



HAL
open science

La persistance des réglementations économiques : le cas de l'Espagne

Denis Jouve

► **To cite this version:**

Denis Jouve. La persistance des réglementations économiques : le cas de l'Espagne. La réglementation de l'économie : persistance ou renouveau : éléments de réflexion, LexisNexis, pp.203-212, 2016, 978-2-7110-2429-2. hal-01917967

HAL Id: hal-01917967

<https://hal.univ-reims.fr/hal-01917967v1>

Submitted on 9 Jan 2022

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

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

La persistance des réglementations économiques : le cas de l'Espagne *in* J.-Ch. Videlin (dir.), *La réglementation de l'économie : persistance ou renouveau ?*, Lexisnexis, 2016, pp. 203-212.

Denis Jouve

Maître de conférences à l'Université de Reims Champagne-Ardenne
Membre du CRDT

La réglementation économique est traditionnellement riche en Espagne, associée à une histoire marquée par l'intervention soutenue de la puissance publique dans l'économie, surtout depuis le début du XX^e siècle¹. À cette période, de nombreuses activités économiques sont nationalisées et les secteurs stratégiques sont organisés en monopoles afin d'assurer le développement des nouveaux besoins de la société². Malgré le contrôle de l'économie durant la période franquiste, le secteur public ne remplit pas sa fonction de prestation de service jusqu'à la transition démocratique³. Au sortir de la dictature, une période très importante de réformes structurelles a été ouverte afin de remédier à ces défauts. Depuis le milieu des années 1980, l'économie espagnole s'est peu à peu libéralisée afin de préparer le marché intérieur à l'adhésion à l'Union européenne en 1986.

L'intervention de la puissance publique dans l'économie s'appuie sur un double fondement. D'une part, elle est consacrée à l'article 128.2 de la Constitution. Cette disposition permet de réserver au secteur public des services essentiels et le contrôle d'entreprises, spécialement en cas de monopole. D'autre part, en plus de la police et du service public, la doctrine administrativiste espagnole assigne à l'administration la fonction plus originale, au regard du juriste français, de *fomento*. Cette notion, théorisée par Luís Jordana de Pozas⁴, n'accepte pas de traduction française satisfaisante. Elle peut être assimilée au développement ou au soutien de l'économie. Le *fomento* est le moyen pour l'État de stimuler positivement les actions économiques qui poursuivent certains buts, en accord avec l'intérêt général⁵, sans assumer directement la gestion des moyens pour les atteindre et sans créer de service public⁶. Cette fonction de l'administration justifie donc des mesures de réglementation et d'encadrement de l'économie.

L'étude de la réglementation économique en Espagne se heurte, pour le juriste français, à une difficulté sémantique. Le terme *reglamentación* renvoie plus au procédé technique de réglementation qu'à une fonction, contrairement au français, et est peu utilisé dans le contexte qui nous intéresse. Le mot *regulación*, quant à lui, génère une certaine ambiguïté. Pour le dictionnaire de l'académie royale, réguler c'est notamment « *déterminer les règles ou normes auxquelles doivent se*

¹ S. Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo I*, Iustel, 2006, p. 883 ; T. Cano Campos, El marco general de la intervención pública en la economía y sus técnicas de intervención, *in* T. Cano Campos, (Dir.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Tomo VIII : Los sectores regulados*. Volume I, Iustel, 2009, p. 15.

² C'est le cas, par exemple de *Campsa* dans le domaine du pétrole, de *Telefonica* dans le champ des télécommunications et d' *IBERIA* en matière de navigation aérienne.

³ M. Alonso Pérez, E. Furió Blasco, *L'Espagne contemporaine, une approche socio-économique*, Ellipses, 2004, p. 197.

⁴ L. Jordana de Pozas, Ensayo de una teoría del fomento en derecho administrativo, *Revista de Estudios políticos*, 1949, n° 48, p. 46. Le ministère du *fomento* assure encore les fonctions d'intervention de l'État dans la vie économique.

⁵ J. M. Gimeno Feliu, Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones), *RAP*, 1995, n° 137, p. 154.

⁶ G. Fernández Farreres, La actividad de fomento, *in* T. Cano Campos, (Dir.), *op. cit.*, Volume I, p. 147. Cf. également S. Martín-Retortillo, *Derecho administrativo económico*, La Ley, 1988, pp. 440 et s.

conformer quelqu'un ou quelque chose»⁷. La notion de *regulación* recouvre ainsi deux formes de réglementation. La première est la réglementation au sens classique du terme. Celle-ci recouvre deux réalités : une « *règlementation externe* »⁸ qui établit des conditions de sécurité, de salubrité, de protection du milieu naturel et dont l'objectif est de limiter les effets négatifs de certaines activités pour les tiers ; une réglementation interne, ou économique, en perte de vitesse, qui affecte les conditions économiques d'exercice d'une activité, en établissant des quotas de production, des monopoles ou en fixant des prix. Par conséquent, seule cette seconde réalité concerne le sujet de la réglementation économique, les exigences de sécurité ou de qualification professionnelle n'apparaissant pas, à titre principal, comme des réglementations économiques. La seconde forme est relative au terme anglo-saxon de *regulation*. Elle caractérise une nouvelle conception de la réglementation dont l'objectif est d'accompagner l'ouverture à la concurrence des services organisés en réseau⁹. Ce faisant, elle produit de nombreuses réglementations d'accès et de fonctionnement du marché. Réguler, c'est donc encore réglementer¹⁰.

Paradoxalement, l'ouverture à la concurrence accroît la réglementation¹¹. La libéralisation ne signifie donc pas diminution des normes mais rénovation et développement du champ normatif. Celui-ci ne s'emploie plus que marginalement à la gestion directe de biens et services par la puissance publique, ce type de réglementation étant menacé par la libéralisation de l'ensemble des secteurs économiques. Cependant, la réglementation n'est plus uniquement protectrice de la position étatique sur le marché ; elle a, de plus en plus, pour objectif la promotion de la concurrence sur un secteur¹². En lieu et place de la mise en place d'un monopole, de l'encadrement de l'entreprise publique, gestionnaire du réseau et du service à la fois, de nombreuses règles doivent aujourd'hui encadrer l'accès et le fonctionnement du marché. Si la réglementation demeure, sous sa forme classique, souvent à titre temporaire, pour protéger de la concurrence certains secteurs économiques (I), elle se développe, sous sa forme modernisée de régulation, pour garantir des conditions de concurrence dans les secteurs ouverts (II).

I. La persistance provisoire de secteurs non ouverts à la concurrence

Malgré le mouvement général de libéralisation et d'ouverture à la concurrence des activités marchandes, certaines demeurent totalement ou partiellement soustraites au jeu du marché. Dans cette optique, la réglementation a pour objectif ou pour effet de limiter la concurrence. C'est le cas notamment des restrictions à l'accès de certaines professions et du maintien de certains monopoles. Néanmoins, ce type de réglementation s'épuise peu à peu au contact du droit de la concurrence. Comme la France, l'Espagne connaît quelques secteurs ou professions dont l'accès et le fonctionnement sont encore réglementés (A). Cependant, à la différence de la France, l'organisation territoriale de l'Espagne peut conduire à l'adoption de réglementations économiques supplémentaires (B).

A. La réglementation anticoncurrentielle en sursis

⁷ *Diccionario esencial de la lengua española*, Real academia.

⁸ G. Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, Comares, 3^e éd., 2004, p. 302.

⁹ J. J. Montero Pascual, La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico, *Revista digital de derecho administrativo*, 2014, n° 12, p. 25.

¹⁰ I. del Guayo Castiella, La regulación económica como alternativa, *REDA*, 2006, n° 130, p. 239.

¹¹ Le lien entre libéralisation et réglementation, et plus généralement entre néolibéralisme et bureaucratie est développé par D. Graeber (*Bureaucratie*, Les liens qui libèrent, 2015, 304 p.).

¹² P. Arocena Garro, F. Castro Rodríguez, La liberalización de sectores regulados, *Boletín económico de ICE*, 2000, n° 2640, p. 31 ; S. Rodríguez-Campos González, La creación de mercados regulados: consecuencias para el estado social de derecho, *RAP*, 2005, p. 405.

Certains secteurs ou certaines activités ont pour point commun l'absence de liberté d'accès ou de fonctionnement. Ces réglementations économiques favorisent certains agents économiques au détriment d'autres. Elles se manifestent au travers du maintien de monopoles et par l'existence de restrictions spécifiques d'accès.

Malgré le mouvement massif de libéralisation, quelques activités demeurent gérées en monopoles, amenés à disparaître à moyen terme. C'est le cas par exemple de la vente de tabac au détail, d'une partie de l'activité postale ou ferroviaire. Dans le domaine du tabac, malgré l'ouverture à la concurrence de la fabrication et de l'importation, la vente au détail demeure un monopole de l'Etat¹³. Ce dernier concède l'exercice de la vente de tabac aux débits de tabac (les *estancos*). Le nombre de concessions est contrôlé par l'administration qui attribue avec parcimonie les licences, pour une durée de vingt-cinq ans¹⁴. Cette restriction à l'accès de la vente de tabac est accompagnée d'un encadrement strict des horaires d'ouverture, de la distance entre débits de tabac et de l'encadrement de son prix. La libéralisation de ce secteur a été proposée par la Commission nationale des marchés et de la concurrence¹⁵ (CNMC), dans un rapport publié le 30 décembre 2015¹⁶ et pourrait intervenir prochainement. Même si le monopole de distribution est l'objet principal des critiques du régulateur de la concurrence, l'autorité de régulation de la concurrence considère également excessive la durée des concessions.

Dans les domaines postaux et ferroviaires, les monopoles sont à durée déterminée, transitoires, dans l'attente de l'ouverture à la concurrence. En ce qui concerne le secteur postal, une partie de l'activité demeure provisoirement réservée à l'opérateur historique *Correos*. C'est le cas notamment du courrier interurbain et international inférieur à 50 g ou encore des mandats postaux. Ces prestations, qualifiées d'activités de service postal universel, sont effectuées exclusivement par *Correos* pour une période de quinze ans¹⁷. Au-delà de ce délai, plusieurs opérateurs pourront être désignés. Le monopole confié par désignation, sans procédure ouverte et transparente, a été critiqué par la CNMC¹⁸. En outre, l'opérateur historique bénéficie de droits spéciaux et exclusifs pour assurer cette mission¹⁹ : des exemptions fiscales, l'occupation du domaine public pour le développement du réseau postal et l'installation de boîtes à lettres, la possibilité de réaliser des expropriations forcées ou encore le bénéfice d'espaces réservés dans les ports, aéroports, trains qui peuvent servir au-delà du service universel²⁰.

Dans le secteur ferroviaire, le transport de passagers demeure provisoirement soustrait à la concurrence. Dans le respect des derniers paquets ferroviaires européens, *Renfe-operadora*, société de chemin de fer espagnole, conserve le monopole du transport de voyageurs, à l'exception du transport à finalité exclusivement touristique. Une brèche a toutefois été ouverte à la suite du décret royal 22/2012²¹. Ce décret opère une distinction entre les activités de transport soumises à des obligations de service publics qui demeurent assurés seulement par *Renfe-*

¹³ Art. 4 de la loi 13/1998, 4 mai 1998, sur l'organisation du marché de tabac, *BOE* 5 mai 1998.

¹⁴ Art. 27 du décret royal 1199/1999, 9 juillet 1999, sur la mise en œuvre de la loi 13/1998, *BOE* 13 juillet 1999. La concession est réalisée au travers de la vente au plus offrant (*subasta al mejor postor*).

¹⁵ Comisión Nacional de los mercados y de la competencia.

¹⁶ Rapport sur le projet de décret royal qui réglemente la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac, 15 octobre 2015.

¹⁷ Art. 22.2 de la loi 43/2010, 30 décembre 2010, sur le service postal universel, les droits des usagers et le marché postal, *BOE* 31 décembre 2010.

¹⁸ Rapport de la CNMC, Le nouveau cadre de la réglementation du secteur postal traditionnel en Espagne, 2011, p. 35.

¹⁹ Art. 33 de la loi.

²⁰ Cette critique est réalisée par la CNMC (p. 58).

²¹ Décret-loi royal 22/2012, 20 juillet 2012, qui adopte des mesures en matière d'infrastructures et services ferroviaires, *BOE* 21 juillet 2012.

*operadora*²² et les services commerciaux. Ces derniers seront progressivement ouverts à la concurrence. À l'heure actuelle, une seule ligne a été ouverte²³. Sur le secteur concerné, une compagnie privée, à laquelle un titre d'habilitation sera confié après un appel d'offres²⁴, pourra concurrencer *Renfe-operadora* pendant sept ans. À l'issue de ce délai, la ligne sera ouverte complètement à la concurrence. Néanmoins, le poids de l'opérateur historique, son expérience, sa connaissance du marché et les économies d'échelle réalisées, devraient lui permettre de conserver une part de marché très importante. Le monopole de *Renfe-operadora* sur le transport de passagers s'effrite donc mais demeure.

Certaines professions ou activités sont soumises à des réglementations très strictes restreignant ainsi leur accès. Si les ordres professionnels (*colegios profesionales*) peuvent classiquement constituer des barrières au libre exercice de certaines professions²⁵, la réglementation de la manutention portuaire présente une certaine originalité en Espagne. Dans les ports d'intérêt général, une société commerciale de gestion des dockers (la SAGEP) est constituée. Son objet est de gérer la mise à disposition de travailleurs à ses actionnaires et auxquels ceux-ci font appel pour exercer les tâches de manutention²⁶. Les entreprises voulant intervenir dans ces ports, gérés par l'Etat, doivent devenir actionnaire d'une SAGEP et recruter des travailleurs de cette société, dont une partie doit être engagée à titre permanent. Cette mesure est justifiée, selon l'Etat espagnol, par la mission de service public que constitue le chargement portuaire et par la protection des salariés²⁷. Elle perdure en droit espagnol malgré la condamnation de l'Espagne en manquement pour violation de la liberté d'établissement²⁸.

À côté de la persistance fragile de réglementations étatiques, le rôle économique majeur des communautés autonomes leur confère une place privilégiée pour la mise en œuvre de réglementations économiques.

B. Les spécificités liées à l'organisation territoriale espagnole

Les communautés autonomes ne sont pas compétentes pour les grands services en réseau dans la mesure où la fourniture de ce type de service transcende le champ d'une seule communauté autonome. En outre, aux termes de l'article 149.1.13, l'Etat est compétent pour établir les bases et la coordination générale de l'activité économique. Néanmoins, elles conservent la compétence d'organiser certains secteurs restreints à leur champ territorial et de préciser la législation basique de l'Etat. La persistance des réglementations économiques trouve donc également son origine dans l'action des communautés autonomes.

Dans le secteur pharmaceutique, l'ouverture d'une officine est soumise à la fois à une autorisation administrative de la communauté autonome et au respect de certaines conditions²⁹. L'autorisation permet de contrôler la réunion de conditions démographiques (seuils de

²² La compétence exclusive pour fournir les activités de service public est rappelée à l'article 59 de la loi 38/2015, 29 septembre 2015, sur le secteur ferroviaire, *BOE* 30 septembre 2015.

²³ Accord du conseil des ministres du 13 juin 2014 décidant de l'octroi d'un titre habilitant pour le couloir de Levante.

²⁴ Le nombre de titres d'habilitation par ligne ou secteur est déterminé en conseil des ministres (première disposition transitoire de la loi 38/2015). En outre, aux termes de la même disposition, *Renfe-operadora* dispose d'un titre habilitant sur tout le territoire sans avoir à se soumettre à un appel d'offres.

²⁵ Rapport de la CNMC sur les ordres professionnels après la directive services, 2012, pp. 25 et s.

²⁶ Arts 142 et s. du décret-loi royal 2/2011, 5 septembre 2011, qui approuve la modification de la loi sur les ports de l'Etat et de la marine marchande, *BOE* 20 octobre 2011 et arts 133 et s. de la loi 33/2010, 5 août 2010, qui modifie la loi 48/2003, sur le régime économique et les prestations de service dans les ports d'intérêt général, *BOE* 7 août 2010.

²⁷ CJUE, 11 décembre 2014, aff. C-576-13, *Commission c/ Espagne*.

²⁸ Une procédure de manquement sur manquement a été engagée par la Commission européenne.

²⁹ A. López de la Osa Escribano, *La ordenación farmacéutica*, in T. Cano Campos, (Dir.), *op. cit.*, Volume II, p. 424.

population) et géographiques (distance entre officines)³⁰. De plus, la pharmacie doit être exploitée exclusivement par un pharmacien, ce qui interdit la création de chaînes de pharmacies. La loi fixe les critères à titre subsidiaire ; il appartient aux communautés autonomes de les moduler en fonction de la concentration de population³¹. Ainsi, certaines communautés ont fixé des règles plus ou moins strictes, affectant à un degré variable la concurrence³². Si une telle planification de la vente au détail de médicaments restreint l'accès au marché et le nombre d'opérateurs, elle n'est pas contraire à la liberté d'établissement dans la mesure où elle permet d'assurer un service pharmaceutique approprié³³.

Une des manifestations les plus notables de l'influence de la réglementation des communautés autonomes est l'organisation de l'activité de transport par taxi. Sur délégation de l'Etat, ces dernières sont en charge du régime d'autorisation ou de licence³⁴. En général, cette compétence est transférée aux administrations municipales. Le nombre d'autorisation ou de licence est limité et chaque municipalité fixe un plafond. Des conditions particulièrement restrictives d'horaires, de tarif, de puissance, de taille ou encore d'âge du véhicule peuvent être exigées. Certaines réglementations ont d'ailleurs été attaquées par la CNMC³⁵. Celle-ci reproche, par exemple, aux municipalités de Málaga et de Córdoba de fausser la concurrence en imposant un prix fixe, une ancienneté maximale de deux ans des véhicules ou encore la participation des associations des titulaires de licences de taxis aux décisions municipales sur le nombre de taxis et le niveau des prix. Par ailleurs, la situation des véhicules de tourisme avec chauffeur a été réglée par l'administration centrale. Des conditions très strictes de nombre de véhicules par compagnie, de puissance, de longueur, d'identification sont imposées³⁶. De son côté, la société Uber a été interdite pour cause de concurrence déloyale³⁷.

À cette réglementation économique persistante mais déclinante dans des secteurs fermés à la concurrence, s'ajoute l'essor de réglementations accompagnant la libéralisation de certaines activités.

II. La croissance des réglementations en dépit de la libéralisation de certains secteurs

Malgré la libéralisation d'un certain nombre de secteurs, l'Etat n'a pas abandonné sa « responsabilité d'édicter des normes de caractère général qui ordonnent l'économie, établissent des paramètres d'intervention et les droits et obligations des opérateurs sur les marchés »³⁸. Au contraire, le retrait de l'Etat de la gestion directe nécessite l'adoption de nombreuses réglementations pour protéger la concurrence, la promouvoir mais également pour encadrer les effets du libre jeu du marché. En

³⁰ Art. 2.1 de la loi 16/1997, 25 avril 1997, sur la réglementation des services des officines de pharmacie, 25 avril 1997, BOE 26 avril 1997.

³¹ Art. 2.3 et 2.4.

³² Étude sur le marché de distribution au détail de médicaments en Espagne, 15 octobre 2015, pp. 28 et s.

³³ CJUE, 1^{er} juin 2010, aff. C-570 et 571/07, J. M. Blanco Pérez et M. del Pilar Chao Gómez c/ Consejería de Salud y Servicios Sanitarios et Principado de Asturias.

³⁴ Cette possibilité découle de la loi 16/1987 d'organisation des transports terrestres du 30 juillet 1987 et de la loi organique 5/1987 de délégation des facultés de l'Etat aux communautés autonomes concernant le transport par route ou par câble, du 30 juillet 1987.

³⁵ Communiqué de presse du 26 janvier 2016, www.cnmc.es.

³⁶ Décret-loi royal 1057/2015, 20 novembre 2015, qui modifie le règlement d'application de la loi 16/1987, portant sur l'organisation du transport terrestre, BOE 21 novembre 2015.

³⁷ Trib. de commerce de Madrid, 9 décembre 2014. Dans le domaine du logement touristique, les réglementations strictes de certaines communautés autonomes afin de limiter la location *via* le site *Airbnb* ont subi un sort différent. Le Tribunal supérieur de justice de Madrid, le 8 juin 2016, a annulé les dispositions de la communauté autonome de Madrid qui interdisait les habitations à usage touristique pour les séjours de moins de cinq jours.

³⁸ T. Cano Campos, *op. cit.*, p. 33.

plus des mécanismes classiques de police économique, l'administration développe ses fonctions de supervision et d'organisation, pour l'accès aux marchés ouverts à la concurrence (A) et pour le fonctionnement de ces marchés (B).

A. La nécessité de réglementer l'accès au marché

L'accès au marché libéralisé demeure contrôlé et fortement réglementé ; il nécessite l'utilisation d'infrastructures, de réseaux qui ne peuvent être multipliés. L'utilisation de ces infrastructures essentielles, monopoles naturels, justifie une réglementation dense pour protéger la concurrence. L'intervention administrative d'organisation des conditions d'accès au marché se manifeste par la forme classique de l'autorisation ou de l'habilitation³⁹, mais également par la séparation des infrastructures et des activités de prestation de service. L'accès aux infrastructures et leur utilisation suppose aussi le paiement d'un péage. Si ces conditions d'accès se retrouvent dans les différents secteurs ouverts à la concurrence, elles présentent un intérêt particulier dans les domaines de l'électricité et du transport ferroviaire.

Dans le domaine de l'électricité, la loi 24/2013⁴⁰ maintient un pouvoir de réglementation important à l'administration de l'Etat pour organiser le marché⁴¹. Cette loi opère une séparation juridique et fonctionnelle entre les activités sujettes au libre marché, que sont la production et la commercialisation, et les activités réglementées : le transport et la distribution⁴². Un opérateur ne peut donc effectuer les deux types d'activités. La loi attribue la gestion du marché de production à deux opérateurs : l'opérateur de marché (*Operador del Mercado Ibérico, Polo español*), responsable de la gestion économique du système⁴³ et l'opérateur de système (REE, *Red Eléctrica de España*), responsable de la gestion technique. Ce dernier est le garant de la sécurité et de la continuité de la fourniture d'électricité⁴⁴. L'entreprise privée REE est également titulaire et gestionnaire unique du réseau de transport. La mise en fonctionnement de nouvelles installations de transport, distribution ou production requiert de nombreuses autorisations délivrées par l'administration. En parallèle, l'usage du réseau nécessite un permis d'accès et un permis de connexion, délivrés aux opérateurs par le gestionnaire du réseau de transport ou de distribution. La réglementation de l'accès au réseau est donc partagée entre l'Etat et des entreprises privées, sous le contrôle d'une autorité de régulation : la CNMC⁴⁵. En outre, l'utilisation du réseau par les fournisseurs et distributeurs est conditionnée au paiement d'un péage d'accès qui couvre le coût des activités de transport et de distribution d'électricité. Ces péages sont mis en place par le ministre de l'Industrie et de l'Energie selon une méthodologie établie par la CNMC⁴⁶.

³⁹ Le contrôle de l'accès au marché suppose la préexistence d'un droit ou d'une liberté dont l'exercice nécessite que le titulaire de ce droit demande une autorisation. Cette autorisation n'opère pas sur la titularité du droit mais sur son octroi (L. Cosculluela Montaner et M. López Benitez, *Derecho público económico*, Iustel, 4^e éd., 2011, p. 219).

⁴⁰ Loi 24/2013, 26 décembre 2013, sur le secteur électrique, *BOE* 27 décembre 2013. Cette loi remplace la loi 54/1997, du 27 novembre 2007.

⁴¹ Art. 3 de ces lois.

⁴² Art. 12 de la loi 24/2013.

⁴³ Il gère le système d'offres d'achat et de vente d'énergie électrique au quotidien.

⁴⁴ R. Tarlea, J. María Codes, El sector eléctrico, in A. J. Alonso Timón (Dir.), *Sectores regulados. Sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*, Dykinson, 2014, pp. 55 et s. ; J. Guillén Caramés, La energía eléctrica, in T. Cano Campos, (Dir.), *op. cit.*, Volume I, pp. 288 et s.

⁴⁵ J. J. Montero Pascual, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁶ Décret royal 1544/2011, 31 octobre 2011, qui établit les péages d'accès aux réseaux de transport et distribution, *BOE* 16 novembre 2011.

Dans le secteur ferroviaire, la réglementation est également omniprésente pour gérer le monopole naturel, depuis la libéralisation du transport de marchandises⁴⁷. L'opérateur historique, *Renfe*, a été scindé en deux établissements publics par la loi 39/2003⁴⁸ : d'une part, *Renfe-operadora* assure la prestation de service de transport⁴⁹ ; d'autre part, la gestion du réseau et des infrastructures est confiée à l'ADIF (*Administrador de infraestructuras ferroviarias*). Ce dernier est titulaire des infrastructures ferroviaires et est chargé de les gérer en octroyant notamment les lignes et sillons aux entreprises ayant obtenu une licence d'exploitation. Celle-ci fait partie de la multitude de réglementations indispensables pour accéder au marché : une licence ferroviaire, un certificat de sécurité, délivrés par le Ministre du développement, une homologation du matériel roulant, une autorisation de mise en service ou encore une autorisation de circulation accordée par l'ADIF. Ces nombreuses autorisations, pour certaines, subordonnées aux capacités financières de l'opérateur, pour d'autres, longues à obtenir, sont vues par la CNMC comme des barrières d'entrée sur le marché⁵⁰. En outre, *Renfe-Operadora* continue de bénéficier d'avantages comme l'exemption de certaines formalités administratives ou un certain nombre de droits de priorité sur les concurrents⁵¹. La loi 38/2015 a simplifié les procédures d'accès au marché mais ne remet pas en cause la persistance de la réglementation dans le domaine ferroviaire. Elle allège également le système de péage d'accès consistant dans le paiement de redevances, payées à l'ADIF, pour l'utilisation des infrastructures ferroviaires⁵². Ce dernier gagne en autonomie dans la fixation des redevances à la suite de la condamnation en manquement de l'Espagne⁵³. En effet, la fixation intégrale des redevances par le gouvernement reléguait l'ADIF au rang de simple recouvreur de ces ressources.

La procédure d'accès au marché libéralisé relève d'un épais régime de réglementation et d'intervention publique. La libéralisation développe également la réglementation pour garantir le fonctionnement du marché.

B. L'indispensable réglementation du fonctionnement du marché

Une fois ouvert à la concurrence, le secteur d'activité ne peut être confié à la volonté volage des marchés. La « *transcendance sociale* »⁵⁴ de certaines activités impose l'intervention des pouvoirs publics pour la protection des usagers et la garantie d'un service de qualité, sur tout le territoire, à un moindre coût. Le passage d'un système de monopole, géré au moyen de concessions fermées, à un système ouvert produit de nombreuses réglementations pesant sur les opérateurs. Outre la surveillance, confiée aux autorités de régulation, le fonctionnement du marché est marqué par le maintien d'obligations de service universel.

La réglementation se déploie donc pour garantir certaines obligations de service public à travers le prisme européen du service universel. En Espagne, l'ouverture à la concurrence entraîne pour l'activité la déqualification de service public. En effet, dans la mesure où l'Etat perd la titularité de l'activité, cette dernière abandonne la qualité de service réservé à l'Etat. Ce faisant,

⁴⁷ A. J. Alonso Timón, Sector ferroviario, in A. J. Alonso Timón (Dir.), *op. cit.*, p. 351 ; E. Carbonell Porras, Los transportes terrestres, in T. Cano Campos, (Dir.), *op. cit.*, Volume II, Iustel, 2009, pp. 13-43.

⁴⁸ Loi 39/2003, du 17 novembre 2003, sur le secteur ferroviaire. Cette loi a été remplacée par la loi 38/2015 du 29 septembre 2015.

⁴⁹ L'établissement public *Renfe-operadora* a été divisé en quatre sociétés par le décret-loi royal 22/2012 du 20 juillet 2012 : pour les voyageurs, les marchandises, la location de matériel ferroviaire et la fabrication.

⁵⁰ Rapport sur la concurrence dans le transport de marchandises par rail en Espagne, CNMC, 2013, pp. 118 et s.

⁵¹ A. J. Alonso Timón, *op. cit.*, p. 354.

⁵² Le décret-loi royal 1/2014, du 24 janvier 2014 avait déjà entamé des réformes structurelles pour se conformer au droit de l'Union européenne.

⁵³ CJUE, 28 février 2013, aff. C-483/10, *Commission c/ Espagne*.

⁵⁴ S. Rodríguez-Campos González, La creación de mercados regulados: consecuencias para el estado social de derecho, *RAP*, 2005, p. 409.

il revient au législateur de fixer concrètement le contenu des obligations de service universel⁵⁵. Les services publics sont requalifiés en fonction des catégories du droit de l'Union européenne. Par exemple, la loi 38/2015 qualifie le transport ferroviaire de service d'intérêt général (SIG) et la loi 34/1998⁵⁶ qui libéralise le secteur du gaz transforme le service public en service d'intérêt économique général (SIEG). Il en va de même pour certains services postaux⁵⁷ et pour la fourniture d'électricité⁵⁸ qualifiés de SIEG après ouverture à la concurrence du marché.

Alors que l'ensemble de l'activité de fourniture d'électricité et de transport ferroviaire relève respectivement du SIEG et du SIG, seules certaines activités postales jouissent d'une telle qualification⁵⁹. Depuis la loi 43/2010, les obligations de service postal universel sont partagées entre l'opérateur historique, pour quinze ans, dans le champ qui demeure monopolistique, et les opérateurs agissant dans certains services ouverts à la concurrence⁶⁰. Ces derniers sont titulaires d'une autorisation administrative spécifique⁶¹ pour exercer des activités de service universel. À l'issue du délai de quinze ans, elles seront complètement assurées par les opérateurs désignés selon les règles du marché⁶². Certains services demeurent en dehors du champ du service postal universel⁶³.

Parmi les obligations de service universel, celles relatives aux prix et tarifs posent les questions les plus épineuses. Le service universel impose de garantir à l'utilisateur des prestations à des conditions accessibles en évitant des abus tarifaires liés à des positions dominantes sur le marché. Une fois qu'elle a perdu sa puissance tarifaire, du fait de la perte de titularité d'une activité, l'administration ne peut plus fixer d'elle-même les prix, elle doit donc agir sur les prix par la réglementation⁶⁴. Cet encadrement des tarifs détient une portée sociale particulière dans les domaines de l'électricité et du gaz, énergies indispensables à l'activité humaine. Dans ces deux secteurs, les consommateurs peuvent échapper au libre jeu du marché pour l'établissement du prix. Un système original de tarif de dernier recours (*tarifo de último recurso*) a été mis en place pour les consommateurs ne souhaitant pas être soumis au tarif libre.

Concernant le domaine de l'électricité, ce tarif permet au ministre de l'Industrie de fixer un prix maximum unique de l'électricité sur tout le territoire. Seuls les opérateurs désignés, les fournisseurs de dernier recours⁶⁵, peuvent offrir ce tarif au consommateur. Depuis le 1^{er} janvier 2014, ce tarif a pris le nom de prix volontaire pour le petit consommateur (*precio voluntario para el pequeño consumidor*)⁶⁶ et est fixé tous les trois mois. Les fournisseurs de dernier recours, devenus les fournisseurs de référence, sont aussi les seuls opérateurs à pouvoir fournir le bonus social (*bono*

⁵⁵ G. Ariño Ortiz, *op. cit.*, p. 549.

⁵⁶ Loi 34/1998, 7 octobre 1998, sur le secteur des hydrocarbures, *BOE* 8 octobre 1998.

⁵⁷ Loi 43/2010.

⁵⁸ Loi 54/1997.

⁵⁹ Arts 20 et s. de la loi 43/2010.

⁶⁰ C'est le cas du courrier local, du courrier interurbain et international supérieur à 50 g, ou des paquets inférieurs à 10 kg.

⁶¹ M. del Mar Villagrasa Rozas, Tendencias recientes de los servicios postales en España, *REDA*, 2003, n° 118.

⁶² B. Rodríguez Villar, Servicios postales, in *Sectores regulados. Sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*, Dykinson, 2014, pp. 277-287. Cf. également E. M. Menéndez Sebastián, Los servicios postales in T. Cano Campos, (Dir.), *op. cit.*, Volume I, Iustel, 2009, pp. 427-440.

⁶³ Publicité, publications périodiques, catalogues, correspondances de plus de 2 kg et colis supérieurs à 20 kg.

⁶⁴ J. Tornos Mas, Intervención en precios y tarifas in T. Cano Campos, (Dir.), *op. cit.* Volume I, p. 112.

⁶⁵ Il s'agit des grandes entreprises d'électricité désignées du fait de leur solide capacité financière. Cf. R. Tarlea, J. María Codes, *op. cit.*, pp. 49-54.

⁶⁶ Art. 17 de la loi 24/2013. Ces tarifs et leur calcul sont précisés par le décret royal 216/2014, du 28 mars, qui établit la méthodologie de calcul des prix volontaires pour le petit consommateur d'énergie électrique.

social) aux consommateurs les plus vulnérables⁶⁷. Ces derniers bénéficient ainsi de remises sur le prix volontaire pour le petit consommateur.

Dans le secteur gazier, le fonctionnement est proche de celui du secteur électrique. Depuis le 1^{er} janvier 2008, les consommateurs peuvent choisir le tarif de dernier recours fixé par l'administration⁶⁸, selon le volume de leur consommation. À la différence du secteur de l'énergie électrique, ce tarif n'a pas changé de nom. Malgré les tentatives de réduction du nombre de bénéficiaires potentiels, afin de parvenir progressivement à un régime entièrement libre de fixation des prix, ces tarifs réglementés, établis à titre transitoire, se pérennisent et conservent la confiance des consommateurs, méfiants à l'égard des prix libres.

En définitive, malgré une ouverture à la concurrence avancée de la plupart des secteurs économiques, l'Espagne conserve un grand nombre de réglementations. Bien que cela soit contre-intuitif, force est de constater l'effet multiplicateur de la libéralisation sur la réglementation. L'ouverture à la concurrence draine un flot de réglementations, dont le nombre croissant confine plus à la surréglementation qu'à la déréglementation, dont le sens littéral n'a jamais semblé aussi impropre.

⁶⁷ A. Estoa Pérez, *Novedades en la protección de los consumidores de electricidad*, *RAP*, 2014, n° 193, pp. 381 et s.

⁶⁸ Loi 12/2007, 2 juillet 2007, qui modifie la loi 34/1998, sur le secteur des hydrocarbures, *BOE*, 13 février 2008.