 333/91* du 8 septembre) à *Lisboagás*, et après plusieurs atermoiements et de nombreuses pressions, on a suivi la même procédure pour le principal réseau national, qui a été attribué à *Transgás* sous la forme d'une concession directe (*Décret-loi 274-A/93* du 4 août). C'est donc seulement avec les autres concessionnaires « régionaux » que l'on a appliqué une procédure d'appel d'offres (art. 3 du *Décret-loi 33/91*), laquelle a abouti à l'attribution de concessions à *Portgás*, *Lusitaniagás*, *Beiragás*, *Tagusgás* et *Setgás*.

Le Portugal a « réussi » à accumuler un retard de 10 ans avant d'accepter complètement la libre concurrence. Dans ce domaine, on considérait le Portugal comme un marché « émergent ». Nous ne sommes donc pas assujettis depuis le début des origines à l'intégralité du spectre des lois établies pour le marché unique de l'énergie.

Bien sûr, ces conditions ne portent que sur le transport et la distribution de gaz en réseaux permanents. L'activité de distribution de gaz en bouteilles (*butano*) demeure libre, conformément à une très longue tradition.

On envisage également un marché ibérique pour le gaz, pas seulement pour l'électricité (v. le préambule du *Décret-loi 97/2002* du 12 avril).

Communications

Dans deux domaines des communications, à savoir les télécommunications et la poste, on relève une fois de plus des contrastes assez importants entre la situation historique et la situation actuelle.

Télécommunications

Comme nous l'avons précédemment évoqué, les premiers services téléphoniques à Lisbonne et Oporto ont été délivrés par une société privée, la Edison Gower Bell, en 1882, avant que celle-ci ne soit relayée en 1887 par l'Anglo-Portuguese Telephone SA, puis par la *Telefones de Lisboa e Porto* (TLP). À l'inverse, la couverture des autres zones du territoire par les services de téléphonie et de télex, ainsi que les services postaux ont été gérés différemment, et délégués à un ministère : le CTT (*Correios, Telégrafos e Telefones*)⁹⁵⁵.

Alors que l'opérateur de Lisbonne et Oporto (TLP) devenait une personne morale de droit public en 1969 (sans sortir du domaine public, le CTT a également été transformé en une personne morale), les évolutions politiques survenues après 1974 n'ont apporté aucun changement à son régime de propriété⁹⁵⁶. La *Loi 46/77* (et la Constitution) ne faisaient que confirmer la situation existante : une situation ne laissant place à aucune intervention du secteur privé dans les postes et les communications téléphoniques et télégraphiques.

En 1981, un décret gouvernemental, le *Décret-loi 188/81* du 2 juillet (portant sur les deux branches de ce secteur d'activité), définissait un cadre général d'intervention.

On a créé un Conseil National des Télécommunications (art. 6), et l'*Instituto de Comunicações de Portugal*, ICP (art. 7) en accompagnement : le premier se concentrait exclusivement sur les télécommunications et le second englobait les deux secteurs, à savoir les télécommunications et la poste.

Comme nous l'avons évoqué précédemment, la *Loi 88/89* du 11 septembre rouvrait la voie aux interventions du secteur privé avec la première loi fondamentale (*lei de Bases*) sur les télécommunications, les infrastructures et les services.

À la fin de 1992, les télécommunications ont été séparées du CTT et attribuées à *Telecom Portugal* (lui-même dépendant de la holding *CN, Comunicações Nacionais*). À partir de cette époque, on n'a plus laissé au CTT que les services postaux.

En 1994, pour rationaliser le système, le *Décret-loi 122/94* du 14 mai (révoquant la *loi 88/89*) a créé les conditions pour la fusion de *Telecom Portugal, Telefones de Lisboa e Porto* et *Teledifusora de Portugal*, qui a mené, le 23 juillet de la même année, à la création de *Portugal Telecom*.

En 1997, le *Décret-loi 91/97* du 1^{er} août établissait une nouvelle base pour le marché des télécommunications, avec la nouvelle loi fondamentale sectorielle : la nouvelle *Lei de Bases das Telecomunicações* (LBT).

Cette loi avait toutefois été anticipée par le *Décret-loi 40/95* du 15 février, qui approuvait les bases pour le contrat de concession du service public des télécommunications remporté par *Portugal Telecom*. L'accord garantissait à cette société l'exclusivité d'exploitation de la prestation de services par le réseau permanent pour une période de 30 ans (art. 6 de la concession : v. également art. 23 n°1 du *Décret-loi 458/99* du 5 novembre). Un an plus tard, le *Décret-loi 219/2000* du 9 septembre autorisait le transfert de la concession de *Portugal Telecom* à *PT Comunicações*.

Dans une certaine mesure, cette concession reportait donc ce qui avait été établi par la *Loi 91/97*, à savoir la libéralisation totale du marché (article 7)⁹⁵⁷.

⁹⁵⁵ On a accordé une concession de service public à la *Companhia Portuguesa Rádio Marconi, SA* en 1925 pour les télécommunications sans fil entre l'étranger et les territoires portugais (sur l'histoire des télécommunications au Portugal, v. Santos, 1991 ; cfr. Gonçalves, 1999, p. 33).

⁹⁵⁶ La *Companhia Portuguesa Rádio Marconi* est restée une compagnie privée. Mais en 1995, *Portugal Telecom* en a fait l'acquisition (il en est l'unique actionnaire).

⁹⁵⁷ Ce point a été fortement critiqué par Gonçalves (2001, p. 25).

L'article 8 prévoit que l'État portugais assure la prestation d'un service « universel », dont les services de téléphonie fixe, sur l'intégralité du territoire national. Ils peuvent être délivrés soit par une entité publique, soit au moyen d'une concession, par une société privée.

Le *Décret-loi 458/99* du 5 novembre en déterminait plus largement les modalités.

Les termes de l'article 1, § 2 établissent que le principe d'universalité comprend l'égalité de traitement, la continuité de service et des prix modérés.

L'Article 3 énonce de plus que le service universel inclut la connexion au réseau permanent, la fourniture de postes téléphoniques et celle d'annuaires gratuits⁹⁵⁸.

L'Article 5 prévoyait que les infrastructures de ce réseau étaient la propriété du secteur public (*dominio publico*). Néanmoins, plus récemment, la *Loi 29/2002* du 6 décembre ouvrait la possibilité d'une vente à une société privée, et donc d'une privatisation. Et en effet, le gouvernement portugais l'a vendu à *Portugal Telecom*.

Compte-tenu de ce que détermine l'Union Européenne, le principe de la prestation de services en réseau ouvert a été pleinement adopté dans notre législation. Le réseau permanent doit donc rester ouvert à différents opérateurs (v. *Décret-loi 381-A/97* du 30 décembre et le *Décret-loi 415/98* du 30 décembre).

L'Administration centrale, représentée par la Direction Générale du Commerce et de la Concurrence, l'ICP-ANACOM et le concessionnaire passent un accord pour l'établissement des prix (art. 11)⁹⁵⁹. On peut, à cet égard, parler de « régulation publique négociée » (Gonçalves, 2002, p. 14).

Les Services postaux

Depuis le début, et de façon exceptionnelle, ce secteur a été caractérisé par une intervention de l'État portugais⁹⁶⁰ sur l'ensemble du territoire, à titre de service universel. L'agence qui en avait la charge était le *Correios, Telégrafos e Telefones* (CTT), avec un service postal couvrant tout le territoire, y compris Lisbonne et Oporto. Elle a récemment été transformée en une personne morale de droit public.

Comme nous l'avons déjà spécifié, c'était le TLP qui assurait le service public du téléphone dans ces deux villes. Mais c'était le CTT qui prenait en charge l'ensemble des services postaux au Portugal, y compris à Lisbonne et Oporto.

La *Loi 102/99* du 26 juillet a établi un nouveau régime spécifique des postes avec la *Lei de Bases dos Serviços Postais* (« Loi fondamentale pour les services postaux »)⁹⁶¹.

Ce texte de loi fonde les principes d'universalité, égalité, adaptabilité, libre concurrence, règlement des litiges, participation et transparence (art. 2).

Comme mentionné précédemment, la *Lei 88-A/97* prévoit que les services publics postaux relèvent des quelques cas exceptionnels dans lesquels il ne saurait y avoir d'intervention du secteur privé au Portugal (des personnes morales privées ou leur équivalent peuvent y avoir accès à la

⁹⁵⁸ Pour en savoir plus sur d'autres textes légaux sur ce sujet, certains d'entre eux intégrant des textes communautaires, v. Gonçalves (2002, pp. 25-6).

⁹⁵⁹ C'est déjà la procédure qui a été suivie pour les services publics des postes et télécommunications – art. 3 du *Décret-loi 207/92* du 2 octobre.

⁹⁶⁰ On peut dater le début des services postaux au Portugal au règne de D. Manuel Ier, au XV^e siècle.

⁹⁶¹ À une petite exception près, elle révoquait le *Décret-loi 188/81* du 2 juillet.

condition exclusive que cela soit fait au moyen d'une concession)⁹⁶². Toutefois, ce n'est le cas que pour les « services publics (ou réservés) ».

La concession a été attribuée au CTT par le *Décret-loi 448/99* du 4 novembre, pour une période de 20 ans.

Comme pour les télécommunications, l'Administration, l'ICP-ANACOM et le concessionnaire fixent les prix au moyen d'un accord (art. 14).

Transports

Les différents types de transports présentent chacun une histoire et une situation présente contrastées.

Transports terrestres

La base légale actuellement en vigueur pour les transports terrestres a été établie par la *Loi 10/90* du 17 mars, avec la *Lei de Bases do Sistema de Transportes terrestres* (LBTT), qui se substituait à la *Lei 2008* du 7 septembre 1945.

L'Article 2 fixe les deux principaux objectifs à remplir : le développement économique et l'aisance matérielle des populations. Il garantit entre autres aux usagers les principes de libre choix, d'égalité de traitement, et de concurrence variée et loyale.

L'histoire et la situation présente respectives des transports ferroviaires et des transports routiers divergent néanmoins considérablement. Cela se vérifie aussi bien pour la prestation de services que pour la régulation.

Les Transports ferroviaires

Pendant plusieurs années, les investissements et l'exploitation des services ferroviaires ont été pris en charge par plusieurs sociétés publiques et privées. Nous pouvons revenir sur deux ou trois étapes qui ont marqué leur évolution. En 1927, les chemins de fer de la société publique *Caminhos de Ferro do Estado* étaient loués à la *CP (Companhia Portugues de Caminhos de Ferro)*. S'inscrivant dans un mouvement de plus grande ampleur, en 1946, les deux anciennes sociétés *Nacional, Norte de Portugal, Vale do Vouga* et *Beira Alta* ont fusionné dans la *CP*. Finalement, en 1951, le gouvernement et la *CP* ont signé un accord de concession exclusive (approuvé par le *Décret-loi 38246* du 9 mai).

Le secteur ferroviaire est un cas archétypique de monopole naturel, dans lequel nous ne pouvons pas avoir de libre-concurrence pour ce qui est de l'investissement dans les infrastructures. Elles ont un coût très élevé. Il ne serait donc pas avantageux d'exploiter plus d'une infrastructure (rien qu'avec une seule, on connaît bien la difficulté, voire l'impossibilité d'éviter les déficits...). Au reste, même s'il n'en était pas ainsi, une duplication ou une multiplication de l'occupation au sol, avec plus d'une ligne pour joindre deux mêmes villes, ne serait pas acceptable.

Pendant longtemps, la *CP* a eu compétence pour les activités de transport et pour la construction et la maintenance du réseau ferroviaire. L'État était (et est toujours aujourd'hui) le propriétaire de l'infrastructure nationale permanente⁹⁶³, mais l'investissement et la gestion étaient pris en charge par la *CP*. C'est ce que prévoit la concession unique préparée par la *Loi 2008* du 9 septembre 1945.

⁹⁶² Les équipements utilisés pour la prestation de services ne peuvent pas non plus être privatisés (art. 3).

⁹⁶³ L'appartenance du réseau ferroviaire permanent au *dominio público* est inscrite dans la Constitution (art. 84 al. 7).

La *Loi 46/77*, qui interdisait les transports ferroviaires à l'initiative privée, confirmait la situation de la *CP* en tant que société publique.

La *Loi 28/91* du 17 juillet levait cette restriction : elle autorisait le gouvernement à définir les conditions d'accès de sociétés du secteur privé à ce secteur d'activité (le *Décret-loi 116/92* du 20 juin admettait la sous-concession de l'exploitation de certaines lignes à des opérateurs du secteur privé, la *CP* demeurant le concessionnaire du réseau). Aujourd'hui, la *FERTAGUS – Traverssia do Tejo, Transportes, SA* (liaison Nord-Sud) et les métros légers de surface (*metropolitanos ligeiros de superficie* : le métro d'Oporto et ceux qui vont être construits sur la rive Sud du Tage et à Coimbra), ont déjà le statut de personne morales privées.

La compétence pour fixer les prix a toujours été l'apanage de la *CP*.

Le *Décret-loi 252/91* du 23 septembre (intégrant les Directives 91/440/CEE du Conseil, en date du 29 juillet ; et 95/181-EC du 19 juillet) définissait les possibilités d'accès par des opérateurs internationaux.

Cette idée consistant à séparer les tâches d'exploitation du réseau permanent et celles relatives à la prestation des services de transport était déjà envisagée dans la *Lei de Bases do Sistema de Transportes Terrestres (lei 10/90)*. En 1997, le *Décret-loi 104/97* du 29 avril a créé une personne morale publique pour l'exploitation du dit « réseau national », le *Rede Ferroviária Nacional REFER-EP*.

Transports routiers

Dans ce cas précis, tout le secteur d'activité était investi par l'initiative privée. Depuis le début et pendant longtemps, au Portugal, les transports réguliers (et non réguliers) entre les villes étaient opérés uniquement par des compagnies privées.

La situation perdurait encore en 1974. La nationalisation de 92 sociétés en 1975 a donc apporté un changement radical, ouvrant la voie à la création d'un *Rodoviária Nacional*. Cette société a conservé une position de quasi-monopole jusque dans les années 1990.

C'est seulement à compter de cette date que l'on a pleinement autorisé les interventions du privé dans ce secteur d'activité. Entre 1992 et 1995, les différentes filiales « régionales » du *Rodoviária Nacional* ont été converties en sociétés indépendantes et vendues à des groupes privés.

Dans la limite des conditions définies par l'État, n'importe quelle société peut, à n'importe quel moment, entrer dans la compétition, qu'il s'agisse de sociétés existantes ou de sociétés nouvellement créées.

La situation a été assez différente pour les transports publics urbains. Après une intervention privée initiale opérée par une société anglaise dans les transports urbains lisboètes (la *Companhia Carris de Ferro de Lisboa*, qui gérait à la fois les tramways et les autobus), on a assisté à d'importantes interventions du secteur public, à savoir la nationalisation de cette société et, cela depuis le début, des initiatives du secteur public dans d'autres villes, par exemple le STCP à Porto et les services municipaux à Coimbra, Braga, Setúbal, Aveiro et Barreiro. Le métro lisboète est également opéré par une personne morale publique, le *Metropolitano de Lisboa*.

Transports aériens

Pendant longtemps, c'est une compagnie unique, la TAP (*Transportes Aéreos Portugueses*) qui assurait les transports aériens réguliers au Portugal. C'était une compagnie privée, mais elle était la seule à opérer des vols sur le marché, avec une exclusivité accordée par l'Etat.

En 1976, elle a été nationalisée, la *Loi 46/77* retirant les transports réguliers au secteur privé.

La *Loi 110/88* (v. aussi *Décret-loi 449/88* du 10 décembre et la *Loi 28/91* du 17 juillet) a levé cette interdiction, ouvrant ce secteur d'activité aux sociétés privées.

Comme dans d'autres secteurs, il faut cependant répondre aux exigences traditionnelles du service public, dont une prestation de services à prix modérés dans les zones à faible densité de population ou le respect des normes de confort et de sécurité (ces dernières revêtant une importance particulière pour ce type de transports).

On peut ajouter que les transports aériens jouent véritablement un rôle de premier plan à titre de pré-requis pour la cohésion sociale et économique. Alors que, sur le continent, l'usager dispose d'alternatives plus ou moins acceptables (par exemple entre la route et les chemins de fer), les transports aériens constituent, par exemple, le seul lien de proximité avec des îles éloignées, auxquelles on ne peut pas accéder rapidement par d'autres moyens de transport (dans ce cas, par la mer). C'est la raison pour laquelle la Régulation du Conseil 2408/92 (CEE) du 23 juillet, traduite au Portugal par le *Décret-loi 138/99* du 23 avril, a établi les objectifs des services publics pour les transports aériens desservant les régions périphériques.

L'Article 1 prévoit que l'on doit desservir les itinéraires suivants : entre le continent et les îles, entre les îles elles-mêmes, les itinéraires à l'intérieur de chaque archipel, les itinéraires vers d'autres régions périphériques et en règle générale les itinéraires à faible densité de trafic.

Compte-tenu non seulement des mauvaises conditions d'accès, mais aussi du degré d'arriération de ces régions, pour les transports aériens, le compromis entre la rentabilité et les obligations du service public est un outil crucial de promotion de la cohésion sociale et économique. Quelques exceptions à une concurrence totalement libre subsistent cependant. Elles sont entérinées par la Régulation 2408/92, article 4.

Le gouvernement soutient la réalisation de ces objectifs en indemnisant la compagnie sur le prix des billets (ex. pour les insulaires ou pour les gens ayant des obligations professionnelles sur les îles) ou en intervenant directement pour couvrir les déficits (art. 7).

Néanmoins, la majeure partie des transports aériens concerne les liaisons internationales. Les lois appliquées doivent donc être les lois établies par des organisations internationales. Pour les connexions à l'intérieur de l'Union Européenne, nous avons les lois communautaires. Les lois approuvées lors de la création du marché unique sont ici particulièrement pertinentes, comme cela a été le cas pour les directives de libéralisation approuvées en 1992.

En ce qui concerne le Portugal, c'est le *Décret-loi 138/99*, art. 3 à 19, qui fixe les obligations du service public.

Transports maritimes

On peut faire une première référence à l'exploitation des ports maritimes. C'est un cas particulier dans lequel, d'après la *Loi 88-A/97*, les organismes privés ne peuvent pas intervenir (sinon par le moyen d'une concession).

Le régime du transport maritime (*cabotagem*) a été établi par le *Décret-loi 194/98* du 10 juillet : il fixe les conditions du transport maritime au Portugal entre les ports du continent, entre le continent et les archipels des Açores et Madeire, et entre les îles des archipels.

Les Entités régulatrices : nature, statut et compétences

Électricité et gaz

Le *Décret-loi 187/95* du 27 juillet a créé l'*Entidade Reguladora do Sector Eléctrico* (ERSE) dans le but de réguler l'approvisionnement en électricité dans la plupart de ses aspects.

Des doutes ont cependant fait surface quant à la manière de réguler le gaz.

Au début, le gouvernement semblait favorable à la création d'une nouvelle entité, dotée de moyens et de compétences spécifiques : en raison des différentes conditions d'approvisionnement des deux types d'énergie. Mais finalement, on a opté pour une double compétence de l'ERSE, pour le gaz et pour l'électricité : une solution qui permettait de réaliser des économies d'échelle et d'assurer une meilleure cohérence entre les deux types d'approvisionnement.

C'est la solution qui a été retenue dans le *Décret-loi 97/2002* du 12 avril (le *Décret-loi 14/2001* du 27 janvier prévoyait une entité régulatrice). Ce décret attribuait l'intégralité du secteur de l'énergie à l'ERSE. Néanmoins, si l'ERSE est aussi responsable du marché du gaz, et n'est donc plus l'*Entidade Reguladora de Serviços Energéticos*⁹⁶⁴, son acronyme reste inchangé.

L'Article 1 de ses statuts fonde l'ERSE en tant que « Personne collective de droit public », dotée d'une autonomie administrative et budgétaire, et de son propre patrimoine. L'Article 2 établit qu'elle est indépendante dans l'effectuation de son devoir (le membre du gouvernement responsable de ce secteur d'activité n'en a que la tutela, ne lui revient que le contrôle de la légalité de cette activité)⁹⁶⁵.

Le Conseil, composé du Président et de deux autres membres, est désigné par le Gouvernement. Mais, en principe, on ne peut pas les licencier. Ils sont nommés pour une période de cinq ans, davantage que le temps d'un mandat parlementaire, et le Gouvernement n'a aucune autorité sur eux⁹⁶⁶.

L'ERSE a trois niveaux de responsabilité : l'un concerne le SEP, l'autre concerne le SENV et un troisième concerne à la fois le SEP et le SENV.

Dans certains cas, l'ERSE a des pouvoirs délibératifs (ex. les pouvoirs régulateurs), dans d'autres uniquement la capacité à émettre des suggestions (pouvoirs consultatifs). Entre autres multiples compétences (Article 8 du *Décret-loi 97/2002*), elle est l'entité qui prépare, publie et révisé la « mise au point » des prix (*regulamento tarifário*) et, après audition de la Direction Générale du Commerce et de la Compétition (*Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência*), fixe les prix pour le SEP. L'ERSE a également la capacité à imposer des sanctions.

⁹⁶⁴ Elle régule aussi les compagnies électriques des Açores et de Madeire.

⁹⁶⁵ Aucun doute ne subsiste quant à la caractérisation de cette entité régulatrice, ou d'autres, en tant qu'« autorités administratives ». La Constitution portugaise elle-même, après la révision de 1997, fait mention de cette catégorie d'institutions dans son Article 267 (en référence à l'ICP-ANACOM, v. Gonçalves, 2002, pp. 43-4).

⁹⁶⁶ Les Articles 29 et 30 du *Décret-loi 97/2002* définissent d'autres exigences pour assurer l'indépendance des membres du Conseil. Par exemple, ils doivent être sélectionnés parmi des personnes n'ayant pas fait, depuis deux ans, partie de personnes morales relevant de ce secteur d'activité, et il leur est interdit d'en rejoindre une pendant deux ans après qu'ils ont quitté le Conseil de l'ERSE. Toujours dans le but de renforcer son indépendance, l'ERSE n'est pas financée par des budgets de l'État. Elle tire ses bénéfices du concessionnaire des réseaux permanents (pour l'électricité et pour le gaz), des cotisations ou des services prestés (Article 50). L'ERSE dispose en outre d'un conseil consultatif et d'un conseil pour la détermination des prix. La composition de l'un et l'autre est mixte, et comprend des représentants des consommateurs.

Cependant, ce n'est pas la seule entité dotée de pouvoirs régulateurs sur le marché de l'énergie. L'ERSE les partage avec le Ministère de l'Économie et le Commissariat Général à l'Énergie (*Direcção Geral de Energia*). Le ministre détient les fonctions politiques telles que la mise au point de la politique énergétique, l'adoption de plans d'élargissement, l'attribution de la concession du RNT et des réseaux du gaz, et la proposition de candidats au Conseil de l'ERSE. La *Direcção Geral* prend en charge les tâches les plus techniques et comportant le plus de responsabilités, telles que la planification du système de génération, les appels d'offres pour la construction de nouvelles centrales, ou la régulation du réseau d'approvisionnement et de distribution (v. Moreira, 2001, p. 245).

Outre les autres changements relatifs à l'ancienne ERSE, particulièrement compte-tenu des spécificités inhérentes au secteur du gaz, la nouvelle loi a accru la légitimité politique de cette institution. L'Article 59 prévoit que l'ERSE doit envoyer un rapport annuel au Gouvernement, lequel sera également présenté devant le Parlement, et le Président du Conseil peut être appelé devant la Commission spécialisée de l'*Assembleia da República*.

Postes et télécommunications

C'est l'ICP (*Instituto de Comunicações de Portugal*), à présent ICP-ANACOM (*Autoridade Nacional de Comunicações*) qui régule ces deux secteurs d'activité.

Comme nous l'avons évoqué plus haut, l'ICP a été créé par le *Décret-loi 188/81*. Récemment, on a refondu la personnalité juridique de cette institution en ICP-ANACOM (*Décret-loi 309/2001* du 7 décembre, comprenant en annexe les statuts de l'institution)⁹⁶⁷.

L'Article 1 de ce décret-loi fonde l'ICP-ANACOM comme une personne collective de droit public, dotée d'une autonomie administrative et budgétaire et de son propre patrimoine.

L'Article 4 lui garantit son indépendance en tant qu'entité. Comme pour l'ERSE, les membres de son Conseil sont désignés par le Gouvernement. On a défini différentes conditions pour préserver son indépendance : ses membres ne peuvent pas avoir été en relation avec des sociétés de ce secteur d'activité pendant les deux années précédant, et les deux années suivant leur mandat, ils sont nommés pour une période de cinq ans, c'est-à-dire plus longtemps que pour une législature, et en principe ils ne peuvent pas être licenciés. Bien sûr, le Gouvernement n'a pas non plus d'autorité sur eux⁹⁶⁸.

L'indépendance de l'ICP-ANACOM est aussi renforcée par le fait qu'il ne dépend que de ses propres ressources, liées aux services prestés par les opérateurs de ce secteur d'activité. L'Article 6 énumère un grand nombre de compétences, notamment pour garantir : la « régulation et la supervision de ce secteur » (al. b), « le service universel des communications » (al. d), l'accès des opérateurs au réseau permanent et des conditions de transparence (al. e)⁹⁶⁹. Les moyens utilisés dans l'exercice de ces compétences (v. articles 7 à 12 des statuts de l'ICP-ANACOM) vont de simples suggestions à l'émission de règlements ou à la responsabilité de prendre des décisions contraignantes. L'ICP-ANACOM a aussi la capacité à imposer des sanctions.

Bien sûr, le Gouvernement et l'Administration conservent d'importantes compétences pour intervenir dans ce secteur.

⁹⁶⁷ C'est Moreira et Maçãs (2001) qui ont préparé les statuts. Ces deux auteurs ont également élaboré un projet de loi-cadre pour les autorités régulatrices indépendantes portugaises (2003).

⁹⁶⁸ L'indépendance de l'ICP-ANACOM est aussi renforcée par le fait qu'il ne dépend que de ses propres ressources, principalement liées au paiement des services prestés par les opérateurs de ce secteur d'activité, ou par ceux qu'il preste directement (il perçoit également des cotisations).

⁹⁶⁹ Au début, on a émis la critique selon laquelle l'ICP aurait dû avoir compétence pour l'établissement des prix (v. Gouveia, pp. 86 et 88). Comme nous l'avons vu, c'est aujourd'hui une compétence partagée à la fois par l'Administration et le concessionnaire.

Comme pour l'ERSE, l'ICP-ANACOM doit envoyer un rapport annuel au Gouvernement, qui sera également présenté devant le Parlement. Et le Président du Conseil peut être appelé devant la Commission spécialisée de cette institution.

Chemins de fer

Le secteur des chemins de fer a un régulateur spécifique, l'*Instituto Nacional do Transporte Ferroviário* (INTF), créé par le *Décret-loi 299-B/98* du 20 septembre (qui comprend les statuts de l'institut).

Comme les autres entités de régulation, il s'agit d'une personne collective de droit public dotée d'une autonomie administrative et budgétaire, ainsi que de son propre patrimoine (article 1).

Cependant, et en contraste avec ce qui se passe avec l'ERSE et l'ICP-ANACOM, les statuts de l'INTF ne comportent aucun article établissant son indépendance. De plus, ils ne mentionnent pas seulement une *tutela* (contrôle de légalité) exercée par le membre du Gouvernement responsable de ce secteur d'activité, ils évoquent une *superintendência* (article 1) : ce qui fait apparaître un certain degré de dépendance vis-à-vis des orientations gouvernementales.

Si l'on examine la composition du Conseil, on relève que dans ce cas précis, le mandat n'est que de trois ans, c'est-à-dire moins qu'une législature (article 27), et on ne retrouve pas les limitations mentionnées précédemment concernant le fait d'être ou d'avoir été employé dans une société de ce secteur d'activité au cours des deux années précédant ou suivant le mandat⁹⁷⁰.

Les compétences de l'INTF, énumérées dans les articles 5 à 17, comprennent l'élaboration de règlements et de projets, la fiscalisation, l'approbation de systèmes de sécurité ou la promotion de la qualité.

L'INTF ne peut pas intervenir sur les prix qui, comme nous l'avons mentionné, sont déterminés par l'opérateur (l'Administration peut, exceptionnellement, intervenir).

On doit une mention spéciale à la collaboration que l'INTF est supposé mener avec les entités responsables de la concurrence (article 10). C'est un devoir dont il n'a jamais été question pour les autres régulateurs.

En contraste avec ce qui se passe pour l'ERSE et l'ICP-ANACOM, on n'a prévu aucun compromis relativement au Parlement.

Transports routiers

Les transports routiers réguliers ont été pendant longtemps opérés par des sociétés privées, mais ils sont néanmoins assujettis à une régulation stricte : avec l'établissement ou l'approbation par l'administration publique des conditions de sécurité et de confort, celui des horaires et celui des prix.

Ces conditions sont restées les mêmes dans la période où les transports ont été opérés par une personne morale publique (avec des filiales régionales), le *Rodoviária Nacional*, et jusqu'à aujourd'hui, bien que le marché soit à nouveau investi par des sociétés privées.

Néanmoins, contrairement à ce qui se passe pour les transports ferroviaires, nous n'avons pas (nous n'avons jamais eu à ce jour) d'entité régulatrice indépendante. L'activité de ce secteur dépend directement de l'administration centrale, la *Direcção Geral dos Transportes Terrestres* (DGTT) (*Décret-loi 296/94* du 17 novembre).

⁹⁷⁰ L'institut présente également une plus grande dépendance vis-à-vis du budget de l'État (article 33).

Entre autres compétences, la *Direcção-Geral* a celle de déterminer les prix.

Pour des raisons obscures, les transports ferroviaires bénéficient donc d'une nette différence de traitement.

Il est peut-être possible d'avancer qu'il n'y a pas ici de problème d'indépendance, au sens où, aujourd'hui, les transports routiers relèvent à nouveau du secteur privé. L'Administration (l'État) n'a donc pas besoin de s'occuper d'eux.

On assiste toutefois à des interventions du secteur public y compris dans les transports routiers. Le secteur public reste, et a toujours été très important dans les services urbains.

De plus, nous avons de bonnes raisons de développer une régulation indépendante dans tous les cas, pour garantir la libre-concurrence entre les différentes sociétés, ainsi que l'effectuation du service public, même si tous les opérateurs sont des sociétés privées, comme c'est aussi le cas dans d'autres secteurs.

Transports aériens

La régulation des transports aériens est assurée par l'*Instituto Nacional de Aviação Civil* (INAC), créé par le *Décret-loi 133/98* du 15 mai (ses statuts sont dans l'annexe du décret-loi).

Auparavant, la loi fondamentale de la *Direcção Geral da Aviação Civil* (DGAC) (*Décret-loi 121/94* du 14 mai) a transféré à l'ANA, *Empresa Pública de Aeroportos e Navegação*, la compétence de régulation.

La situation n'était cependant pas acceptable, en particulier parce que l'activité de l'ANA elle-même devrait être régulée⁹⁷¹.

Il y avait donc de bonnes raisons de créer un nouveau régulateur, l'INAC.

Comme tous les autres régulateurs portugais, c'est une personne collective de droit public dotée d'une autonomie administrative et budgétaire, ainsi que de son propre patrimoine.

Néanmoins, et comme pour l'INFT, pas un article dans les statuts n'assure l'indépendance de l'INAC, et l'article 32 n'évoque pas seulement une *tutela* : le membre du gouvernement qui se voit attribuer la responsabilité de ce secteur d'activité a aussi la *superintendência* sur l'INAC.

De plus, pour l'INAC comme pour l'INFT, tous les membres du Conseil sont nommés pour trois ans, c'est-à-dire moins longtemps que pour une législature, et rien ne leur interdit de travailler dans une société de ce secteur d'activité avant ou après leur mandat⁹⁷².

En ce qui concerne les compétences, – et comme pour les autres régulateurs – elles sont également diversifiées, et comprennent des pouvoirs contraignants, des pouvoirs consultatifs ainsi que la capacité à imposer les prix.

⁹⁷¹ Avec la privatisation de l'ANA, il risque d'être plus difficile encore d'accepter que cette entité soit l'unique régulateur de ce secteur d'activité.

⁹⁷² Et en principe l'INAC est plus tributaire du budget de l'État pour ses recettes que l'ERSE ou l'ICP-ANACOM (article 26).

Transports maritimes

Il y a peu, le *Décret-loi 257/2002* du 22 novembre a créé l'*Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos* (IPTM).

L'Article 1 de la loi et des statuts fonde également cette entité comme une personne collective de droit public dotée d'une autonomie administrative et budgétaire, ainsi que de son propre patrimoine.

Comme pour l'INTF et l'INAC, pas un seul article ne garantit l'indépendance de l'IPTM, lequel (Article 1) est sous *superintendência* (pas uniquement sous *tutela*) du membre du Gouvernement responsable de ce secteur d'activité. Le Gouvernement nomme les membre de l'IPTM pour une durée de trois ans (c'est-à-dire, dans ce cas également, pour une durée inférieure à celle d'une législature), et il n'existe aucune interdiction relativement à un emploi dans une société de ce secteur d'activité avant ou après le mandat.

L'Article 4 définit les compétences de l'Institut, à la fois en ce qui concerne la gestion des infrastructures et l'organisation des transports.

Ici aussi, outre un rôle consultatif, le régulateur a la capacité de décider, par exemple, de la gestion des ports et des activités de transports, et peut imposer des sanctions.

Conclusions

Une évaluation générale nous permet d'affirmer qu'aujourd'hui, le Portugal s'aligne dans une large mesure sur les autres pays européens.

Ce n'était pas le cas au début, et la singularité portugaise a perduré pendant de nombreuses années.

Au début, alors que les autres pays suivaient un « modèle européen » (principalement le modèle français), dans lequel les services généraux sont prestés directement par l'État, au Portugal, ceux-ci étaient pris en charge par des personnes morales privées, à capital souvent étranger.

Ce n'est qu'ultérieurement, avec l'*Estado Novo* (après 1926), que l'on a assisté à une intervention largement accrue de l'État. C'est devenu une intervention totale après le changement politique de 1974 : l'État avait le monopole de l'intervention dans tous les secteurs de base de l'économie portugaise.

Nous sommes ainsi parvenus à une situation où le Portugal présentait davantage d'interventionnisme étatique que la plupart des autres pays d'Europe de l'Ouest.

Ce n'est que quelques années plus tard, dans les années 1980, que le mouvement de privatisation et de libéralisation a commencé au Portugal, dans une large mesure sous l'influence d'autres pays européens, ou pour répondre aux obligations créées directement par les lois communautaires.

La situation actuelle est donc similaire à celle des autres pays de la communauté. On peut néanmoins relever quelques différences : nous avons (étant un marché émergent) un peu de retard dans la libéralisation totale de l'approvisionnement en gaz ; dans les télécommunications, Portugal Telecom conserve encore certains privilèges (avant la mise en œuvre totale des lois relatives au marché unique) ; on prend en compte la situation spécifique de l'archipel des Açores et de Madeire relativement aux transports intérieurs aériens (les îles grecques pourraient aussi présenter des

spécificités) ; et on peut expliquer par des raisons économiques le fait qu'en réalité, la CP restera la seule société à opérer sur la majorité des lignes ferroviaires, avec de très lourds déficits.

La tendance à venir devrait bien sûr aller vers une harmonisation, et ce dans l'activité de régulation également.

On distingue cependant de grandes différences d'un secteur d'activité à l'autre. Dans deux cas de figure, l'énergie et les télécommunications, on a effectué d'importantes avancées, avec la création d'entités (l'ERSE et l'ICP-ANACOM), disposant d'un degré d'indépendance acceptable et d'une capacité d'intervention pertinente.

Néanmoins, même ici, la question reste ouverte de savoir si l'on ne pourrait pas procéder à des améliorations. Par exemple, on peut se demander si, à l'instar de ce qui se passe dans d'autres pays, le Parlement ne devrait pas davantage intervenir.

Il sera intéressant de suivre l'expérience de ces deux entités régulatrices beaucoup plus indépendantes et structurées que dans les autres secteurs d'activité. En effet, leur performance aura, entre autres éléments de décision, une influence importante sur la régulation des autres secteurs d'activité.

Au Portugal, il faudra aussi accorder beaucoup d'attention aux expériences plus ou moins réussies des autres pays. Mais il est clair qu'une bonne performance de l'ERSE et de l'ICP-ANACOM aura un « effet de démonstration », et mènera vite à la mise en place d'entités de régulation vraiment indépendantes et efficaces dans d'autres secteurs d'activité également.

L'expérience montrera aussi dans quelle mesure il est possible de faire fonctionner simultanément des entités de régulation et des entités ayant pour but de promouvoir la libre-concurrence, au Portugal et dans l'Union Européenne (seuls les statuts de l'INTF envisagent la nécessité d'une coopération). En particulier, l'évaluation de la conformité des aides publiques versées pour assurer la réalisation d'un objectif de service public (par exemples, les services prestés dans des régions périphériques et défavorisées) avec les lois relatives à la concurrence peut poser un problème.

BIBLIOGRAPHIE

ERSE

2000 – *A Regulação em Portugal*, Lisboa

Ferreira, Eduardo Paz

2001 – *Direito da Economia*, FDUL, Lisboa

Gonçalves, Pedro

1999 – *Direito das telecomunicações*, Almedina, Coimbra

2002 – *Regulação das Telecomunicações*, CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra (policopiado)

Gouveia, Rodrigo

2001 – *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra Marques, Maria Manuel Leitão and Moreira, Vital

1989 – *Desintervenção do Estado : Privatização e Regulação dos Serviços Públicos*, ds. *Economia e Prospectiva*, vol. II, n° 3, p. 133 ss

Moreira, Vital

2001a – *Serviço Público e Concorrência. A Regularização do Sector Eléctrico*, ds. *Studia Jurídica*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, pp. 223-47.

2001b – *A Regulação do Gás Natural em Portugal*, comunicação apresentada no Colóquio *Direito e Energia*, CEDIPRE, Coimbra (5- 6 Abril)

Moreira, Vital and Maçãs, Fernanda

2001 – *Estudo e Projecto de Estatutos do Instituto das Comunicações de Portugal (ICP)*(policopiado)

2003 – *Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra

Penedos, José

2001 - *A Estrutura do Sector da Energia em Portugal. O Sector Eléctrico*, comunicação apresentada no Colóquio *Direito e Energia*, CEDIPRE, Coimbra (5-6 Abril)

Sanches, José Luís Saldanha

2000 - *A Regulação: História Breve de um Conceito*,in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60

Santos, Rogério

1991 – *História das Telecomunicações em Portugal, 1887. 1990 – contributo para a sua compreensão* (edição TLP)

Santos, António Carlos, Gonçalves, Maria Eduarda and Marques, Maria Manuel Leitão

2001 – *Direito Económico*, 4ª ed., Almedina, Coimbra

Seabra, Carmo, Leite, António Nogueira and Lucena, Diogo

1994 – *The Design fo Regulatory Institution in Public Utilities in Portugal: The Case of Telecommunication, Electricity and Gas*, Working Paper da Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa

Sousa, Fernando Freire de and Cruz, Ricardo

1995 – *O Processo de Privatizações em Portugal*, Associação Industrial Portuguesa, Porto

LAW, REGULATION AND PUBLIC SERVICES : A UNITED KINGDOM PERSPECTIVE

John F. McELDOWNEY, Professeur à l'Université de Warwick

1. Defining the Concept of Regulation

1.1 Introduction: Summary of Themes

Regulating the public utilities such as gas, electricity, water, transport (road and rail), broadcasting and telecommunications requires complex legal rules and techniques as well as economic instruments. Legal rules and techniques involve statutory duties and regulatory powers to promote competition and protect consumers. There are lengthy technical utility contracts and licences. Regulation of the utilities has come about through privatisation, since the 1980s', and the creation of a Company Act Company format for utilities with the addition of a plethora of licenses and binding contracts and agreements. Economic instruments involve price controls, rules about market share, strategies to protect the environment and competition policy as well as transparency in costs and access to the utility.

Regulation includes financial mechanisms such as auditing, and reporting responsibilities over government departments concerned with utilities engages the National Audit Office (NAO) and in value for money studies. Regulation involves different subject disciplines including law, economics and political science and in particular instances science. It has created its own distinct subject. Specialists in regulation are mainly lawyers and economists. Through drafting and regulatory experience, UK institutions and lawyers have rapidly gained an international expertise for their work that forms a global market for economic and legal consultancy. The expertise of regulating the utilities provides a major income stream for leading city firms of solicitors and financial institutions.

The experience of regulation in the United Kingdom provides an example of an increasing degree of political policy making in this area, adding considerably to the complexity and volatility of the regulatory system. In that context the importance of international markets, the impact of globalisation and change beyond purely domestic or European perspectives cannot be ignored. Local concerns at the domestic level also have to be taken into account. Regulation has become a global phenomenon as part of the privatisation movement that has developed since the 1980s.

It is well known that the United Kingdom was one of the first countries to adopt a wholesale privatisation strategy beginning in the early 1980s and extending to the present day. Different economic models have influenced the style and content of regulation. The new Labour Government, elected since 1997, has encouraged and extended privatisation. This has led to different phases in the development of regulation. Initial attention, in the 1980s', focused on the creation of Company Act Companies and the successful flotation of the companies designed to enlarge share ownership. Regulation was first considered as a means to ensure that market share was secure and the public interest protected in the newly privatised companies. Gradually regulation addressed the question of how to prevent monopolistic tendencies and to regulate competition addressing the questions of monopoly power, consumer protection and company accountability. Recent legislation in this area will be considered. The Competition Act 1998 has provided a radically new approach to competition policy⁹⁷³. The 1998 Act replaced a number of statutory provisions⁹⁷⁴ with a new structure for the implementation of Articles 81 and 82 of the EC Treaty. There is a new Competition Commission for consideration of competition matters. Also there is a new mechanism, namely, the Competition Appeal Tribunal, for appealing against the decisions of the Office of Fair Trading (OFT) and the various sectoral regulators dealing with competition policy. The Utilities Act 2000 has created a new regulatory structure for the main energy utilities. There is a trend away from a single specialist regulator in favour of a commission or cross-regulatory body responsible for the utility sector as a

⁹⁷³ Also some changes have been introduced by the Enterprise Act 2002.

⁹⁷⁴ The Restrictive Trade Practices Act 1976, the Resale Prices Act 1976 and most of the Competition Act 1980. The Competition Appeal Tribunal operates under the Competition Appeal Tribunal Rules 2003, SI 2003 No 1372.

whole. Recently, there is provision for the Office of the Rail regulator to be turned into a commission under the Railways and Transport Safety Act 2003. Regulation has also resulted in a backlash against excessive complexity and rule making. There is a Regulatory Impact Unit (RIU) within the Cabinet Office with the aim of providing principles of Good Regulation. This supports the Better Regulation Task Force (BRTF) set up in 1997 and responsible for a *Better Regulation Guide* (2000) containing the key principles of regulation strategy. The Deregulation and Contracting Out Act 1994 introduced the concept of de-regulation and provided de-regulation strategies designed to cut waste and excessive regulatory systems. The Regulatory Reform Act 2001 extends the powers of government to deregulate over complex rules. Regulation has to confront some complex economic and legal issues that arise from rapid change in an unpredictable economic period especially when unforeseen market circumstances may lead to unpredictable and unplanned effects. It is clear that there is no single model of regulation but that there are, however, different patterns and trends discernible. The main regulatory sectors considered in this paper, cover the energy sector (gas, electricity), water, transport including bus and rail, television, broadcasting, and telecommunications.

1.2 Developments in the history of regulation in the United Kingdom

It is necessary to identify some of the earliest influences in the development of regulation in the United Kingdom. Regulation has its origins in the early history of the common law. It developed as a form of state intervention in the economy and in private property. Over time this developed into a system of administrative processes and legal rules that governed a whole range of economic activities. It is important to note that regulation was not conceived of as a distinct legal discipline nor was it readily defined in law as it was more appropriately linked to public administration and economics. Regulation took different forms. Examples of the legal form of regulation may be found within the technical detail of discrete areas of the substantive law. The law covering the environment gave rise to the earliest form of inspectorate, under the Alkali Acts of 1863 and 1868,⁹⁷⁵ and intended to control emissions from part of the heavy chemical industry in nineteenth-century Britain. This was the first example of an environment inspectorate. Regulation to prevent and control river pollution was introduced in the Rivers Prevention of Pollution Act 1876. Together these Acts heralded the beginning of pollution control strategy and laid the foundations of the “inspectorate” approach to solving environmental problems. Property and planning lawyers could point to the development of the environment as a feature of land use planning or the built environment.

It is noteworthy that the earliest form of regulation contained a judicial element. In early medieval administration the judicial side was not distinct but fused with administrative functions. It was a characteristic of early medieval Britain that the judicial system contributed to administration and provided a steady flow of income to finance government expenditure through fees, fines and grants of pardon. Justice and administration combined when judges went on circuit. The idea of a travelling Commission, when judges went on circuit, with its administration and judicial powers combined, to deliver justice.

Over the centuries, as judicial powers became separated, the judicial role became distinct. In leading cases⁹⁷⁶ over the role of corporations and controls over market power the judges developed regulatory techniques as part of their review jurisdiction. Parliament was also active in providing new legislation through the creation of statutory bodies with enabling regulations covering the development of railways, canals, highways and water. Regulation was provided through a mixture of statutory duties and administrative and departmental supervision. In various instances Commissions were set up with numerous inspection and investigative powers. In the case of railways, the Board of Trade had specific responsibilities. The use of private acts of parliament resulted in significant local authority powers. Regulation was embedded in the structures of public corporations and their relationship with local authorities.

Over-seeing the activities of Boards, inspectors and Ministries, the courts had a limited but important role. Various devices such as Crown immunity, until 1947, were used to exclude litigation in the case of torts and the amenability of administrative decisions to judicial review depended to some

⁹⁷⁵ See: The Alkali, etc., Works Regulation Act 1906.

⁹⁷⁶ Cases such as: *Darcy v Allen* (1602) 11 Co. Rep. 84

extent on the remedy sought. In the case of *mandamus*, for example a Crown servant could not be compelled to perform a duty solely owed to the Crown. The role of the judiciary developed slowly in this area, but in the 1960s the courts were more active than in the past in developing the law of judicial review. Particularly relevant to regulation are the rules of natural justice and concepts of reasonableness to test the legality of decisions made by regulatory bodies. In the past highly technical distinctions were in vogue. At one time, the courts appeared to apply distinctions based on the classification of the bureaucratic function as "judicial" "quasi-judicial," "legislative" or "administrative." In 1964 the House of Lords adopted a more flexible approach in the landmark case of *Ridge v. Baldwin*⁹⁷⁷ and thereby abolished the technical distinctions which inhibited the development of judicial review⁹⁷⁸. Since then, the courts have developed an increasingly sophisticated set of common law principles to construct and interpret statutory powers. This includes the adoption of the principle of proportionality providing the basis for judicial oversight of regulation⁹⁷⁹. Proportionality, as a ground for review is likely to increase in significance. This trend has been greatly invigorated by the enactment of the Human Rights Act 1998. This provides the courts⁹⁸⁰ with express powers to interpret human rights and "as far as it is practicable to do so" to interpret the European Convention on Human Rights as part of the domestic law of the United Kingdom. Human rights, including the right to a fair trial and procedures, are also important in this area of the law.

Regulation in the United Kingdom has continued apace. The extensive use of statutory powers and duties to enable regulators to carry out their duties is one of the most notable elements, replacing a largely self-regulatory system. Regulation has had to be expressly designed to accommodate the implementation of privatisation policies. Leading on from the desire to privatise has been the necessity to provide new forms of regulation in order to supervise the operational activities of the new utility companies. New regulatory agencies and a legal framework to regulate the utilities have been put in place. Regulation consists of a wide range of statutory powers, contracts, licenses and conditions. These provide the main legal mechanisms that govern the relationship between regulator, the company and the consumer. Largely discretionary, but also of great importance to the future of each industry is the role of the relevant Secretary of State. Detailed legal powers are devoted to defining the relationship between the regulator and the Secretary of State. Regulating the privatised utilities has proved to be more complex and detailed than at first predicted. The legislative framework of the original privatisation arrangements has had to be amended to take account of problems as they occurred. The result is a complex hotchpotch of legislation, regulation, rules, guidance, codes and licences, far removed from the consolidation and simplification that it was hoped might result after privatisation. There is also considerable debate over the effectiveness of regulation and the policy that underlines regulation is susceptible to political influence. This makes regulatory strategy uncertain and subject to political change depending on the government of-the-day.

The United Kingdom model of regulation also developed from the idea that a distinction should be drawn between day-to-day operational matters and the creation of the overall policy. The former, could be undertaken by a wide range of statutory bodies while the latter, was left to the political process and ministerial responsibility. In that way ministers had the ultimate decision. In appropriate circumstances ministers could promote legislation to set the terms for the implementation of their policy. It is also clear that regulating utility companies brings to the fore the experience of regulating business organisations. This brings contradictions apparent in the aims of policy. On one view the policy ought to encourage managers and entrepreneurs. On another view it is necessary to protect employers, consumers, investors, creditors and protect the environment as well as the public interest. Regulation is also the means to reconcile differing and competing aims. Often setting of the balance between such countervailing interests involves licensing regimes and price controls. There is also a question of quantifying risk and assessing business enterprise. The abuse of a monopoly is an example where business enterprise must fall under regulatory controls. Given the variety and form of regulation it is not surprising that the subject of regulation extends beyond a single discipline.

⁹⁷⁷ [1964] A.C. 40.

⁹⁷⁸ *R. v Panel on Take-overs and Mergers exp. Datafin* [1987] QB 815

⁹⁷⁹ *R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Brind* [1991] 1 AC 696. *R.v. International Stock exchange Ex p. Else* [1992] BCC 11.

⁹⁸⁰ *R. v Disciplinary Committee of the Jockey Club Ex p. Aga Khan* [1993] 1 WLR 909. There are a considerable number of examples such as: *R.v Insurance Ombudsman Ex p. Aegon Life Insurance Ltd.*, [1994] COD 426.

Regulation attracts a wide literature ranging from economics to law and political science. Formulating a common definition is difficult but Baldwin, Scott and Hood⁹⁸¹ identify three aspects. First, there is “the promulgation of an authoritative set of rules accompanied by some mechanisms, typically a public agency for monitoring and promoting compliance with these rules”. Secondly, there are the efforts of state agencies to use economic instruments “to steer the economy”. Thirdly, there are various “mechanisms of social control- including unintentional and non state processes- to be forms of regulation”. In discussing the forms of regulation that apply to the various utilities, all three aspects are present in defining regulation and its significance.

1.3 Regulation: Rationale Aims and Objectives

It is clear that regulation of the utilities in the United Kingdom has developed with a number of different aims and often competing objectives. Some of the aims and objectives may be gleaned from tracing the different stages of utility regulation, first under state ownership after nationalisation in the 1940s and 50s, and then following the privatisation of public corporations. It will be recalled that regulation of the utilities actually first developed through the experience of nationalisation. Regulation of the nationalised industries was not transparent. It was often at arms length with the operational decisions being taken by the industry itself. Ministers could issue policy guidance. Various boards set up to run the industry exercised operational responsibility for running the industry. A series of White Papers in the 1960s and 1970s attempted to provide some transparency in the control of the nationalised industries⁹⁸². The rationale for nationalised industries was that the market in goods and services should achieve full employment and any resulting profits held by the government might be directed to running the economy. The question of how profitable such companies were expected to become was left unclear. The incentive to make large profits was not reflected in the organisation of the industry or in its objectives. In many instances the nationalised industries did not make profits and as a consequence were supported by government subsidy or grants. Unlike the market led private sector, the nationalised industries had many social and economic objectives. Given the lack of clarity over how profitable companies should be and how efficient managers were in running the company, many nationalised industries appeared to operate as employment contractors rather than profitable companies. Over-manning and strong trade union participation in the work force contributed to large government subsidies being used. The internally audited accounts of the nationalised industries provided little transparency on operational matters and there was reluctance to expose the nationalised industries to the improvement in standards and tougher requirements of public audit. The change in government policy, in 1979 with the election of Mrs Thatcher as Prime Minister, led to a re-think of the role of the nationalised industries. The first stage of privatisation began in the 1980s and 1990s with the adoption of a privatisation strategy intended to remove government from the business economics of the different industries. This period is concerned with the transfer of the nationalised companies into Company Act Companies with as wide as possible shareholding. The enabling legislation also had a number of features: The setting up of individual regulators for the main utilities; the creation of licences and pricing arrangements; the development of a regulation strategy including the challenge of replacing the past ethos of “self- regulation” with greater competition; the liaison between individual regulators and the Monopolies and Mergers Commission (MMC), now replaced by the Competition Commission under the Competition Act 1998, over competition policy; protection of the interests of consumers and the creation of rather weak but vocal consumer groups to represent consumers. The regulatory agencies that emerged from the early legislation included⁹⁸³ the Office of Telecommunications (OFTEL), the Office of Gas Supply (OFGAS), the Office of Electricity Regulation (OFFER), the Office of Water Services (OFWAT) and the Office of the Rail Regulator (ORR).

⁹⁸¹ R. Baldwin, C. Scott and C. Hood, *A Reader on Regulation* Oxford: Oxford University Press, 1998 pp.3-4.

⁹⁸² See: The White Paper on the Nationalised Industries (1977-78 Vol XI, London, HMSO. Various nationalisation statutes that apply to the utilities include: The Bank of England Act 1946, the Coal Industry Nationalisation Act 1946, the Civil Aviation Act 1946, the Transport Act 1946, the Electricity Act 1947 and the Iron and Steel Act 1949 Sir N. Chester, *The Nationalisation of British Industry 1945-1951* (London, 1970)

⁹⁸³ National Audit Office, *The Work of the Directors General of Telecommunications, Gas Supply, Water Services and Electricity Supply* HC645, 1995-6. Hansard Society and European Policy Forum, *Report of the Commission on the Regulation of the Privatized Utilities* (1996).

The second stage in the regulation of the privatised utilities has come about more recently. In order to align United Kingdom competition policy more closely with the EU, the Competition Act 1998 replaces the MMC with the Competition Commission. The Competition Commission acts as a cross-utility panel. The Competition Commission co-ordinates competition policy for the utility sector, as a whole, but relies on the regulator for each sector to take responsibility for competition policy. The development of competition policy is greatly facilitated by the merger of various single utility regulators. The Utilities Act 2000 provides a new regulatory structure by replacing the single regulators for gas and electricity with the merger of OFGAS and OFFER into OFGEM. A similar arrangement for combining the various telecommunications regulators is provided by the Office of Communications Act 2002. This Act provides for the establishment of OFCOM to replace five existing regulators; Office of Telecommunications (OFTEL), the Independent Television Commission, the Broadcasting Standards Commission, the Radio Authority and Radio-communications Agency. The Communications Act 2002, in force from 2002, providing rules for mergers, takeovers and more details of regulation for TV channels and communication.

It should be noted that a few privatisations have not followed the model outlined above. For example, air traffic control was created in 1996 into a company, National Air Services. The Transport Act 2000 provided for the sale of up to 51% of the shares (owned by the major airlines) with the government retaining a golden share.

It may seem surprising that the United Kingdom has such an ill-defined concept of regulation and that the subject matter draws as much from economics as it does from law. The rationale for regulation is often embedded in the adoption of privatisation. Indeed, equally remarkable is that there is a high tolerance for political intervention in the regulatory system. Newly elected governments may radically alter the regulatory structure to implement their electoral manifesto ideas and policies for regulation. There is a great deal of political lobbying about regulation and what should be its purpose. Regulation has therefore an organic quality responding to specific problems. Significantly the subject of regulation has developed its own technical expertise. As outlined above the diversity of regulatory systems gives rise to a haphazard system of regulation overall. The competing nature of the aims and objectives provided for regulators has resulted in a lack of coherence in regulation overall.

The United Kingdom tradition has not favoured a strongly independent and legally enforceable system of regulation to intervene in the industry removed from the political consideration of the government. As a result, there is a steep learning curve to discover the exact role and function of regulation that is best suited to meet the competing challenges in regulating the utility sector. In many ways the United Kingdom is only beginning to understand the nature of the challenges facing regulators in a global and volatile economy. For example market led decisions by many utilities in the telecoms sector to source services outside the United Kingdom in cheaper labour markets in India or Asia was not anticipated and has profound implications.

1.4 Why is there a need for regulating the utilities ?

At the outset, it might be questioned why regulate? The rationale for regulation is often overlooked. Prosser provides a useful summary of the main rationale⁹⁸⁴:

The existing literature is, it seems, dominated by assumptions drawn from economics in which markets and regulation are opposed. The central rationales for regulation are seen as, first, preventing the profit-maximization of natural monopolies from distorting the efficient distribution of goods; and secondly, resolving the problems which arise when markets operate freely, such as so-called "externalities" which occur when the unregulated price of a product does not fully reflect its true cost to society (for example, the cost of pollution caused in its manufacture). Other rationales for regulation such as paternalism may also be present, but this concept of regulation is one which can find its central justification in economic principles concerned with the most efficient allocation of goods (however controversial amongst economists the effectiveness of regulation in achieving this goal may be).

⁹⁸⁴ T. Prosser, "Regulation, Markets and Legitimacy" in J. Jowell and D. Oliver eds., *The Changing Constitution* 4th edition Oxford: Oxford University Press, 2000 p.231.

It is clear that politicians are adept at adopting regulation for different reasons. These reasons are incorporated into the variety of different legal and economic techniques available. The need for regulation is therefore a matter of debate and ultimately dependant on government policy. This, together with the culture of regulation and the attitude of regulators to the problems, that they confront, helps to shape regulation. The form of regulation chosen is substantially influenced by the desired effect of regulation. The intensity of regulation may vary from the least interventionist to the most sophisticated form of extreme regulatory interference in the operation of an industry. The United Kingdom has experienced self-regulation and variations in degrees of regulation ranging from light intervention to strong regulation. An example of the latter is in railway regulation when the government has had to intervene in the financial affairs of Rairack.

There remain intense debates about the appropriate form of regulation. There are also questions about what the primary aim of regulation should be. Some argue that the primary aim of all regulation should be to provide effective regulation of a monopoly or, at least, to inhibit the tendency of Company Act Companies to engage in monopolistic activities. In that aim, there is a negative quality to regulation, as its aim is prevention of abuse. Equally some argue that regulation may also be used to deliver sophisticated social and economic outcomes in terms of welfare provision or providing quality in the delivery of public goods and services. This provides regulation with a positive quality.

It is clear that, not only, is the intensity of regulation likely to vary, but also, that the type of regulation will vary with the primary purposes of regulation. Consequently regulation may appear to become rather fragmented, depending on the nature of the utility to be regulated and the implementation of government strategy in that area.

Currently in the United Kingdom, it is possible to provide at least two different views of the aims and objectives of regulation. On one view, is that the aims and objectives are to secure a competitive and economically efficient utility market. Driving down prices, preventing waste and ensuring efficient operations are appropriate goals in a market economy under increased global and European competition in the market place. On another view the aims and objectives of utility regulation are to be found in the idea of the ethos of public service and in the purchaser/provider split between public services and the citizen⁹⁸⁵. On this view the citizen is empowered to act as a regulator of the service provided. Consumer participation is linked to improved services. The role of the state is very much in the background whereby the state's primary responsibility for providing public goods and services is shifted to the private sector, contingent upon meeting performance obligations and regulatory conditions. This may be seen as a re-definition of the old idea of a public service ethos. There is a rather complicated relationship between the state, the citizen and the utility. As Craig explains:

An equally important feature of the public- service sector is that the citizen has a relationship both with the service provider, who has the primary responsibility for the delivery of the service, and the state itself, which retains a secondary responsibility within the relevant area. The relationship therefore becomes trilateral rather than bilateral⁹⁸⁶.

Irrespective of the rationale of regulation or its intensity, there are two important mechanisms that require some mention as both are commonly found in use in the United Kingdom. First, the use of price controls through a formula for setting prices, largely in the discretion of the regulator after appropriate consultation. The means to achieve this aim is through the licensing system and through arrangements for interconnections to the network of the utility. Normally, alongside each utility is the idea of universal service. This has become the centre of much of the debate about competition policy. Regulating access is an important means of preventing abuse and ensuring fair competition. Second, is the regular policing of competition policy within the industry. Regulators are entrusted with the obligation to police any abuses of competition policy. Whenever necessary it is possible for enforcement procedures to be taken in line with the general obligations placed on competition regulators⁹⁸⁷. Since 1997, and the election of a Labour Government, an important additional task has been given to the regulators, namely the provision of a social responsibility in terms of protecting

⁹⁸⁵ M. Freedland and S. Sciarra, "Law, Public Services, and Citizenship – New Domains, New Regimes" in M. Freedland and S. Sciarra (eds.) *Public Services and Citizenship in European Law, Public and Labour law Perspectives* Oxford: Oxford University Press, 1998 chapter 1.

⁹⁸⁶ Paul Craig, *Administrative Law* 5th edition London: Sweet and Maxwell, 2003, p. 344.

⁹⁸⁷ S. 54 of the Competition Act 1998 provides that all the directors of the regulators for gas, rail, electricity, water and telecommunications have the same powers to ensure that competition rules are observed.

consumers and the vulnerable members of society. In some cases this includes the provision of a requirement of universal service, in other cases there are rights granted to consumers and procedures to determine disputes.

In the end the question that arises is how to balance the different aims and objectives present in the current regulatory system? This is the most difficult and challenging issue to confront regulators and the state at this time. In part the answer depends on a view of how effective the newly privatised sector has been in meeting the different and at times conflicting aims and objectives? This is not easy to answer. In the following discussion of the various sectoral areas of regulation, it will become apparent just how much regulation is in place and how susceptible it is to the vagaries of the market and government policy. Increasingly complex and expensive, the United Kingdom system of regulation has become highly sophisticated. There is more information and transparency about regulation today than ever in its history. Politicians have ensured that their input is often decisive in the future direction of regulatory policy.

2. Sectoral Coverage of Regulation and its Evolution

Regulation of the privatised utilities may be divided into discrete periods of history and subject areas.

2.1 Early privatisation strategy and its development

Driven by strong ideological beliefs that the nationalised industries required dramatic reconstruction, the Government also desired to widen share ownership. Privatisation began with a crucial distinction between smaller privatised companies and larger activities. For example smaller companies such as Amersham International, Jaguar, Sealink and British Aerospace operate within a competitive framework and pose little concern to the constitutional lawyer as to how their activities may be regulated. The Government's initial forays into implementing its privatisation policy were based on identifying these smaller activities which were privatised as the first phase of the Government's policy. In contrast the larger privatisations such as British Telecom in 1984, British Gas in 1985, and electricity in 1989 required a regulatory framework which attempts to deal with the larger market to which the newly privatised industry belongs. The popularity of wider share ownership, the removal of large companies previously dependant on government support into the private sector has resulted in privatisation strategies being continued under the new Labour government elected in 1997.

In addition to privatisation through the sale of the nationalised industries, there are a number of alternative strategies. Since 1992, the Private Finance Initiative (PFI), was introduced with the aim of achieving a closer partnership between the public and private sector. Originally introduced by a Conservative Government, PFI schemes have been pursued by the Labour Government. On the latest figures, there have been 570 PFI agreements with a total capital value of £36 billion. The resultant public expenditure has amounted to payments to the private sector of £110 billion between 2003/4 and 2028/29⁹⁸⁸. PFI is controversial and has recently been used for the future development of the London underground.

Another technique that falls short of privatisation is the award of contracts as a means of engaging the private sector in public sector services. Contracting out strategies are in operation in local and central government and within the National Health Service. There has also been management buy-outs, for example, parts of British Coal and in the National Freight Corporation. The Government has sold some of its remaining shareholdings and added new privatisations to its list. Since the first privatisation, remaining shares have been sold in British Telecom and in the electricity industry British Nuclear Fuels has been sold. Privatisations include British Coal under the British Coal Act 1993 and the Coal Industry Act 1994; British Rail under the Railways Act 1993 and amended by the Transport Act 2000. Finally, another technique is to create agencies within government itself. This allows private sector competition to enter the public sector while ownership is retained in the public sector. The trading part of the public service is released from the public sector and this permits a market led culture to transform the way the public sector has been run. One example of this strategy is H.M.

⁹⁸⁸ *The Private Finance Initiative (PFI) Research Paper 03/79 (21st October 2003) House of Commons Library Research Papers.*

Stationery Office, now the Stationery Office, for the sale of government publications and reports. This is an example of the creation of an agency while still within government administration, but with the ability to carry out commercial activities including contracts with the public sector. The use of agencies, also known as Next Steps Agencies is one way of providing an opportunity to bring public and private sectors closer together. The Prison Service is one such example.

The relative success of many privatisations has drawn world-wide attention to the United Kingdom's experience of privatisation. This has provided the United Kingdom with the status of a role model, leading to the export of some features of the United Kingdom's regulatory systems to other countries. In that regard, it should be mentioned that one of the enduring features of the United Kingdom system, following from its common law inheritance, is its ability to change and respond to new circumstances. This flexibility is inherent in the United Kingdom system of regulation as is the ultimate authority of the politician to reshape the rules and recast the nature of regulation itself. As evidence of political involvement it is clear that the political considerations prevalent at the time of privatisation have endured and shaped the nature of regulation and its subsequent development. Pragmatic policy making and ideological constraints combine in this area more than most. The lack of coherence in policy is often a result of the conflict between differences in approach. Indeed, so concerned was the government of the day about resolving some of these tensions that it insisted in the early privatisations to retain a "golden share" to prevent hostile take-overs and in key sectors such as the electricity and water industries, the golden share was retained for five years. Regulation in the early stages of privatisation was designed to reassure the public that privatisation would not lead to an interruption in service or the bankruptcy of the newly privatised company. It was argued that regulation was a poor substitute for the market, regarded by many as the most effective regulator of companies, and in any event regulation should not impose unnecessary burdens on the private sector⁹⁸⁹.

2.2 British Telecom (BT) and Telecommunications

Regulation of the telecom sector took several forms. The privatisation of British Telecom in 1984 and the Telecommunications Act 1984 were the first major reforms of a public utility industry which had been from 1912 until 1981 a State-owned monopoly. In 1981 the first stage, prior to privatisation, took place, when legislation, the British Telecommunications Act 1981, separated telecommunications from postal services thereby establishing British Telecom as a public corporation. The 1981 stage relaxed the restrictions of supply of customers' equipment and allowed licensing of other telecommunications systems. The 1984 Telecommunications Act created a Director-General of Telecommunications (DGT) with regulatory powers based on guidelines as to how the DGT is expected to perform his duties. The hallmark of this particular privatisation was the need to find a suitable competitor for British Telecom. The Government effectively promoted the creation of a competitive rival, Mercury, which is the only competitor licensed to date to compete with British Telecom. It is noteworthy that one feature of the 1984 Act that was retained from the experience of nationalisation is the power to refer British Telecom to the Monopolies and Mergers Commission (now the Competition Commission) when the matter is one which operates against the public interest. This refer power has been retained in subsequent legislation.

The legal structure of the 1984 Act is significant because it provided a model for future privatisation. The characteristics of the 1984 Act are the use of an independent regulator (OFTEL) appointed by the Secretary of State (section 1 of the 1984 Act), and that the operators of telecommunications systems must possess a licence granted by the Director-General of OFTEL and the Secretary of State. There is a power to refer matters to the Monopolies and Mergers Commission (MMC) to decide if the matter referred, is in the public interest. The Director-General of Fair Trading has powers to supervise and investigate any possible anti-competitive practices or abuses of market power. Included in the regulation is a price formula designed "to cap" the prices charged to consumers for services. It is noteworthy that privatisation of water, (OFWAT), electricity, (OFFER), followed

⁹⁸⁹ S. Littlechild, *Regulation of British Telecommunications Profitability* London: HMSO, 1984. S. Littlechild, *Economic Regulation of Privatised Water Authorities* London: HMSO, 1986.

similar principles. The 1984 Act formed a “ten-plate” and “road map” for the future regulation of the privatised utilities.

Another characteristic of the 1984 Act is the requirement to build a pricing structure into the regulatory arrangements. British Telecom (BT) is capped on its ability to increase prices by more than the Retail Price Index minus “x” per cent. The “x” percent is around 3% but can be altered by the regulator. The success of the pricing mechanism is to be gauged on how efficient and cost-effective the industry may be, and this remains to be seen. The effectiveness of the Director-General of Telecommunications as a means to secure competition, economy, efficiency and growth and development of the telecommunications business both nationally and internationally depended on the success of the regulatory system put in place in 1984. At the time criticism of the 1984 Act focused on three matters. First, the legislation failed to provide any requirement that adequate information is available to the DGT. Second, there was concern that the resources of the DGT may not be adequate to maintain supervision of the BT organisation and third that the DGT and Office of Telecommunications (OFTEL) may be perceived as too closely linked with the industry. Thus their independence and impartiality might be questioned if they were perceived as becoming too protective of the industry.

The Government's strategy for privatisation also addressed the question of the value of the market as a regulator of the newly privatised activity. Rather than simply privatise a monopoly some liberalisation was attempted both before and after privatisation. This policy required legal powers to regulate the market. In the case of telecommunications, competition between Mercury and BT was created when Mercury was set up to provide an element of competition. The duopoly that resulted has itself been subject to criticism and review. OFTEL has been concerned with the terms of Mercury's network connection with BT. After delays and intervention by the courts, OFTEL ruled that the two networks should have full interconnection charges based on BT's costs and a time-scale was set for the implementation of connection arrangements. This applied to both national and international calls. In March 1991 the long awaited White Paper⁹⁹⁰ on the duopoly review was published. Its main conclusion was that all applications for new licences to provide new telecommunications systems would be considered, and this would include both national and international services. This may be seen as broadening the possibilities for competition beyond the original framework of the 1984 Act. Indeed, introducing greater transparency in the contracting operations of BT created the opportunities for new companies to become interested in telecommunications. This coincided with new advances in the technical side of the industry including the new market in mobile ‘phones. BT also engaged in a massive modernisation programme, introducing electronic exchanges to replace the old outmoded system set up under the old Post office.

The 1984 telecommunications regulatory structure was perceived to be weak. Additional powers were introduced under the Competition and Services (Utilities) Act 1992, that were intended to set a uniform standard of regulation for the utilities, and in the case of telecommunications, gas and water, greater competition. Thus the 1992 Act introduced additional powers for the Director of Telecommunications to set standards for levels of performance, provide greater information to the Director on the working of the industry, to determine disputes between the customer and the industry, and to make provisions relating to consumer protection such as disconnection charges. Many of these proposals arise out of the Citizen's Charter⁹⁹¹.

OFTEL provided an introduction to a transparent and sophisticated system of regulation. One achievement was to require BT to provide a breakdown of how it conducted its business relations in each sector of its activities to try and prevent different forms of hidden cross-subsidy. The aim of opening up a competitive market for telecommunications has seen a greater number of competitors in the industry than in the past. It soon became clear that utility companies were increasingly multi-functional and the need for a new approach to regulating this sector was apparent after the Labour Government took office in 1997.

⁹⁹⁰ Competition and Choice: Telecommunications Policy for the 1990s, Cm. 1461 (1991).

⁹⁹¹ Citizen's Charter, Cm. 1599 (1991). On telecommunications see NAO, *The Office of Telecommunications: Licence Compliance and Consumer Protection* (1993; H.C. 529), HMSO; NAO, *The Sale of the Second Tranche of Shares in British Telecommunications plc*, (1993, H.C. 568), HMSO. See Scott, [1993] *Utilities Law Review* 183.

2.3 Broadcasting, Telecommunications, Radio and Television

The various regulatory bodies covering telecommunications, television and radio are merged into a single regulator OFCOM under the Office of Communications Act 2002. The five bodies covered by OFCOM are the Office of Telecommunications (OFTEL), discussed above, the Independent Television Commission, the Broadcasting Standards Commission, the Radio Authority and Radio-communications Agency. The inclusion of OFTEL is important as OFTEL was a pioneering regulator, as it was the first established under the privatisation legislation. As such it was expected to create the necessary competition in the communications market and ultimately it was hoped that this would be the best form of regulation of the industry. The Office of Telecommunications Act 2002 contains seven sections that establishes OFCOM and provides general duties set out in detail in the Office of Communications Act 2002. The Act also provides for the management of OFCOM and its organisation and finance. The funding is primarily through the issuing of licences or authorisations and also direct government grant.

OFCOM is an independent regulatory body with wide powers to regulate the communications industry in the UK. These include general duties to further the interests of citizens, to promote competition and to further consumers interests in the development of the various communication markets. In addition there are a large number of technical duties covering the use of communication equipment and ensuring the quality of broadcasting including protecting audiences against harmful material and protecting privacy rights. There is considerable complexity in this area of law as OFCOM provides a comprehensive regulatory system built on the amalgam of previous legislation.⁹⁹² In terms of its costs and activities these are apportioned between the three types of services that are regulated namely, broadcasting, and network and services areas. OFCOM is subject to independent audit by the National Audit Office.

Particularly sensitive at present is the future of public service broadcasting, currently in the hands of the BBC⁹⁹³ and the future funding of the BBC as well as a renewal of the BBC charter which is to be undertaken in 2004. Also sensitive and complicated is the bidding arrangements for TV licences, the introduction of digital terrestrial TV and radio and the regulation of cable TV channels.

2.4 Postal Services

Privatisation policy has not always been successfully implemented by the government. Government policy on privatisation has not always proved popular and this may be attributed to perceived weaknesses in regulation or a growing perception that many privatisations did not improve services but provided greater profits and increased salaries for directors. Since 1992 there have been plans to privatise the Post Office. The proposed sale of Parcel Force, a major part of the mail service, and the Royal Mail has been considered, proposed and rejected. Post Office Counters Ltd. was created, a type of private /public partnership covering an agency function for many government departments such as Transport, Social Security and the Passport Agency, and was intended to be sold but this proved impossible. Privatisation has been put on hold as public opinion and support is doubtful. The Postal Service Act 2000 is an attempt to modernise the Post Office. It falls short of privatisation but it permits market competition and unlike previous proposals maintains the Post Office as a single entity. The Post Office is formed into a limited liability company under Crown ownership. The Act also takes account of the EU Directive on Common Rules for the Development of the Internal Market of Community Postal Services and the Improvement of Quality of Service⁹⁹⁴. Consumers are provided with a statutory framework for the Consumer Council for Postal Services replacing the old Post Office Users' Councils. There is a new regulator, the Postal Services Commission, (Postcomm) and a five year strategic business plan. The new regulator is expected to encourage competition and regulate the market in postal services. In the short term the Post Office is unlikely to face full-scale privatisation,

⁹⁹² The Wireless Telegraphy Act 1949, the Marine etc Broadcasting Offences Act 1967, the Broadcasting Acts 1990 and 1996, the Wireless Telegraphy Act 1998. There are also additional and concurrent regulatory powers with the competition authorities under the Competition Act 1998 and the Enterprise Act 2002.

⁹⁹³ See: Home Office, *Broadcasting in the '90s: Competition, Choice and Quality* (London, 1988) Cm.517. Also: *Report of the Committee on the Financing of the BBC* (the Peacock Report) 1986 Cmnd. 9824.

⁹⁹⁴ Directive 97/67

but through a number of economic devices it is expected to become more competitive⁹⁹⁵. In the end it is likely that postal services will be privatised probably on the major rationale that new investment is required to allow postal services to become modern and more competitive.

2.5 Electricity

Electricity privatisation posed some of the most complex legal problems. Electricity is a natural monopoly, involves the use of fuels as diverse as solar power to nuclear energy and is a heavy polluter of the environment. Under nationalisation the generation, supply and transmission of electricity were integrated by the 1957 Electricity Act. The Central Electricity Generating Board (CEGB) was put in charge of both generation and transmission. A national grid was created with 12 Area Boards for distribution purposes. These purposes were left to the autonomy of the boards particularly in respect of financial matters. Consumers' interests in England and Wales were represented by 13 district organisations. Scotland and Northern Ireland had their own organisational structure. There were 12 Area Electricity Consultative Councils, one for each Area Board and an Electricity Consumers' Council.

The privatisation strategy adopted by the Government was contained in the White Paper *Privatising Electricity*⁹⁹⁶ which set out six objectives to be followed namely: the needs of customers should be considered an important part of the industry; competition is an essential guarantee of customers' interests; regulation was required to promote competition, oversee prices and protect customers' interests; security and safety should be maintained; customers should be given new rights and share ownership should include those who work for the company.

In the case of electricity privatisation the experience of both British Gas and Telecommunications suggested that a different model should be adopted to provide increased competition as part of the legal structure for the newly privatised industry. The electricity supply industry (ESI) is a key industry in the energy field - especially in promoting energy efficiency and addressing environmental concerns.

Despite objections to the White Paper proposals and the belated recognition that the nuclear power side of generation was too high risk for privatisation in terms of economic cost (partly due to decommissioning costs) the Government pushed ahead with the existing proposals. In October 1989 and after the Electricity Act 1989 had been passed for the privatisation of the industry, the Government reluctantly removed the nuclear side of the industry from privatisation and retained under Government control. A separate company called Nuclear Power was set up under Government ownership. A nuclear levy, known as the non-fossil fuel levy acts as a subsidy to nuclear electricity, and is payable by all users of electricity.

The Electricity Act 1989 adopted a combination of licensing, contractual and statutory powers to regulate and operate the newly created structure under the post-privatisation arrangements. Licensing is a power which combines the work of both Secretary of State and the main regulator the Director-General of Electricity (OFFER). Wider reserve powers are given to the Secretary of State in the case of electricity than in gas or telecommunications. Such reserve powers given to the Secretary of State (section 96) are for preserving the security of electricity supply, and the maintenance and the security of buildings or installations used for the purposes connected with the generation, transmission or supply of electricity. The Secretary of State may set the percentage of electricity required from non-fossil fuel after consultation with the Director-General of Electricity (OFFER) and suppliers, such order is subject only to negative resolution in the procedure of laying the order before Parliament.

The Director-General of Electricity with the consent of the Secretary of State and after consulting public electricity suppliers and affected individuals may set individual and overall standards of performance. The Director-General of Electricity was required to publish information which is expedient to provide information for customers of public electricity supplies.

This wide range of statutory powers is also reinforced by licensing conditions such as the avoidance of cross subsidisation and the separation of accounts between different businesses.

⁹⁹⁵ John Cooper, "Delivering Change- The Beginnings of Postal Services Reform in the United Kingdom" 12 [2001/2] *Utilities Law Review* 46

⁹⁹⁶ Cm. 322 (1988).

The 1989 Act followed the same pattern as in the privatisation of British Gas which allows the DGES a discretion to make a reference to the Monopolies and Mergers Commission (MMC). But the Secretary of State for Energy can direct the MMC not to proceed with the reference. Once a report is prepared the Secretary of State may prohibit publication of "any matter" if it appears to him that it would be against the public or commercial interest of "any person."

The Secretary of State possesses wide powers to keep a register of information on licences, modifications and the like. Effectively placing the Secretary of State as the electricity supply industry's licensing authority, the 1989 Act, allows intervention in the work of the DGES as a regulator that challenges any sense of independence or freedom from political influence which the DGES may want to develop. While the DGES has a duty to review the "carrying on" of electricity generation, transmission and supply the Secretary of State may give the DGES directions as to the priorities or matters which form the DGES's remit.

The Secretary of State's powers extend to the day to day operations of the Electricity Supply Industry. The constitution of generating stations and the consents required may be supervised by the Secretary of State, under section 36 of the Act. The use of fuel stocks, the requirement that electricity is available from non-fossil fuel sources are all part of the wide powers possessed by the Secretary of State.

The management functions of the person operating the generating station could be directed by the Secretary of State as well as the "specified objectives" which may be given to the National Grid Company to operate the transmission system. It is clear that the legal powers contained in the 1989 Act provide the Secretary of State with the means to take over the operational management of the industry. Finally, wide emergency powers are included in Part III of the 1989 Act which provide the Secretary of State with extensive powers to give directions to the industry. The term "civil emergency" is widely defined in subjective terms in section 96 of the 1989 Act. It includes any national disaster or other emergency which in the opinion of the Secretary of State is against the interest of national security or commercial interests. The power to give directions does not contain any requirement of laying the direction before Parliament. The 1989 Act provides the Secretary of State unparalleled powers in the history of the electricity supply industry to intervene in the day to day running of the industry. Electricity privatisation provided more extensive regulatory powers than previous privatisations. The few changes introduced by the Competition and Service (Utilities) Act 1992, include standards of performance, complaints and disputes, the level of achievement of each public electricity supplier, and the power for the Director to make determinations regarding the accuracy of bills.

One of the great ironies of electricity privatisation is that it exposed quite unforeseen weaknesses in the way nationalised industries operated. The use of cross-subsidy across different parts of the industry was often invisible. One example is the nuclear sector of the electricity industry. After many problems the government created a company British Energy in 1990 for the purposes of running the eight state owned nuclear generators. The new company was then privatised in 1996 raising £1.3 bn. The company runs two types of generators the Advanced Gas-Cooled Reactors and the only remaining Pressurised Water Reactor at Sizewell B. The new company lost considerable amounts of money resulting in the companies being worth less than their capital sum and the financial problems were made public in May 2002. The government was subsequently required to introduce legislation, The Electricity (Miscellaneous Provisions) Act 2003, to tackle the resultant financial crisis over the nuclear power generator British Energy. The Government has provided large loans to finance the company. In September 2002 this amounted to £410 m and later increased to £650m with re-scheduling of repayments because of the need to reconstruct the company. British Energy is in administration and the industry is being re-structured and the energy policy of the government is under review.

2.6 Gas

The privatisation of the gas industry faced similar regulatory problems as identified in the case of telecommunications. In 1985 the Government decided to privatise British Gas and the question of how competition and efficiency might be achieved was given serious consideration but with limited and disappointing results.

The nationalisation of the British Gas industry in 1948 and its centralisation in 1962 had created a single industry under a public corporation responsible for the activities of 12 area boards who were autonomous over the manufacture and supply of gas. Sole rights to purchase gas from producers had been granted to the corporation in 1982 and pricing had been characteristically low with a resultant lack of investment. This lack of investment has been attributed to poor policy direction by the government of the day.

Privatisation was undertaken by the Gas Act 1986 which followed the model set by telecommunications in 1984. A regulatory structure was set up under a Director-General of Supply (OFGAS) and an OFGAS office. The newly created Company, British Gas, did not have any competition and unlike BT and Mercury none was created by the 1986 Act for the Gas industry. No attempt was made to restructure the industry in the 1986 Act. The 12 regional boards could have become gas companies with a company to control the distribution system. The strong ideological belief that the timetable of the Government's privatisation strategy should not be altered or slowed down meant that restructuring of the gas industry was avoided.

It is clear that the Gas Act 1986 in practical effect insulated British Gas from competition. As no new competitor was created it was difficult not to see the monopoly of British Gas as virtually impregnable by any new entrant to the market.

Finally the 1986 Act provided a complex formula for pricing supervised by the Director-General of Gas Supply (DGGS) and OFGAS. Legal powers similar to OFTEL were provided to OFGAS to promote efficiency for gas suppliers and users. The DGGS might impose conditions upon the grant of authorisation to a public gas supplier and there is a possibility of a referral to the Monopolies and Mergers Commission to specify any modification to the authorisation. Compliance powers granted to the DGGS and investigative powers over conditions granted in the authorisation were all part of the regulatory framework.

The powers of the regulator were considerably less than the powers possessed by British Gas. For example under the 1986 Act it was impossible for the DGGS to alter the legal structure of the gas industry. Some doubts existed, at the time, as to the powers of the DGGS to provide transparency of pricing and in opening up of the transmission system through supplies to third parties.

In the case of gas the Director-General had powers to promote competition within the contract market, i.e. over 25,000 therms per annum, but lacked a general duty to promote competition overall. In contrast the Director-General of Electricity has such powers which are widely drawn but not easily interpreted and lacked a precise and clear meaning. Gas privatisation had resulted in a virtual monopoly for British Gas which unlike the telecommunications industry with Mercury, no competitors were established at the time of privatisation. British Gas was in a strong market position post-privatisation with the resultant effect that the regulator (OFGAS) became a surrogate competitor in its attempts to regulate the gas industry effectively. A major threat to any monopolistic conduct is the use of the Fair Trading Act 1973 (Schedule 8) in requiring the MMC to consider whether such conduct militates against the public interest. A wide range of remedial action is available including adjusting contracts, the formation or winding up of a company and consideration of the division of the business "by the sale of any part of the undertaking or assets or otherwise . . ."

In the early stages of the newly privatised life of British Gas, it was apparent that a number of grounds for dissatisfaction existed. These included: individual prices were unclear and companies had difficulty estimating future gas costs; a wide variation in prices was experienced between customers with the same or similar levels of requirement; tendering for contracts lasted for only three month periods at a time and future gas costs were difficult to estimate, given the lack of transparency in pricing; British Gas was reluctant to quote prices for interruptible supplies and required in many cases the installation of dual fired equipment which was costly; British Gas was also unwilling to offer supply to certain types of companies which would close down when supplies were interrupted.

Such complaints were reviewed by the MMC after OFGAS made a reference on the basis of there being a monopoly enjoyed by British Gas. The MMC upheld this view of a monopoly and concluded that greater competition was required. An additional finding was that the only effective means of remedying adverse consequences flowing from the monopoly status of British Gas was direct gas to gas competition. A long list of recommendations relating to the pricing and tendering of gas, third party access to the gas transmission system operated by British Gas and transparency in the system of gas schedules were also made by the MMC.

Inevitably the MMC findings in 1988 required a reorganisation of the gas market and provided the regulator with increased powers in terms of enhancing his status and in securing compliance with his objectives. Ultimately the Secretary of State's wide powers under Schedule 9 of the Fair Trading Act provide a threat hanging over the industry should the monopolistic practices be continued. As a result British Gas in February 1990 entered into a number of undertakings which included: not to purchase more than 90 per cent of gas on offer, not to require the inclusion of contract terms which could frustrate that objective; and to provide common carriage quotations within a four-week period. In addition price schedules were introduced for firm and interruptible contract customers to prevent British Gas from blocking market entry by a strategy of discriminatory pricing.

In July 1991 the effectiveness of the remedies applied by British Gas after the MMC Report (1985) was referred to the OFT for consideration. The result of that review was published in October 1991 and concluded that although British Gas had complied with its undertakings, nevertheless the dominance of British Gas in the market had remained. British Gas, because of its size and market dominance was able to assert its influence. Thus it could cross-subsidise, act in a predatory manner on pipeline competition and set price levels in the indemnities market that a competitor could not match. All these factors led the OFT to conclude that the behaviour of British Gas should lead to a fundamental reconsideration of the market position of British Gas. In 1993 the MMC published two reports on Gas. Some conclusions may be reached from a reading of the reports. First, that competition had been attempted in the gas industry before privatisation but with very limited success. The Oil and Gas (Enterprise) Act 1982 initiated competition in gas supply by allowing competing gas suppliers access to British Gas's pipelines. In fact no agreement was ever reached. The 1986 Gas Act as outlined above, preserved the *de facto* monopoly of British Gas. Even though the 1986 Act gave freedom of competition to suppliers of large industrial and commercial customers above 25,000 therms, but this did not remove the monopoly position of British Gas. In 1995 a new Gas Act was passed that gave additional powers to the regulator to allow for a more radical re-structuring of British Gas to provide additional competition for suppliers to domestic customers and for access to the gas pipe-line. This new structure had the following features:

(a) the setting up of Trans Co, British Gas's transportation and storage business with assets inclusive of about £17.4 billion;

(b) from March 1995 separation of Trans Co from British Gas;

(c) the Gas Act 1995 came into force on March 1, 1995. The Act set up a new structure for the licensing of gas supply and provided access to the pipeline owned by British Gas for any licensed supplier.

As a result of the 1995 various licences were introduced including the following licences:

(a) Public Gas Transporter (PGT) for firms that operate a pipeline system and contract with gas shippers;

(b) Gas Shipper Licences for licence holders who contract to provide a Public Gas Transporter to be conveyed through the pipeline of the PGT;

(c) Gas Supplier Licences for companies that sell at the meter which has been delivered through pipelines by a shipper. This includes supply to domestic customers.

The introduction of licensed suppliers into the domestic market is a gradual one. The above analysis of the British Gas example points to inherent structural problems in the way British Gas was privatised. Splitting up the distribution side from the production of gas supply might have avoided the problems of monopoly mentioned above. The model for such a restructuring may be seen in the Electricity Act 1989 where the transmission grid was separated from the production and distribution system.

Additional powers have been granted to the Director of Gas Supply under the Competition and Service (Utilities) Act 1992. These include the powers to set standards, improve the procedures for

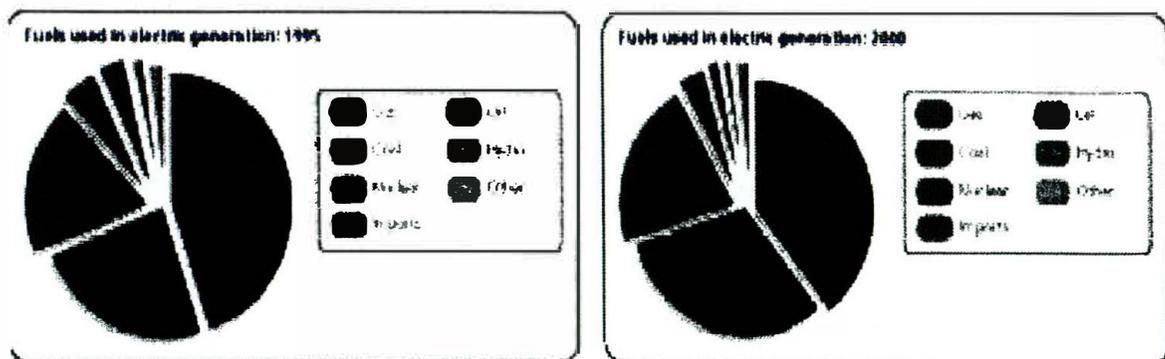
complaints by customers and set regulations to determine disputes over the accuracy of bills. An increase in competition in the gas market is intended by reducing the gas monopoly threshold of 15,000 therms to a lower amount or to abolish the threshold altogether. These changes are the result of the introduction of proposals contained in the Citizen's Charter.

One important dimension to the protection of consumers was the introduction of The Citizen's Charter, a set of standards of performance and quality assurances that provided consumers with redress for delay or poorly delivered services. The system depends on utilities keeping customers' informed and providing information on complaints mechanisms including compensation schemes for poor services. The Citizen's Charter Report on an annual basis sets out the achievements of the Charter⁹⁹⁷. In the Report there is a list of a wide range of achievements including setting up Codes of Practice, setting standards for dealing with complaints and arranging for payments as a result of a failure to meet standards. The British Gas example also shows the flexibility inherent in the legal mechanisms used to regulate the industry. The legal basis for referral to the MMC, (now the Competition Commission), and the resultant modification of the authorisation allowed gradual changes to be introduced. The existing legal framework is also sufficiently flexible to realise the creation of a separate gas transmission subsidiary company. This could be achieved by British Gas voluntarily adopting the recommendations of the Office of Fair Trading (OFT). In the event of non-compliance the regulatory structure is sufficiently flexible to hold the threat of referral to the MMC. The combination of regulatory supervision by OFGAS, overview by the OFT and MMC combines wide legal powers with oversight by the relevant Secretary of State. The experience gained from gas and telecommunications privatisations proved to be insufficient to meet the challenge posed by electricity privatisation.

It is clear that the Government's privatisation of the electricity supply industry faced a sterner test because the electricity industry was the largest of the United Kingdom's nationalised industries in terms of turnover and capital employed. It also proved more complicated and technical than had been previously considered. The significance of electricity privatisation went beyond expectations. Historically, the United Kingdom had been heavily dependant on coal as its main energy source. Privatisation heralded a period of new advances in gas turbine technology with the result that electricity generation has shifted in favour of gas generation. Electricity is produced from a number of energy sources including coal (31%), gas (39%), oil (15%) and nuclear (21%). The main energy source is gas, replacing coal, which in 1995 accounted for 45% of generation.

Table 1: Fuels used in Electricity Generation⁹⁹⁸

Fuels used in electricity generation



Source: DTI/NAO Digest of United Kingdom Energy Statistics 2002

⁹⁹⁷ Citizen's Charter Improving Service, September 1995, Cm. 2970.

⁹⁹⁸ Taken from OFGEM, Annual Report 2003.

2.7 Energy Regulation: OFGEM and the Utilities Act 2000

Reports on the various utilities pointed out the strengths and weaknesses of the arrangements⁹⁹⁹. The Utilities Act 2000 reflected the ideas contained in the DTI Green Paper *A Fair Deal for Consumers: Modernising the Framework for Utility Regulation*¹⁰⁰⁰. The act achieves four aims and main objectives as follows:

- the merger of OFGAS and OFFER into a single regulatory body, the Office of gas and electricity Markets (OFGEM);
- to provide for a fair deal and greater consumer protection than in the past;
- to meet more widely defined social and environmental objectives;
- to provide and implement more transparent trading arrangements.

In order to meet these new objectives there are a number of changes to the licensing regime for electricity. The 14 PES licences and second tier licences are to be abolished and there will be a single tier licence. The separation of supply and distribution will result in the distribution business being sold off to companies under the Companies Act. Distribution licences are likely to remain but subject to tighter control and supervision. There are also powers to standardise licence conditions and provide a more coherent framework for modification. The aim is to provide some stability and consistency to allow licence holders to develop their future strategic plans.

The new Utilities Act 2000 also brings additional regulatory controls over electricity companies in the following areas:

- the powers to introduce efficiency standards of performance on both suppliers and distributors;
- a requirement to meet greater transparency through the disclosure of directors' pay and remuneration in terms of meeting performance standards;
- a requirement on suppliers to have a certain percentage of electricity to come from renewable supply;
- a power to raise a cross-subsidy to meet the needs of various identifiable groups.

The Utilities Act 2000 introduces a revision of the Gas Act 1986 in favour of consumers. A specific requirement is to ensure that the disabled, the chronically sick who are pensioners and live on low incomes in rural areas are given protection. The consumers interests are to be somehow reconciled with different categories of consumer and at the same time fit within the general duties of the regulator and the Secretary of State to promote efficiency and economy in the use of gas. The licensing scheme under the Gas Act 1995 and the Electricity Act 1989 are brought into alignment by the Utilities Act 2000. The Competition Commission appears to have the final say on whether to modify licence conditions, replacing the previously held OFGAS power of referral.

2.8 Multi-utility regulation

One aspect of increased competition in the utility sector, as a whole, is the growth in multi-functional utility companies. These are companies that supply a variety of utility services as part of a growth in the utility business as a commercial sector. As Cosmo Graham explains¹⁰⁰¹:

Currently these fall into two categories: monopoly utility network companies (water and electricity) and multi-utility supply companies (primarily providers of electricity and gas).

The result is to provide new challenges to a regulatory system originally designed around the model of a single unitary company providing one utility service. The idea of a single utility supplier

⁹⁹⁹ See National Audit Office, *The Work of the Directors General of Telecommunications, Gas Supply, Water Services and Electricity Supply* (1995/96; H.C. 645).

¹⁰⁰⁰ DTI, March 1998.

¹⁰⁰¹ Cosmo Graham, "The Regulation of Privatised Utilities" in David Milman, *Regulating Enterprise* Oxford: Hart Publishing, 1999 pps. 213-4.

offering customers a whole range of different utility services is likely. This provides incentives to the customer and may become the future of utility services generally. Multi-utility regulation is in part one of the main reasons for the need to create multifunctional regulation found in a commission rather than a single regulator. This may help resolve the question of costs, a complex issue arising when there is a single business delivering more than one utility service. A commission with jurisdiction and expertise across a number of utility areas also aids comparative analysis and facilitates co-ordinated regulatory policy. The future of utility regulation is likely to see large corporate businesses providing a range of utility services on a European and global basis. Utility regulation is in need of continuous adaptation to the changing nature of commercial enterprise in the utility sector.

2.9 Railway and transport

Rail privatisation proved particularly complex and has remained highly controversial¹⁰⁰². The rail industry underwent major re-structuring. First nationalised in 1948, the industry was integrated into British Rail (BR) and from 1994 British Rail, as a state owned monopoly BR ran the rail network as a single unified and vertically integrated operator. The industry was privatised during 1995-7. The main re-structuring took place. Replacing the integrated unitary system of BR, the track and infrastructure was separated from the train operators. This resulted in an infrastructure company and the creation of a number of separate operating companies (25 in all) with rolling stock leased from 3 leasing companies. In addition there are a large number of maintenance companies. Train operators are licensed on the basis of competitive bids and performance indicators. The government retains a large cash investment in railways to overcome decades of under-investment and as a condition to selling the rail franchises.

Mounting criticism¹⁰⁰³ of the investments required in the industry, a series of major accidents and reports dealing with poor infrastructure and maintenance left the government with a major crisis leading to Railtrack, the owner of the rail infrastructure after privatisation being taken into receivership in the Autumn of 2001. Railtrack was eventually wound up and a new company Network Rail formed as a wholly owned government company.

The initial regulation, put in place on privatisation, having failed so remarkably, required considerable amendment and revision. The outcome of much debate and criticism¹⁰⁰⁴ led to the creation of a tripartite system of regulation. First, there is the Strategic Rail Authority (SRA) with the responsibility to promote and develop the rail network and encourage private investment as well as integration of the operating systems. Second there is the Office of the Rail Regulator (ORR) with powers to regulate Network Rail's responsibilities for the national rail network and its infrastructure. Third, there is the Health and Safety Executive responsible for the regulation of health and safety on the railways. An analysis of the powers and responsibilities of each regulator is explained below.

The Transport Act 2000 provides for the creation of a new Strategic Rail Authority (SRA). The aims of the SRA are to secure development of the rail network and contribute to an integrated transport system. SRA has a number of objectives:

- to protect the interests of consumers;
- to contribute to sustainable development;
- to promote efficiency and economy in the rail network;
- to provide the minimum necessary restrictions on rail operators;
- to enable providers of rail services to make future plans and business decisions with some degree of certainty;
- to promote the use of the railway through ticketing.

¹⁰⁰² Michael Pollitt and Andrew Smith, "The Restructuring and Privatisation of British Rail: Was it Really that Bad? *Fiscal Studies* (2002) vol.23, no.4. pp.463-502.

¹⁰⁰³ Environment, Transport and Regional Affairs Committee, *The Proposed Strategic Rail Authority and Railway Regulation* HC 286 (1997-8)

¹⁰⁰⁴ Department of the Environment, Transport and the Regions, *A New Deal for Transport: Better for Everyone* (1998) Cm 3950. See the criticism contained in: Environment, Transport and Regional Affairs Committee, *The Proposed Strategic Rail Authority and Railway Regulation* HC 286, 1997-98.

The SRA falls under the guidance set out by the Government and this includes a ten year plan to invest £60 billion in the rail network¹⁰⁰⁵. A key task of the SRA is to provide an integrated system and it has to monitor and manage the passenger rail franchises. This is a critical task since existing rail franchises are due to expire in 2004. The aim is to replace these franchises with long-term franchises of up to twenty years. Train operating companies will thereby have a greater financial incentive to invest in the industry. As well as franchising and licensing duties the SRA may intervene under wide statutory powers to protect services and ensure standards.

In the unlikely event of any wide-scale re-nationalisation, the Transport Act 2000 reflects a bargain between business use for profit and public service use for customers. In recent years there has been a shift in regulation with an emphasis in protecting the consumer and environmental concerns. Meanwhile there are important issues raised in this sector of regulation after the initial difficulties and failures of regulation.

The Rail Regulator under the Railways Act 1993, amended by the Transport Act 2000 has an independent status and through the Office of Rail Regulator (ORR) provides regulation for the industry. This includes the national rail network infrastructure including track, signalling, bridges, tunnels and stations which is under the day to day control of Network Rail, a wholly owned charitable company with the government the major shareholder and a successor to Railtrack wound up after running at a loss. The Rail Regulator also exercises concurrent powers with the competition regulator and the Office of Fair Trading under the Competition Act 1998.

One indication of the complexity of regulating the rail network is the potential for overlap between the SRA and ORR in carrying out each of their own responsibilities. While they have separate jurisdictions, these are complementary. The solution is that from February 2002 there is a *concordat* between the two regulators as to how to communicate and not compete with each other.¹⁰⁰⁶ Particularly important are the various financial and value for money tests that need to be applied to the investments strategy for the rail industry. The Secretary of State may issue guidance to the Rail Regulator under section 224 of the Transport Act 2000. The Rail Regulator is under a duty to have regard to the guidance when carrying out his functions. It is likely that for the future the powers of the Rail Regulator will be more closely directed by the Secretary of State¹⁰⁰⁷. In the end it is likely that the Secretary of State may assume financial controls in order to secure greater accountability and control over the escalating public expenditure on rail.

The third regulator is the Health and Safety Commission (HSC), charged with responsibility for safety on the railway as a response to major accidents raising doubts about rail safety and maintenance of the network. The HSC acts through the Health and Safety Executive (HSE) and is the main regulatory authority for health and safety on the rail network. Its responsibilities include the health and safety of workers and the public, the assessment of risk and the proper management of risk on the railways. Inspection and the investigation of accidents and complaints and the issuing of enforcement notices are included in the powers of the HSC. The HSE advises the regulators and the government on rail safety.

Rail, bus and road transport come together under a single umbrella of transport policy¹⁰⁰⁸. The question of how to implement a coherent transport policy involves addressing each sector in terms of how road and rail may combine to provide a coherent transport system. This raises issues about prioritising public spending and providing regulators with a sufficient long term strategy to be able to implement change¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁵ Department of the Environment, Transport and the Regions, *Transport 2010 – The 10 Year Plan* London, 2000.

¹⁰⁰⁶ *Concordat between the Strategic Rail Authority and the Office of the Rail Regulator* London, 25th February, 2002. On the general subject of concordats see: R. Rawlings, "Concordats of the Constitution" (2001) 116 *Law Quarterly Review* 257.

¹⁰⁰⁷ Section 224(6) of the Transport Act 2000 provides guidance powers for the Secretary of State.

¹⁰⁰⁸ DTR, *Transport 2010: The 10 Year Plan* London: Stationery Office, July 2000.

¹⁰⁰⁹ See: Luisa Affuso, Julien Masson and David Newbery, "Comparing Investments in New Transport Infrastructure: Roads versus Railways?" *Fiscal Studies* (2003) vol. 24, no. 3 pp. 275-315.

2.10 Water Supply and Regulation

The privatisation of water also proved a greater problem than gas or telecommunications. Water privatisation had to address one of the most complex¹⁰¹⁰ legal arrangements for water services. In the case of water 10 public water authorities and 29 private water companies comprised the water industry before privatisation. The Water Act 1989 had to address the problem of the new structure under privatisation and the question of merger and investment in the water industry. In addition health and environmental protection had to be included. In the run up to privatisation concern among the water authorities was expressed because of the fear of predatory take-overs by French Water Companies.

Privatisation was carried out under the Water Act 1989 which created a new public body, the National Rivers Authorities (NRA), now subsumed under the Environment Agency under the Environment Act 1995, with the rights and liabilities of the existing water authorities divided between the NRA and successor companies. The 29 statutory water companies are retained as water undertakers for their areas. The successor companies inherited the responsibilities of sewerage and water subject to the terms of the instruments of appointment. The various commercial companies as water and sewerage undertakers have received powers under the Water Industry Act 1991. The duty to maintain and develop an efficient and economical water supply and sewerage system falls under sections 37 and 94 of the 1991 Act. The supply of water for domestic purposes "must be wholesome and of adequate quality". There is a Water Services Office with a Director-General of Water Services.

The National rivers Authority (NRA), within the Environment Agency, has responsibilities for the control of river and coastal water pollution, water resource management, land drainage, fisheries, navigation and flood defence. A major feature of the legislation is a complex pricing formula, detailed environmental protection arrangements, and a new regulatory body under the Director-General of Water Services. The latter is required in effect to balance the protection of the consumer from monopoly exploitation and the efficient running of the utility.

The Water Act 1989 (section 230 (3)) gives the Monopolies and Mergers Commission (MMC), now the Competition Commission, power to consider whether any proposed merger might prejudice the Director-General of Water Services' ability to regulate the industry and whether the proposed merger was against the public interest.

A merger must fulfil the requirements that:

- (a) either it must not reduce the number of companies under independent control; or
- (b) the merger must achieve some other benefit of greater significance.

The latter may be achieved by a substantial benefit to customers. Nevertheless a large number of the existing water companies had received French investment before the Act was in force thus the regulatory protection appeared too late to be effective.

The Water Act 1989, however, broadly follows some of the legal characteristics of the post-privatisation arrangements of the other main utilities. The main regulatory instrument is the licence which contains a regulatory mechanism which "caps" the price companies may charge their customer. The annual increase is restricted to the "RPI plus an additional factor K allocated to the companies on an individual basis for each of the next 10 years." This is designed according to Director-General of Water, Ian Byatt "to off-set the significant investment programmes which have been necessary to achieve the higher standards which we all seek."

In the case of water, reference to the MMC may be made by the Secretary of State for Trade and Industry following advice from the OFT. The water companies may appeal to the MMC if they wish to contest the action of the Director-General of Water Services in respect of determining the "K" factor in the price cap, amendments to their licences and accounting guidelines.

¹⁰¹⁰ See MacRory, *The Water Act 1989 Current Law Statutes* (1989); Byatt, "The Office of Water Services: Structure and Policy" [1990] *Utilities Law Review* 85-90.

The actual management of the industry is, subject to the legal framework identified above, left to the individual water companies to develop. Within OFWAT's remit is a periodic review every 10 years of the company, investment programme, management plan, efficiency standards and the regulatory regime in general.

Additional powers and responsibilities were added under the Competition and Services (Utilities) Act 1992. Section 39 of the 1992 Act makes changes to the mergers procedures, under the Water Industry Act 1991, as to the matters which the MMC must take into account such as the number of companies in separate ownership, in considering water mergers referred to the MMC. In addition the 1992 Act provides the giving of greater information on research, consumer views and an improved complaints system for customers as part of the proposals contained in the Citizen's Charter. Clearly the water privatisation plans present yet another example of problems in terms of efficiency and accountability. The present statutory formulation would seem to do little to achieve competition between the different parts of the industry.

2.11 The Water Act 2003

Since May 1997 a new Water Bill has been planned by the government. After protracted delays and discussion there is at last a new Water Act 2003 passed into law at the end of December 2003. The main details of the new Water Act 2003 are as follows. The new arrangements follows the broad framework with a number of features common to the arrangements put in place for OFGEM. Originally it was thought that a single regulator might be retained thus OFWAT would have survived without any amendment. In fact, a new regulatory authority replaces the post of Director-General of Water Services with new duties to provide sustainable development and to safeguard consumer interests. The new legislation covers the following:

- changes in the regulation for supervising the financial probity of water companies;
- a new duty on OFWAT to take into account sustainable development and environmental and social matters;
- a limited protection for water companies of confidentiality to ensure that competition between the companies is encouraged;
- resolution of the problems of liability for water companies involved in abstracting water which causes damage.

There are additional powers supplementary to the existing powers granted to the Secretary of State to issue social and environmental guidance to the regulator. There are increased penalties for water companies who fail to perform to certain standards and a new consumer council for water with increased powers to obtain information from water companies.

Another important feature of the new arrangements are increased competition for new entrants into the water industry with a water consumption threshold of 50m³/year. Water licences are closely monitored through new revised powers shared between the Secretary of State, the Welsh Assembly, the Water Regulator and the Drinking Water Inspectorate.

The Water Act 2003 also contains detailed regulations covering water abstraction licences and conditions for the monitoring and supervision of abstraction in terms of water quality and standards and the requirements set by the Environment Agency (the main United Kingdom regulatory body). Increased penalties for abstraction offences are included and the removal of certain civil immunities from civil claims is intended to strengthen regulation of the industry. The Drinking Water Inspectorate gains new powers for the direct enforcement of legal proceedings in the area of providing water that is unfit for human consumption. Taken together the Water Act 2003 sets tougher enforcement powers and provides a strengthened system for the regulation of the water supply. At stake are issues about the increase in competition intended in the Act and the mechanisms to monitor new entrants into the water industry.

2.13 An Overview and conclusions

In addition to the regulatory agencies put in place post-privatisation, mention should also be made of the various "quasi-governmental agencies" or non-departmental public bodies. These are in addition to the Next Steps agencies mentioned above as part of the internal re-organisation and re-

structuring of the civil service. In the category of regulatory agency there is a wide range and a large number of such bodies ranging from the Gaming Board, the Advisory Conciliation and Arbitration Service, Health and Safety at Work, Civil Aviation Authority, the Office of Fair Trading, the Competition Commission, and the Environment Agency. Their diversity and size is reflected in their *ad hoc* development. Thus, it may be concluded that the United Kingdom has experimented with a wide range of regulatory bodies, often designed to fit the particular circumstances of the problem. In many instances there is an attempt to reconcile specialist expertise with appropriate accountability.

It is also interesting to see how regulation has developed to fit changing circumstances and reflect the political climate of the day. It may be concluded that regulation in the United Kingdom had an unpromising start. The main regulatory structures on privatisation were first put in place in the 1980s and subsequently revised after the new Labour Government took office after May 1997. Such changes in political direction led inevitably to reconsideration of the nature of regulation and the underlying competition policy that is at the heart of the regulatory system. It is clear that utility regulation has to confront and reconcile a number of different priorities such as control over natural monopolies, consumer protection and encouraging competition while avoiding abuse or exploitation.

Experience of the energy market has shown how different approaches to regulation have been adopted coinciding with the political priorities of the government of the day. Regulation has changed to take account of different circumstances. The initial rush to privatisation of gas, water and electricity resulted in regulatory structures that were relatively weak. As the new Company Act Companies developed competition policy became crucial to avoid abuse of the natural monopolies after privatisation.

The role of the courts in regulation is marginal, and the regulatory procedures for carrying out regulation are imprecise. Utility regulation in the United Kingdom is evolving and regulators are learning from practical experience. Theories of regulation have given rise to a wide number of interpretations as to how regulation should be applied. Regulation has provided much needed transparency revealing the tensions between government policy and business interests. Vertical and horizontal forms of regulation require analysis and better integration. The future challenge is to provide some simplification to the existing arrangements that avoids excessive complexity and expense in administration. At the same time there is a wide and diverse tradition involving academic discourse on regulation drawing on the specialist knowledge of a number of academic disciplines including law, economics, international studies and sociology. The diverse nature of the discussion and the problems of regulation in general provide a number of key themes for the chapter. The mix of techniques drawn from the private and public sectors is a striking feature of the regulatory structure. Another remarkable achievement is the combination of legal regulation through economic instruments. Starting from a modest base in terms of regulatory experience it is clear that the regulatory system has developed in response to the problems it faces. Innovation is also clear in the use of regulatory panels for the utility sector or in the case of Financial Services Authority, a company limited by guarantee. These examples show how regulation is taking diverse forms to meet new developments. Another remarkable achievement is the degree of transparency and different forms of accountability. The priority to be given to consumer protection, share-holder interest and overall policy objectives set by the government is also indicative of the policy direction politicians may impose on regulatory systems.

Competition and how economic values of competition are used to set social and commercial goals for the regulated industries is also an important outcome. It is interesting to note the development of a new Competition Appeal Tribunal to hear appeals against decisions reached by the Competition Commission (the successor to the Monopolies and Mergers Commission). The conduct of cases before the Competition Appeal Tribunal resembles court proceedings with rules for hearings and where appropriate a reference to the European Court of Justice on a question of Community law under Article 234 of the EC Treaty. The Tribunal may also appoint experts and provides a useful way to handle complaints. This may be a signal of a new direction in the future development of regulation in the United Kingdom. Often there maybe competing frameworks for regulation that set tensions and often conflict between differing regulatory priorities. Assessing the value of the United Kingdom experience is to consider its *ad hoc* nature in the context of fragmented government policy making.

There is a tendency in the direction of greater harmonisation of regulatory law and practice, especially in the context of the European Union. This tendency is complementary to the idea of a level playing field for legal systems and institutions designed to avoid uncertainty and encourage reliable

and workable solutions that will prompt foreign investment. It may be ironic that the stimulus to privatise may have been motivated by the belief that regulation under nationalisation was too intrusive and at times excessive leading to inertia and an absence in initiatives from the public sector. After almost twenty years of privatisation, the extent of regulatory intrusion in the market may have come full circle, and the claimed benefits of privatisation are cast into some doubt amidst complaints of over regulated and complex systems¹⁰¹¹.

There are dangers in borrowing from one country's experience or believing that there is a single or predictable regulatory model. However, there are issues about learning from the experience of regulation in the United Kingdom. Reliance on the market to provide a form of self-regulation for the provision of goods and services is problematic. Competition must be designed to be effective as a means for driving up standards and quality proportionate to good value for costs. In some cases regulatory bodies and public subvention may be combined to become an effective way to enhance aspects of regulation such as consumer protection and the environment. The United Kingdom is an example of how the mixture of public and private sectors may contribute to an effective system of regulation of the utilities.

3. Principles of Regulation

3.1 Main themes

The utility regulators have established a new regulatory structure and regime for the delivery of the major utilities within a short time-frame and with little past regulatory experience. The main principles involved in the regulatory system are: Transparency in the provision of information; legal duties in setting standards and enforcing licence conditions; competition within the sector and the removal of obstacles to competition from new entry companies. There has also been a sustained pressure to reduce operating costs and this has largely resulted in a re-alignment of employees. Heavily unionised industries such as coal and railways have been replaced by new employment contracts and trade union membership has been considerably weakened. There is greater emphasis than in the past on Health and Safety aspects of the utility industries and a heavier regulation over the operating standards of the utilities than in the past.

One of the main questions that has arisen over the current regulatory arrangements is how accountable are regulators? This raises issues about the different forms of accountability.

Under the main statutory arrangements accountability is to a number of bodies and organisations. First, to ministers and to Parliament; second, to the courts in terms of the regulators legal powers and judicial review; third, there is accountability to the consumer and to the industry. In addition there is a requirement on each regulator to publish an annual report. Regulators are held to account by the National Audit Office. There is also the status and independence of the regulator. Increasingly regulators are called upon to protect and uphold the public interest rather than arbitrate between competing elements in the privatised industry. The question is whether the various approaches to accountability are satisfactory and will they achieve the desired outcomes in terms of an efficient and effective privatised industry?

There is an active debate in the United Kingdom about the best form of accountability specifically involving strengthening parliamentary control over regulators. There are concerns that accountability should not increase the potential for political interference in the performance of the regulators role. Yet it is a main concern that regulators may become too powerful and unaccountable. There are a number of possibilities that might hold the answer. There is the possibility of the use of appeals against regulatory decisions. This may present difficulties. There is the general question of how to assess economic decisions and at the same time the need for the independence of the regulator to be preserved. There is also a question of codification of the main powers and responsibilities of the regulators. This has the advantage of providing a comprehensive set of regulatory policy objectives. There is also the question of cross-regulatory activity and the necessary checks and balances on the role of the policy of the regulator. Such cross-regulatory supervision is difficult to achieve without

¹⁰¹¹ See: C. McCrudden, (editor), *Regulation and Deregulation* Oxford: Clarendon Press, 1999. Also Julian Le Grand, *Motivation, Agency and Public Policy: Of Knights and Knaves, Paws and Queens* Oxford: Oxford University Press, 2003.

interfering with the role of parliament and the policy-making of government. There is also a line to be drawn between the role of competition policy and the market as a regulator of the efficiency of the company. The dilemma is between the different forms of regulation that are appropriate.

One proposal is to separate economic regulation, to be left in the hands of the regulator, and the responsibility for social and environmental regulation, to be taken into the hands of the government. This idea is also problematic as the line dividing economic regulation from social and environmental regulation is not easy to draw. These debates about the nature of regulation also involve ideological and political differences about economic theory¹⁰¹². Privatisation, it will be remembered, coincided with the development of the thinking that the free market might prevail and the claim that this might lead to a revival of political liberty. Since the introduction of privatisation, successive governments have adopted this approach to a market led approach to regulation.

Regulation is a mixture of often contradictory and conflicting elements. Regulators fall under pressures from consumers, MPs, the government and the industry on how to exercise their powers. It is generally agreed that regulation has begun to address many issues in an open and transparent way that in the past were left to the unseen influence of government. This welcome new transparency has had the effect of revealing just how complex and complicated regulation really is today¹⁰¹³.

3.2 Regulatory Impact Assessments

Finally, some mention should be made of the problems encountered by excessive regulation. The development of regulation and its inherent complexity has considerable implications for business with the potential to increase costs and add to delays or inefficient decisions. Since 1998 the Government has taken the initiative and introduced a system of Regulatory Impact Assessments (RIAs)¹⁰¹⁴. This is intended to allow an assessment of the costs and benefits of a policy proposal. This is intended to provide policy makers with clear aims and objectives in terms of options, costs and benefits. The National Audit Office, is charged with the responsibility to monitor the operation of the system of RIA and from December 2002 it was agreed to monitor and evaluate sample RIAs each year. There is a Better Regulation Task Force providing an annual report containing details of RIAs including an assessment of their operation. The NAO report provides evidence of how departments are coping with regulation and the steps needed to reduce costs and over complexity. It is accepted that avoiding excessive bureaucratic rules is in the interests of better regulation.

4. Organization: Regulators, Courts and Community Law

In summary, the characteristics of regulation such as judicial scrutiny, adjudication of disputes and ministerial accountability were all in place during the lifetime of nationalisation. No coherent system existed to oversee and monitor the system of regulation, as development was *ad hoc* and pragmatic. Historically, it was the case that the legal controls though regulation seldom became the subject of litigation. Few lawyers were involved apart from internal law advisers over the Company Act provisions and the requirements of the specific statutory authority of each of the nationalised industries. The paucity of legal cases is an example of where the role of the court is limited by the nature of the regulatory structure. Even today challenges to the regulator's role are reluctantly taken by the courts¹⁰¹⁵. There is a tacit assumption that within the boundaries of legality the regulator has a broad discretion¹⁰¹⁶ although judicial review is available, and even when a matter of private law is involved the courts may intervene. However, it is clear that the courts are likely to have a greater role than in the past.

In the unreported decision of the divisional court: *R. v. Director-General of Gas Supply and Another, ex p. Smith and Another*,¹⁰¹⁷ Mr Justice Pill applied the rules of national justice to the

¹⁰¹² Bruce Caldwell, *Hayek's Challenge: An Intellectual Biography of F.A. Hayek* University of Chicago Press, 2004.

¹⁰¹³ See: Select Committee of the House of Lords on the Constitution, *Minutes of Evidence on The Accountability of Regulators to Citizens and Parliament* March, 2004.

¹⁰¹⁴ NAO, *Better Regulation: Making Good Use of Regulatory Impact Assessments* HC329 Session 2001-2

¹⁰¹⁵ *R. v Independent Television Commission ex parte TSW Broadcasting Ltd* [1996] EMLR 318

¹⁰¹⁶ See: *Mercury Communications v DG of Telecommunications* [1996] 1 All ER 575

¹⁰¹⁷ CO/1398/88. See: J. McEldowney "Theft and meter tampering and the gas and electricity utilities" (Autumn 1991) *Utilities Law Review* 122-126. Also see *R. v. British Coal Corporation and the Secretary of State for Trade, ex p. Vardy* [1993] IRLR 104.

investigative powers of the Director-General of Gas Supply in his role in determining whether British Gas was justified in using its disconnection powers where it suspected an offence was committed. Relying on the main legal authorities such as *O'Reilly v. Mackman*¹⁰¹⁸ the courts have developed the potential for intervention to review the decision of regulators or Ministers where it is thought unreasonable, procedurally inconvenient or on some grounds of unfairness. The danger of the courts substituting its view for that of the designated authority given that authority by Parliament was recognised by Lord Justice Watkins in *R. v. Secretary of State for Trade and Industry, ex p. Lonrho*¹⁰¹⁹ The boundary of the courts jurisdiction would seem to be that the courts should not "arrogate to themselves executive or administrative decisions." Interpretation of this phrase is difficult to predict and open to narrow or broad interpretations¹⁰²⁰.

The remaining question to be addressed is the likely future direction of legal techniques of regulation in Britain. An obvious influence is likely to be the application of E.C. law in the fast developing area of environment (environmental impact assessment), energy policy and regulation of competition practices. An example is *Foster v. British Gas plc European Court*.¹⁰²¹ Here the European Court interpreted a dispute concerning the implementation of an E.C. Directive 76/207 (February 9, 1976) on equal treatment for men and women as regards access to employment working conditions and promotion. The case has implications for anybody that engages in supply services such as privatised industries, quangos and civil servants. Under the principle of the *Marshall case*¹⁰²² if the British Gas Corporation were a public body then the corporation were in breach of the Directive. British Gas plc as successors would have to accept liability for the unfair dismissal. More important was the question of how community law is applied by the national courts as E.C. Directives cannot be directly applied by national courts and tribunals, but where a private individual has a complaint against a state body a Directive will be directly enforceable. The judgement of the European Court has left to the national courts their ideas of public service and the application of criteria laid down by the courts. This leaves a degree of uncertainty for the future as to the precise nature of the criteria and the likely result. There is confusion in the courts as to how directly and indirectly Directives may be applied.

There is also considerable scope for varying the intensity of judicial intervention in the field of regulation¹⁰²³. This leaves unclear to what extent the courts will provide appropriate adjudication over different forms of self-regulation and a more obtrusive intervention by the regulator.

5 Evaluating Regulation in the United Kingdom

Before considering the United Kingdom system of regulation, it is worth considering the influence¹⁰²⁴ of American economists and the tradition of regulation in America in the late nineteenth century. One version of regulation interfered in market forces in the public interest. Known as "sunshine regulation", the Massachusetts Railroad Commission (1869) provided transparency in rail safety, pricing and opening up the rail freight market. The cost ratio of running the railway was equated to the price charged to users. Railroad profits were curbed to pay for improved safety standards and better quality in working practices. An alternative version of regulation emerged from the Bell Telephone Company in 1890. Local companies proliferated and the company model followed the market trend. The success of venture capitalists, drove up the percentage of telephones owned and operated by the company. Gradually the market dominance of the company led to escalating costs only

¹⁰¹⁸ [1983] 2 A.C. 237.

¹⁰¹⁹ [1989] 1 W.L.R. 525.

¹⁰²⁰ *R. v. Panel on Takeovers and Mergers, ex p. Datafin plc* [1987] 1 Q.B. 815.

¹⁰²¹ Case C-188/89, *Foster v. British Gas*: [1990] 1 E.C.R. 3313, [1990] 2 C.M.L.R. 833.

¹⁰²² Case 152/84, *Marshall*: [1986] E.C.R. 723; [1986] 1 C.M.L.R. 688. R. Nobles, "Application of E.C. Law to Supply Services" (1990) *Utilities Law Review* 127-129, B. Fitzpatrick, "Direct Effect of Directives" (1991) *Utilities Law Review* 34-38.

¹⁰²³ C. Scott, "The Juridification of Relations in the UK Utilities Sector" in J. Black, P. Mulchinski and P. Walker eds., *Commercial Regulation and Judicial Review* (London, 1998) 19-61

¹⁰²⁴ See: Claude Henry and Michel Mathieu, "New Regulations for Public Services in Competition" in Henry, C., Mathieu, M., and Jeanmaitre, A., *Regulation of Network Utilities: The European Experience* Oxford: Oxford University Press, 2001 pp.4-6.

interrupted by the first world war when for a brief time the company went into public ownership. The quality of service deteriorated and after the war with the return of the Bell Telephone company to private ownership a compromise was agreed. The commercial running of the company would be allowed in return for a rate –cap system of regulation of prices. The result became a classic form of regulation throughout America.

It is clear from the analysis offered in each of the utility sectors that the United Kingdom has developed its own unique style of regulation. While the main characteristics of the United Kingdom system of regulation are outlined in Table 2 (below).

Table 2 Characteristics of the United Kingdom Regulatory system

The United Kingdom Model of Regulation	OFCOM	OFGEM	OFWAT	ORR/SR A
Regulator funded by the industry through licences and fees.	√	√	√	√
Regulator monitors contracts, licences and authorisations.	√	√	√	√
Regulator consults with interest groups, consumers and the sector.	√	√	√	√
Regulator sets competition policy, concurrent jurisdiction with national competition authorities including and community law and obligations.	√	√	√	√
Regulator has powers to use targets of efficiency and price caps	√	√	√	ORR
Regulator may adjudicate disputes and settle policy framework	√	√	√	ORR

It is difficult to provide an adequate summary that gives a coherent understanding of how utilities are regulated. One reason for this is the constitutional and legal culture that regulation must operate under in the United Kingdom. There is a clear preference for political decision-making that gives rise to policy changes in the art of regulation. There is also a reluctance to impose a rigid and judicially enforced system of regulatory powers. Strong regulation is not favoured in terms of market choices and the market has an important influence on politicians, regulators and company shareholders and directors. In general there is a long tradition of self-restraint in United Kingdom regulatory authorities. Political and ideological differences are difficult to reconcile and the concept of public service remains significant, especially in distinct areas such as the National Health Service. There are a number of features that may be alluded to as offering a distinctly British approach to regulating the utilities.

First there is a general preference for “light” or self regulation. To avoid over legalistic and complex structures the preference is for a regulatory office for each utility with individualised regulatory powers overseen by ministerial accountability at arms length. This form of regulation has operated from 1979 until the election of the new Labour Government in 1997. By that time dissatisfaction with regulation centred on three issues: Inadequate protection to the consumer; the lack of control over utility company directors remuneration and concerns about the provision of services to the poor. More fundamental objection was made to railway regulation that had failed to provide adequate levels of safety and service in a period when price rises were high. The early model of light regulation had proved ineffective and regulatory structures required strengthening. The single regulator for one specific sector was not effective and this led to the replacement of a single regulator by a combined energy regulator (rather like a regulatory commission) by merging gas and electricity regulation. This reform appears to have been well received and has created a new and more robust style of regulation. Thus regulation is moved from a personalised form into a professional forum that permits inter-relationship between different regulatory issues to be confronted. The natural monopoly powers of the utility operator has given rise to a reduction in the areas that come within the jurisdiction of the monopoly. Thus the transmission system for gas is now separate from the generation system. Increased competition is also seen as a way of making a range of services more efficient and effective. Encouraging further competition has resulted in the need for new regulation and has changed the

nature of state intervention. This drives home the need for increasing specialization in the way regulation is developed. Regulators are coming under increasing pressure to be accountable and transparent. Increasing the powers of the regulator affords the state a new mechanism for intervention in the market and this introduces growing complexity and layers of administration. As a result the role of law sharply increased and the task of the lawyer has been defined by contracts and licences which have become a lucrative source of revenue. The use of Competition bodies to regulate the competition of the industry has also become essential.

Prosser has argued that one way forward is to provide a more transparent method for the design of decision-making procedures of regulators:

It is argued that the legitimacy of the regulators' decisions would be increased through the requirement of open hearings involving the participation of affected interests, the giving of detailed reasons for decisions, and the availability of judicial review as a form of check on decision making. The underlying rationale is a kind of pluralist one; the truth (if indeed such a thing exists) best emerges through the open testing of as many different conceptions of it as possible.¹⁰²⁵

The model that best fits this ideal is the work of Ofcom under the Communications Act 2003, that has encouraged debate and greater transparency. However, it is unclear if the trend in favour of greater transparency is going to be duplicated by the other regulatory commissions.

Regulation within the United Kingdom faces a number of distinct challenges. The structures are over complex and expensive in terms of administration and legal fees. Natural monopolies require careful and pro-active regulation. There is a tendency to cut costs in order to make short-term efficiencies. There may not be sufficient incentives to encourage investment for medium to long term objectives. There are problems of market collusion between operators, and consumers may be unable to compare prices due to complex and technical tariffs. Inter-regulation between each sector is required as utility companies may cover a wide range of service provision ranging from energy to transport or telecommunications. Regulation also entails both horizontal and vertical elements. The United Kingdom has tended to favour a split between the private company obligations (horizontal) and social issues including the environment which are left to elected government (vertical) at both local and central levels. Horizontal regulation is under the regulator while vertical regulation remains with the government. Vertical regulation in the United Kingdom is provided by ministerial direction over general policy and this may give rise to shifts in direction as government priorities are changed. There is a need for greater integration between vertical and horizontal regulation.

A major focus of United Kingdom regulation is the interests of the diverse consumers. Business and commercial interests have to be balanced against the interests of domestic users at different economic levels. This is a difficult choice and entails adjudicating between different company mergers and assessing whether their outcome is in the public interest. There is tendency in the United Kingdom towards oligopoly and this needs to be resisted through the careful adjudication of company mergers.

The future of regulation in the United Kingdom is entering a more complex phase and must find a way to reconcile the different and competing rationales for regulation in the context of the public interest¹⁰²⁶. It is hard to provide a coherent system of regulation given the ever enlarging number of specialised regulatory bodies, each with their own culture and responsibility. The emerging use of commissions rather than single regulatory bodies still retains the idea that in the final analysis accountability is to the long standing system of ministerial accountability to Parliament. Prosser argues that "... the time is ripe for incorporating the lessons learned into a more general Regulatory Reform Act setting out standardizes procedures for regulation, especially for consultation and for challenge of decisions¹⁰²⁷". The recently published Report of the House of Lords Select Committee on the Constitution on *The regulatory State: Ensuring its Accountability*¹⁰²⁸ has considered the development of an independent Regulatory Appeals Tribunal to deal with adjudicatory decisions made by a

¹⁰²⁵ T. Prosser, "Regulation, Markets and Legitimacy" in J. Jowell and D. Oliver, eds., *The Changing Constitution* 5th edition, Oxford, 2004 pp.364-5.

¹⁰²⁶ Currently the House of Lords Select Committee on the Constitution is reviewing regulation in the United Kingdom. It is expected to report shortly in 2004.

¹⁰²⁷ Prosser, *op. cit.* p.373

¹⁰²⁸ House of Lords Select Committee on the Constitution, 6th Report Session 2003-4 *The Regulatory State Ensuring Its Accountability*, HL Paper 68-I London, 2004 paras: 231-2.

regulator. The aim is to introduce transparency and fair procedures in the routine decision-making of regulators. It might also provide a level standard of adjudication.

There is a need for a clear and transparent system of adjudication in terms of the procedures adopted by the regulators. How such decisions are to be made accountable is also important. Designing regulation is constantly confronted with different approaches to decision-making¹⁰²⁹ and the demand for public participation in the regulatory process is at its highest. This applies to the mechanisms used to obtain public opinion prior to the development of policy initiatives. There is also the need for the procedures and processes of consultation to be kept continuously under review. Politicians hold the ultimate authority to determine in many instances the style and policy of regulation. Equally important is the growing influence of the judiciary. This is clear in terms of their steadily increasing legal powers to supervise utility regulation. How judges perceive regulation is difficult to gauge as their experience in this field in the United Kingdom is rather limited. Increasingly the future of regulation- its shape and intensity is likely to be determined by judicial analysis of how accountable and effective regulators are¹⁰³⁰. In the wider context of anti-trust law and competition law this is familiar territory for judges. It is likely to see the addition of a further layer of complexity to the United Kingdom system of regulation. There is a strong case for regulatory systems to be given some time to settle into place before they are reviewed or altered any further. As markets are volatile it will be interesting to learn from their changing fortunes as the regulatory system struggles to cope with a changing world and no clearly predictable outcome. If the lessons of the United Kingdom system are to be summed up, it is in terms of their inherent flexibility and ability to change.

Select Bibliography on Regulation and the Utilities

The literature on the utilities covers a wide spectrum of disciplines from law, politics, economics and theory. Since the 1980s the range and diversity of the law has grown in response to the increasing complexity and technicality of the law. Materials may be found in the websites attached to the following regulatory bodies: OFCOM, OFGEM, ORR and OFWAT.

There is a useful Regulatory Impact Unit in the Cabinet Office containing much useful information. www.cabinet-office.gov.uk/regulation

There is also useful information from the inquiry being undertaken by the House of Lords Select Committee on the Constitution on Accountability of Regulators to Citizens and Parliament see: www.parliament.uk/parliamentary_committees/lords/constitution

Regulatory Impact Unit in the Cabinet Office see www.cabinet-office.gov.uk/regulation/index.htm

House of Lords Select Committee on the Constitution
www.uk.parliament

Alan, TRS., *Law, Liberty and Justice: Legal Foundations of British Constitutionalism* Oxford: Clarendon Press, 1993.

Arthurs, H., *“Without the Law”: Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth Century England* Toronto: University of Toronto Press, 1985.

Ayers, I., and Braithwaite, J., *Responsive Regulation* London, 1992.

Baldwin R., and Cave, M., *Understanding Regulation* Oxford: Oxford University Press, 1999.

Beck, U., *Risk Society* London: Sage, 1992.

Bell, S., and McGillivray, D., *Ball and Bell on Environmental Law* 5th edn London: Blackstone Press, 2000.

Black, J., *Rules and Regulators* Oxford: Oxford University Press, 1997.

Black, J., “Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self Regulation in a “Post-Regulatory” World” (2001) 54 *Current Legal Problems* 103.

¹⁰²⁹ The adjudicatory functions of regulators fall under the informal supervision of the Council on Tribunals.

¹⁰³⁰ See: *Mercury Communications v DG of Telecommunications* [1996] 1 All ER 575. *Re Northern Ireland Electricity Plc's Application for Judicial Review* [1998] N.I. 300, R (on the application of *Alconbury Developments Ltd.*) v *Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, *Begum v Tower Hamlets London Borough Council* [2003] UKHL 5.

- Blom-Cooper, Louis “Lawyers and Public Administrators: Separate and Unequal” [1994] *Public Law* 215–35.
- Cane, P., Tushnet, M., *The Oxford Handbook of Legal Studies* Oxford: Oxford University Press, 2003
- Centre for the Study of Regulated Industries, *Regulatory Review 2003* Essex.
- Craig, P., “Constitutions, Property and Regulation” [1991] *Public Law* 538.
- Daintith, T., (ed), *Law as an Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Approaches* Berlin: W de Gruyter, 1988.
- Drewry, G., “The New Public Management” in *The Changing Constitution* J Jowell and D Oliver (eds), 4th edn. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp.168–189.
- Foster, C., *Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly* Oxford : Blackwell, 1992.
- Graham, C., *Regulating Public Utilities* Oxford: Hart Publishing, 2000.
- Guislain, P., *The Privatization Challenge* Washington: World Bank, 1997
- Henry, C., Matheu, M., and Jeunmaitre , A., *Regulation of Network Utilities: The European Experience* Oxford: Oxford University Press, 2001.
- House of Lords Select Committee on the Constitution, 6th Report Session 2003-4 *The Regulatory State Ensuring Its Accountability*, HL Paper 68-I London, 2004
- Hutter, B., M., *Compliance: Regulation and Environment* Oxford: Clarendon Press, 1997.
- McCrudden, C., ed., *Regulation and Deregulation* Oxford: Oxford University Press, 1999
- McEldowney, J.F., *Public Law* 3rd edn London: Sweet and Maxwell, 2002.
- McEldowney, J., and McEldowney, S., *Environment and the Law* Essex: Longman, 1996.
- McEldowney, J.F., and McEldowney, S., *Environmental Law and Regulation* London and Oxford: Blackstone and Oxford University Press, 2001.
- McEldowney, J.F. editor, *National and International Perspectives on law and Privatisation* London: British Institute of International and Comparative Law, 1999.
- Milman, D., *Regulating Enterprise* Oxford: Hart Publishing, 1999.
- Ogus, A.I., *Regulation* Oxford: Clarendon Law Series, 1994.
- Prosser, T., *Law and Regulators* Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Prosser, T., “Regulation, Markets and Legitimacy” in J.Jowell and D.Oliver eds., *The Changing Constitution* 5th edition Oxford: Oxford University Press, 2004 pp.351- 374.
- Regulatory Impact Unit, *Modernising Government* Cm 4310 (1999)
- Vogel, D., *National Styles of Regulation* Ithaca and London: Cornell University Press, 1986.
- Veljanovski, C., *The Future of Industry Regulation in the UK* London European Policy Forum, 1993.
- Zweigert, K., and Kotz, H., *An Introduction to Comparative Law* 2nd edn Oxford: Clarendon Press, 1994.