

Université Catholique de Louvain
Faculté de Droit

Le marché de l'énergie électrique en Amérique latine

La convergence entre concurrence et intervention étatique pour atteindre les
objectifs publics dans le cas particulier de la Colombie

Mémoire présenté par Luis
Ferney MORENO en vue de
l'obtention du grade de
Doctorat en Droit

2007

À Lugdy, mon épouse, et Ferney Andres et Isabella, mes enfants

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

A: Amortissement

Ac : Autres coûts

ACCE : Asociación Colombiana de Comercializadores de Energía (Association Colombienne des Commerçants d'Électricité)

ALADI : Association latino-américaine d'intégration

ALCOGEN : Asociacion Colombiana de Generadores (Association Colombienne des Sociétés Génératrices d'Électricité)

ALÉNA : Accord de libre-échange nord-américain.

ANDESCO: Association nationale des entreprises de services publics domiciliaires et activités complémentaires

ASEC : Administration du Système d'Échanges Commerciaux

AyEE: Agua y Energía Eléctrica. (Eau et Énergie Électrique)

BID: Banco Interamericano de Desarrollo (Banque Interaméricaine de Développement)

C : Commercialisation

CAC : Conseil Auxiliaire de Commercialisation

CAMMESA: Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A. (Compagnie de Gestion du Marché de Gros de l'Électricité S.A.)

CAN : Commission de la Communauté Andine des Nations

CCE: Compañía Colombiana de Electricidad (Compagnie Colombienne d'Électricité)

C.E.: Communauté Européenne

CEDE: Centro de Estudios sobre Desarrollo Economico Universidad de los Andes (Centre d'Études sur le Développement Économique Université de "Los Andes")

CEDELCA S.A.: Centrales Eléctricas del Cauca S.A. (Centrales Électriques du Cauca S.A.)

CENS: Centrales Eléctricas del Norte de Santander (Centrales Électriques du Nord de Santander)

CEPAL: Commission économique pour l'Amérique latine et la Caraïbe

CES S.A. ESP: Comercializadora Eléctrica del Sinú (Société de commercialisation d'électricité du Sinú)

CFC: Comisión Federal de la Concurrence

CFE : Le reste du pays pour.

CFR : Confrontar (Confronter)

CFE : Commission Fédérale de l'Électricité.

CHB : Central Hidroeléctrica de Betania (Centrale Hydroélectrique de Betania)

CLT : Construire – louer – transférer.

CND : Centre national de dispatching

CNE: Código Nacional Eléctrico (Code National Électrique)

CNO : Conseil national d'opération

CO: Coûts d'opération.

COM: Contrats directs de construction, d'opération et de maintenance.

COMP : Compilación (Compilation)

CONENERGIA S.A. ESP: Comercializadora Andina de Energía (Société de Commercialisation Andine d'Électricité)

CONPES: Consejo Nacional de Planificación Económica y Social. (Conseil National de Planification Économique et Sociale)

CORELCA: Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica S. A. (Corporation Électrique de la Côte Atlantique)

CPI: Consumer price index (Indice des prix à la consommation)

CRE: Commission de Régulation de l'Énergie.

CREG: Commission de Régulation de l'Énergie Électrique et du Gaz

CVC: Corporación Autónoma del Cauca (Corporation Autonome du Cauca)

D: Distributeurs

DANE: Département Administratif National des Statistiques

DICEL S.A. ESP: Distribuidora y Comercializadora de Energía Eléctrica (Société de Distribution et de Commercialisation de l'Électricité)

D.F.: Distrito Federal (District Fédéral)

DNP : Département National du Plan

D.O.F. : Decreto oficial federal (Décret Officiel Fédéral)

EBSA: Electrificadora de Boyacá (Compagnie Électrique de Boyacá)

ECOMSA ESP: Energía Confiable (Énergie fiable)

Ed.: Editorial (Maison d'édition)

EEB: Empresa de Energía de Bogotá (Entreprise d'Électricité de Bogotá)

EEMH: Enron Energía Industrial de México Holdings

EMCALI: Empresas Públicas de Cali (Entreprises Publiques de Cali)

ENERCO S.A. ESP: Energía de Colombia (Électricité de Colombie)

ENERCOMSA ESP: Energía Competitiva (Énergie Compétitive)

ENERGING S.A. ESP: Energía e Ingeniería (Énergie et Ingénierie)

ENERGIZAR S.A. ESP: Energizar de Occidente (Compagnie Électrique de l'Ouest)

ENERSIS S.A. ESP: Energía de Colombia (Électricité de Colombie)

ENRE: Ente Nacional Regulador de la Electricidad. (Entité Nationale Régulatrice de l'Électricité)

EPM: Empresas Públicas de Medellín (Entreprises Publiques de Medellin)

EPSA: Empresa de Energía del Pacífico (Société Électrique du Pacifique)

ESSA : Electrificadora de Santander (Compagne Électrique de Santander)

E.S.P. : Empresas de servicios públicos (Entreprises de Services Publics)

FCT: Fonds subsidiaire de compensation des tarifs.

FEDESARROLLO: Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo (Fondation pour l'Éducation Supérieure et pour le Développement)

FNR : Fonds national des redevances

FONADE : Fondo financiero de financiación de proyectos (Fonds financier de financement de projets)

G: Producteur.

GENERCAUCA S.A. ESP: Compañía de Generación del Cauca (Compagnie de Production du Cauca)

GEUNION S.A. ESP: Generadora Unión (Compagnie Génératrice Unión)

GLP: Gaz liquéfiés du pétrole

GU: Grands usagers.

GUMA: Grands usagers majeurs.

GUME: Grands usagers mineurs.

GUPA: Grands usagers particuliers.

Hidronor: Hidroeléctrica Norpatagónica. (Centrale Hydroélectrique du Nord de la Patagonie)

I: Impôts.

Ibidem on Ibid: Du même auteur ou dans la même ouvrage.

ICEL: Institut Colombien de l'Énergie Électrique

INCORA : Institut Colombien de la Réforme Agraire

ISA: Interconexión Eléctrica S.A. (Interconnexion électrique S.A.)

KWh, KW: Kilowattheure.

LFC : Éclairage et Force Électrique du Centre.

LSPE : Loi du Service Public de l'Énergie.

MDE: Marché de Détail de l'Électricité.

MER: Marché Électrique Régional.

MERCOSUR: Marché Commun du Sud.

MGE: Gros de l'Électricité.

MGE-SP: Marché de Gros de l'Énergie -Système Patagonie.

MSA: Marché *SPot* Anticipé.

MW : Mégawatt

N° : Numéro

NAFTA : North American Free Trade Agreement (Accord de libre échange nord-américain)

OMC : Organisation Mondiale du Commerce

Op. Cit : Source citée précédemment

P : Production

PAN : Partido de Acción Nacional (Parti d'Action Nationale)

PEMEX: Empresa Petrolera de México (Entreprise Pétrolière du Mexique)

PIE: Producteurs indépendants d'électricité

PPA: Power pusher agreement

PPI: Producer price index

PRI : Parti Révolutionnaire Institutionnel

RNI: Réseau National d'Interconnexion.

s.a : Sans auteur, anonyme

S.A. : Société Anonyme

SCJN : Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Cour de Cassation)

SDL : Système de Distribution Local

SDR : Système de Distribution Régional

SDS, SSP : Superintendencia de sociedades (Surintendance des Sociétés)

s.e.: Sans éditeur

SEE: Systèmes Électriques de l'État.

SEGBA: Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires. (Services Électriques du Grand Buenos Aires)

SEN: Systèmes Électriques Nationaux.

SEP: Systèmes Électriques Provinciaux.

s.f. : Sin fecha (sans date)

SIC : Surintendance du Commerce et de l'Industrie

SIEPAC : Système d'Interconnexion Électrique des Pays d'Amérique centrale.

SIN : Système Interconnecté National

SSP : Surintendance des Services Publics ~~domiciliaires~~

STN : Système de Transport National

T : Transport

t: Tarif

TEBSA : Termobarranquilla

TEM: Tractebel Energía de Monterrey, S de RL de CV

TEMBV: Tractebel Energía de Monterrey Holdings BV

TFP : Travaux Publics Financés.

TIE : Transactions Internationales d'Électricité

TLC : Traité de Libre-échange

TLE : Traité bilatéral de libre-échange avec les Etats-Unis

TR: Taux de retour

UF: Usager Final

UHF : Ultra à haute fréquence

UPME : Unité de planification minière et énergétique

VAD: Valeur ajoutée de distribution

VHF : Très Haute Fréquence

ZLEA : Zone de Libre-échange des Amériques

ZNI : Zone Non Interconnectée

INTRODUCTION

A. Présupposés Conceptuels

Au cours de cette recherche, on recourra constamment à diverses notions telles que marché de l'électricité, objectifs publics, concurrence et/ou libre concurrence, intervention de l'État, coexistence, tensions, convergence et modulation. Il convient de préciser d'emblée leur signification.

1. *Marché de l'électricité*

Dans nos pays latino-américains, il n'existe pas de définition légale du marché, ni, en termes spécifiques, du marché de l'électricité (ou marché électrique). Dans ce travail, nous emploierons donc le sens technique de l'expression, utilisé dans les sciences économiques et dans l'ingénierie électrique. Parmi les différentes acceptions du terme « marché » qu'utilisent les sciences économiques, nous adoptons la suivante : 'le marché est le lieu où vendeurs et acheteurs négocient en vue d'échanger certains biens et services et où les prix de ces derniers tendent à atteindre une égalité'¹ (notre traduction).

Partant de là, le marché électrique se définit comme suit en tenant compte des éléments propres à ce marché² : le bien est l'énergie électrique, ce bien est destiné au service public ; le lieu de l'échange dépend de la taille des transactions, grandes, moyennes ou petites : pour les grandes transactions, il s'agit d'un marché de gros, le lieu de transaction étant la bourse de l'énergie ; pour les transactions moyennes ou petites, il s'agit d'un marché au détail, dont le lieu spécifique dépend de la localisation des usagers ; le prix est fixé par le marché ; un élément notable est le caractère stockable de l'énergie électrique ; un autre élément notable du marché électrique est le caractère indispensable de

¹ R. S. Khemani et alii (comp.), *Glosario de términos relativos a la economía de las organizaciones industriales y a las leyes sobre competencia*, Banco Mundial, 1996.

² M. A. Lasheras, *La regulación económica de los servicios públicos*. Barcelona, Ariel, 1999. p. 251 - 258.

l'énergie électrique pour la vie sociale et la satisfaction de certains besoins collectifs³.

A première vue, on pourrait penser qu'il s'agit d'un marché comme les autres. En réalité, le marché de l'énergie électrique se distingue par la présence de l'intérêt général⁴ et par le fait qu'il s'agit d'une activité 'destinée au public' (Ariño⁵), c'est-à-dire destinée à satisfaire des besoins collectifs. Ainsi, l'activité de l'énergie électrique est-elle qualifiée de 'service public' dans tous les pays d'Amérique latine, et donne-t-elle lieu par conséquent elle donne lieu à des objectifs d'intérêt public.

Depuis l'arrivée de l'énergie électrique dans la région, à la fin du XIXème siècle, le marché qui s'est formé autour de ce bien a oscillé entre intervention de l'État et concurrence. Au début de la décennie 1990, l'idée s'est imposée que la concurrence est la meilleure façon d'organiser ce marché. Le fondement idéologique du nouveau paradigme réside dans le Consensus de Washington : dans la *pensée néolibérale*, explique A. Martínez⁶, le marché est considéré comme l'instrument d'assignation optimale des ressources, et la taille de l'État doit être réduite au strict minimum. Cependant, dans la plupart des pays latino-américains, la réalité actuelle est la coexistence de l'intervention de l'État et de la concurrence.

Depuis ses débuts, le marché de l'énergie électrique latino-américain est influencé par les intérêts nationaux et internationaux. Ainsi, dans la prestation du service public, on passe de l'initiative privée, depuis 1887, à l'État entrepreneur, à partir de 1945, la Banque mondiale estimant qu'il est plus sûr de prêter à l'État qu'aux particuliers. Dans les années 1990, on propose la

³ G. Ariño Ortiz, *El sistema eléctrico español: Regulación y competencia*, Granada, Montecovo, 1998. p. 42.

⁴ S. González-Varas Ibáñez, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones, portales, energéticos y de transporte*, Granada, Comares, 2001. p. 296 - 303

⁵ G. Ariño Ortiz, *op. cit.* p. 9 - 45. et J. Sarmiento García, *Concesión de servicios publicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999. p. 71

⁶ A. Martínez Ortiz, "La política energética en Colombia durante los años 90: ¿neoliberal?", *La falacia neoliberal: críticas y alternativas*, 2003. p. 231.

privatisation et la libéralisation du marché de l'électricité, ce service devant être géré par le secteur privé dans un contexte de concurrence. Ce passage d'un modèle à l'autre provoque des réactions en sens divers. Aujourd'hui, les pays latino-américains se situent sur un spectre dont les extrêmes sont, d'une part, le monopole public et, d'autre part, la concurrence.

Il convient de signaler un élément sous-jacent essentiel, qu'on appelle les 'réformes de deuxième génération' dans les secteurs des infrastructures⁷ : la consolidation de la concurrence sur les marchés des services va de pair avec un dégraissage de l'État. A ce propos, il faut souligner d'emblée que dans le contexte latino-américain, il ne suffit pas de consolider les marchés de l'énergie en concurrence, il faut aller plus loin : dans nos pays en développement, l'État remplit des fonctions et des tâches qui ne peuvent être réduites ou reportées. Les problèmes de pauvreté, couverture insuffisante de l'éducation et des soins de santé, disparité géographique, marginalisation, diminution du pouvoir d'achat, violence, etc. sont nombreux et graves; en aucun cas ils ne peuvent être résolus par la prédominance de la concurrence sur les marchés des services publics, notamment celui de l'électricité⁸.

Le marché se matérialise sur un marché géographique et sur un produit, ce qu'on appelle, en droit de la concurrence 'marché en cause' (*relevant market*). Dans le contexte latino-américain, le marché géographique offre une complexité impressionnante, les disparités régionales sont énormes, ce qui a donné lieu à la formation de marchés nationaux, régionaux et locaux. En ce qui concerne le marché du produit, l'énergie électrique n'a pas de substituts complets; le plus proche est le gaz, mais, en fait, le degré de substituabilité entre ces types d'énergies ne permet pas de qualifier un marché en cause entre elles.

⁷ F. Basañes et W. Robert, *Second-génération Reforms in Infrastructure Services*. Washington, Banque interaméricaine de développement (BID), 2002.

⁸ Cfr. G. Calleja. *El apagón del modelo eléctrico neoliberal El Modelo Eléctrico Neoliberal del Banco Mundial: su fracaso*. <http://www.info-moreno.com.ar/notas/electricidad/apagon_modelo.htm> et *Conversando con Diego Petrecolla sobre pobreza y privatización*. <<http://www.observatoriosocial.com.ar/n7-2.pdf#search=%22Pobreza%20y%20privatizaci%C3%B3n%22>>

En résumé, le marché électrique, outre son intérêt général, est un marché national, régional ou local, dépourvu de substituts complets et où prédominent diverses circonstances qu'il est impératif de prendre en compte. Ces différentes caractéristiques seront développées dans les chapitres suivants.

2. Objectifs publics

Sur le marché de l'énergie électrique il y a des intérêts d'intérêt public puisque, comme on l'a dit plus haut, ce marché est une activité d'intérêt général, qualifiée de service public dans la Constitution et les lois. En outre, pour souligner qu'il s'agit d'un service public, une abondante doctrine s'est développée sur les principes du service public et les obligations de celui-ci. En fait, ces différents concepts sont, à notre point de vue, étroitement liés et la meilleure façon de les dénommer en un seul concept est de les appeler objectifs publics.

Dès lors, une interrogation fondamentale se pose : comment arrive-t-on à ce concept d'objectifs publics?

La doctrine latino-américaine spécialisée dans les services publics fait toujours référence aux principes du service public, il suffit de lire par exemple J. Araujo⁹. Ces principes sont constitués depuis la théorie des services publics en France, et comprennent initialement la continuité, l'égalité, la mutabilité et la gratuité¹⁰. Puis, de nouveaux principes ont été introduits à savoir, la gratuité, la qualité, l'efficacité et la neutralité¹¹.

⁹ J. Araujo – Juárez, *Manual de derecho de los servicios públicos*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2003, p. 137 - 138

¹⁰ L. Rolland, *Précis de droit administratif*, Paris, 1947

¹¹ J. Carbajo, *Droit des services publics*, Paris, Dalloz, 1997, et J. F. Lachaume, *Grands services publics*, Paris, Masson, 1989

Il est important de préciser que, alors que la doctrine latino-américaine fait référence aux principes, une certaine doctrine européenne parle d'objectifs publics¹². Mais, aux effets de ce travail d'investigation, reprenons cette notion car le concept d'objectif selon le dictionnaire de la langue espagnole est une fin, un but ou un objectif, et le mot public fait référence au peuple dans son ensemble, c'est-à-dire à toute la collectivité.

Dans cet ordre d'idées, comme il n'existe pas d'unité terminologique, nous adoptons dans le cadre de ce travail le concept d'objectifs publics. C'est ainsi que nous considérons comme concept d'objectifs publics les fins, buts, obligations et principes qui complètent les règles du marché que l'État est tenu de garantir et que les particuliers doivent appliquer.

3. Concurrence et/ou libre concurrence

Dans le cadre de ce travail de recherche, nous ferons la différence entre concurrence et libre concurrence, selon les lignes directrices de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle. Selon l'Arrêt C-616 de 2001¹³, le terme concurrence «est utilisé lorsqu'un ensemble de chefs d'entreprise (personnes physiques ou personnes morales), réunissent leurs efforts ou leurs ressources, dans un cadre normatif, de même conditions, à la conquête d'un marché déterminé de biens et de services». Libre concurrence « suppose l'absence d'obstacles entre une pluralité de chefs d'entreprise dans l'exercice d'une activité économique licite ».

Ainsi, lorsque nous ferons allusion au terme concurrence, nous signalerons une structure du marché et lorsque nous utiliserons l'expression de

¹² Il suffit de consulter le livre de Paul Nihoul, *op. cit.* p. 31, 286 et suivantes; et l'ouvrage intitulé "Remède politique qui peuvent favoriser la libre concurrence dans les services et stopper le dommage causé par les monopoles" Tribunal de Défense de la Concurrence, *op. cit.* p. 39 - 49.

¹³ Corte Constitutionnel, Arrêt 616 de 2001 du 23 juin 2001, dossier D-3279.

libre concurrence, nous parlerons d'un des aspects de la liberté économique¹⁴. En outre, en matière d'énergie électrique, ce ne sont pas des situations de fait mais des situations créées par le droit. Pour parvenir à la concurrence dans le marché de l'énergie électrique, l'État doit, en Amérique latine, faire des réformes telles que : privatisation, libéralisation et suppression des obstacles pour l'exercice de l'activité, à savoir, générer des conditions de libre concurrence.

Sur la base de ce qui vient d'être énoncé, pour identifier les modèles d'organisation du marché de l'énergie électrique, nous prendrons les concepts originaux de structures de marché: monopole et concurrence. Pour sa part, le concept de libre concurrence, en tant que liberté ou droit économique, sera conçu comme l'un des principes constitutionnels du système d'économie mixte. Concrètement, on utilisera le terme concurrence comme axe central qui accompagne l'intervention de l'État dans la structuration de notre proposition de convergence.

4. Intervention de l'État

L'intervention de l'État est également un principe constitutionnel dans le cadre d'un État de droit. Mais il convient de voir que derrière ce principe constitutionnel se trouve un concept plus large, l'État mixte : celui qui, dans la pratique, fonctionne en Amérique latine.

Le fait que l'État mixte existe dans cette région est parfaitement logique puisqu'on y accepte à la fois les principes de l'État libéral et ceux de l'État

¹⁴ Dans la doctrine colombienne, la liberté économique a un contenu double: la liberté d'entreprise et la concurrence. Voir C. Angarita Barón, "La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: una aproximación fugaz", *Constitución económica colombiana*, Bogotá, Editorial El Navegante, 1996. p. 165. Dans le droit belge, on parle de liberté d'industrie et de commerce, avec deux aspects: liberté d'entreprendre et concurrence. Cfr Ph. Quertainmont, *Droit administratif de l'économie*, Diegem, Kluwer Éditions Juridiques Belgique et E. Story-Scient à, 2000. Dans le droit espagnol, on parle de liberté d'entreprise, avec une double connotation: liberté de travail et concurrence. Cfr. J. Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

interventionniste¹⁵, dans tous les cas limités et encadrés dans le droit, ce qu'on appelle l'État de droit. Du premier (l'État libéral), les principes retenus dans la réalité sont l'autonomie privée, la liberté économique (pour les particuliers, est permis tout ce qui n'est pas expressément interdit), l'égalité, les droits de propriété, etc. Du second (l'État interventionniste) : la direction de l'économie prise en charge par l'État, l'intérêt général, la recherche du bien commun, la propriété privée dans sa fonction sociale et écologique.

Dans ce contexte, aujourd'hui le débat politique, économique et social ne porte plus sur la nécessité ou non de l'intervention de l'État¹⁶, mais sur les modalités, les acteurs, les raisons, les objectifs, les lieux, les moments et les limites de cette intervention. Actuellement, en Amérique latine, le marché coexiste avec l'État en vue d'atteindre le bien général. Comme l'histoire l'a démontré, le marché sans l'État est source d'insécurité juridique, et l'État sans le marché est l'inefficacité absolue. Concrètement, ce qui fait question, ce n'est plus l'intervention de l'État en soi, ce sont les instruments de cette intervention. Dans le passé, c'est-à-dire avant les années 1990, on recourait à des instruments tels que la planification, l'État entrepreneur, la défense de la concurrence. De nos jours, de nouveaux instruments d'intervention s'imposent : la régulation, le suivi et le contrôle du marché en vue d'atteindre les objectifs d'intérêt général.

Dans cet ordre d'idées et aux fins du présent travail, nous considérons comme intervention de l'État les différents instruments ou modalités d'intervention sur le marché : la planification, l'État entrepreneur, la régulation, le suivi et le contrôle, les aides de l'État. D'autre part, il est important de préciser que l'intervention de l'État ne constitue pas le seul moyen pour atteindre les objectifs publics: elle doit converger, avec d'autres principes constitutionnels comme la concurrence dans un État mixte.

¹⁵ A. Julio "Economía y ordenamiento constitucional", *Teoría jurídicas y económicas del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 171 - 198.

¹⁶ R. Rivero, *Introducción al Derecho Administrativo Económico*. Salamanca, Ratio Legis, 1999. p. 41 Comme le souligne cet auteur : "Aujourd'hui la grande différence entre économistes néolibéraux et partisans de l'interventionnisme ne concerne plus l'intervention elle-même, mais la manière dont elle se réalise et les limites qu'il peut être nécessaire de lui fixer" [notre traduction].

5. *Coexistence*

Coexistence, dans le cadre du travail de recherche, signifie que l'intervention de l'État et la concurrence existent simultanément, mais ne cherchent pas à atteindre un même but. Géométriquement, on pourrait représenter la coexistence sous la forme de deux objets existant de façon parallèle sans jamais converger. Dans la réalité, nous considérons que l'intervention de l'État et la concurrence sont deux principes qui coexistent dans nos ordres juridiques latino-américains.

6. *Tension*

Le terme *tension* désigne notamment une situation tendue pouvant dégénérer en conflit entre personnes, groupes, États, ou bien l'état de relations sur le point de se rompre. Dans le cadre de ce travail, c'est dans le sens d'une situation permanente d'opposition et hostilité entre l'intervention de l'État et la concurrence que nous recourons au terme *tension*, ou également entre l'intérêt général et l'intérêt particulier.

7. *Convergence*

La *convergence* est l'action ou l'effet de converger, et converger signifie aboutir au même point ou à la même fin. Géométriquement, on pourrait représenter la convergence par un triangle où les axes et les lignes concourent au même point. Dans cet ordre d'idées, la convergence, aux fins du présent travail, signifie que l'intervention de l'État et la concurrence sont deux lignes qui doivent concourir à une même fin, c'est-à-dire les objectifs d'intérêt général sur le marché de l'énergie électrique.

8. *Modulation*

Selon le Dictionnaire de la langue espagnole, la *modulation* est la modification de la fréquence ou de l'amplitude des ondes électriques pour la meilleure transmission des signaux [notre traduction]. Dans le cadre du présent travail, la modulation serait la modification de la fréquence entre l'intervention de l'État et la concurrence en vue d'une amélioration dans les objectifs publics et entre ceux-ci. Cette modulation est réalisée selon le principe de la proportionnalité de la part de la Cour Constitutionnelle Colombienne et de la part de C. Bernal, comme nous aurons l'occasion de le développer plus en avant.

B. Le Thème

Nous avons choisi le thème de l'intervention de l'État et de la concurrence sur le marché électrique pour plusieurs raisons.

1. En tant que bien destiné au service public, l'énergie électrique est celle qui intègre le plus la population au développement humain et économique en Amérique latine. Certes, les télécommunications partagent avec elle cette position privilégiée, mais dans nos pays en développement, les populations considèrent comme une priorité l'accès à l'électricité, avant les autres services. Par ailleurs, depuis l'arrivée de l'énergie électrique dans la région à la fin du XIXème siècle, dans chacun des pays, l'État s'est préoccupé d'étendre la couverture du service à toute la population, davantage encore que celle de l'eau potable, des égouts et des télécommunications. Ainsi peut-on dire que l'énergie électrique occupe un rang de premier plan dans la région et tout ce qui concerne le marché électrique suscite un vif intérêt public et académique.

2. Le marché de l'électricité est notre thème de recherche de prédilection depuis 1999 et notre intégration comme enseignant-chercheur à l'Université Externado de Colombia à Bogotá. Dans ce cadre, notre équipe a mené plusieurs études : sur le régime général des services publics (1999-2001)¹⁷, l'intervention de l'État dans les contrats d'énergie électrique (2000-2002)¹⁸, l'intégration énergétique en Amérique latine (2001)¹⁹ et le droit des usagers d'énergie électrique et de gaz (2002)²⁰. Outre cette activité universitaire, nous avons également une expérience professionnelle comme directeur de l'Association colombienne des agents de commercialisation d'énergie, et comme consultant auprès de l'entreprise de production d'électricité *Interconexión eléctrica S.A. (ISA)* et de diverses entreprises de commercialisation. Pour en revenir à notre activité universitaire, l'analyse porte sur le régime juridique du service public de l'électricité colombien à la lumière du droit comparé, ce qui nous a permis de dégager les problèmes juridiques récurrents tant en Colombie que dans les pays de la région. Une des conclusions est la suivante : une difficulté primordiale actuelle du marché électrique latino-américain sont les tensions qui se présentent entre l'intervention de l'État et la concurrence.
3. Lors de notre présentation devant le Comité d'encadrement en septembre 2003, nous avons donc procédé aux ajustements nécessaires, et le projet initial d'étudier en termes généraux l'organisation des services publics en Amérique latine est devenu une recherche sur le service public de l'électricité dans la région. Même ainsi, le thème était très vaste : nous avons donc décidé de focaliser notre recherche sur

¹⁷ L. F. Moreno, *Servicios públicos domiciliarios. Perspectiva del derecho económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

¹⁸ L. F. Moreno, "Intervención del Estado en los negocios jurídicos de energía eléctrica", *Regulación eléctrica. Estudio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

¹⁹ L. F. Moreno "¿Cómo aborda el derecho la integración energética?", *Reflexiones sobre la integración energética*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2006.

²⁰ L. F. Moreno, 'Extinción de obligaciones de dar o pagar sumas de dinero como un derecho de los usuarios en virtud de la ley o del contrato de servicios públicos', *Derechos de los usuarios del servicio público de energía eléctrica y gas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

l'intervention de l'État et la concurrence, car c'est un thème qui, à la fois, suscite un débat doctrinal intense et aborde une préoccupation sociale essentielle : est-ce l'intervention de l'État ou la concurrence qui contribue à améliorer les conditions de production, qualité, fourniture et tarifs de l'énergie électrique ?

4. Dans le champ des services publics, le marché de l'énergie électrique est une claire illustration des tensions entre intervention de l'État et concurrence, tensions qui vont constituer le centre de notre approche du problème dans ce travail.
5. Il est important de signaler que, bien que le thème soit intéressant, la bibliographie juridique reste fort limitée. Pour effectuer notre analyse, nous avons donc dû recourir à des documents de la doctrine économique. On peut aisément en conclure que la problématique de la coexistence de l'intervention de l'État et de la concurrence dans les services publics n'a guère été au cœur des préoccupations de la doctrine juridique.

C. Le Problème

Dans cette recherche, nous tenterons de faire un bilan des deux modèles d'organisation du marché de l'énergie électrique en vigueur depuis les années 90 en Amérique latine, qui règnent depuis plus d'une décennie. Les résultats de ce bilan donneront raison à la fois aux pays qui maintiennent le modèle de monopole public et à ceux qui ont choisi le modèle de concurrence. Ils nous indiqueront en particulier quels sont les problèmes actuels des deux modèles et quelles sont les possibles solutions du point de vue de la jurisprudence et de la doctrine.

Dans notre région, en effet, dans les années 90, après la proposition formulée par les organismes financiers internationaux (Banque mondiale, Fonds monétaire international, Banque interaméricaine de développement) de libéraliser et privatiser les marchés, se développe une discussion théorique pour déterminer si c'est par l'intervention de l'État ou par la concurrence qu'il convient de chercher à rencontrer les objectifs publics sur le marché de l'électricité. Chaque pays choisit sa voie : quelques-uns²¹ décident de maintenir l'option du monopole public, les autres²², les plus nombreux, préfèrent une coexistence de l'intervention étatique et de la concurrence, avec des nuances entre les uns et les autres.

Il est à souligner qu'aucun pays de la région n'a opté pour la concurrence pure et dure, proscrivant toute intervention publique sur le marché électrique.

Nombreux sont ceux qui estiment que la solution adoptée par la majorité des pays latino-américains est la meilleure option d'organisation du marché électrique. Nous ne partageons pas cette analyse et remettons en cause les modèles actuellement en vigueur, en particulier en raison des graves problèmes liés à la durabilité à long terme, comme nous le démontrerons le moment venu.

Cette remise en cause des modèles d'organisation du marché électrique actuellement en vigueur dans notre région signifie-t-elle qu'il faudrait adopter soit le modèle français, soit le modèle néolibéral comme le propose la doctrine économique? Nous ne le pensons pas. Certes, le modèle public français se montre plus efficient que le modèle privé régulé américain, comme le démontre J. Stiglitz²³, mais il est difficile, voire impossible, de transplanter la réussite de ce

²¹ Ce sont notamment le Mexique, Porto Rico, le Honduras, le Costa Rica, Cuba, l'Uruguay, le Paraguay et le Venezuela.

²² Ce sont, entre autres, la Colombie, le Pérou, l'Équateur, l'Argentine, le Chili, le Panama, le Guatemala, la Bolivie, le Brésil et le Salvador.

²³ J. Stiglitz, *Los felices 90*, España, Taurus, 2003

modèle dans notre contexte en raison des faiblesses institutionnelles (juridiques, politiques et du marché) qui affectent nos pays²⁴. D'autre part, les tensions se manifestant dans le modèle de concurrence ne peuvent se résoudre en 'copiant' l'un des deux modèles mentionnés²⁵ : ce dont l'Amérique latine, en particulier la Colombie a besoin, c'est d'un modèle propre, approprié à ses conditions de développement économique et tenant compte des conditions réelles du marché régional, où se présentent des situations de pauvreté chez plus de 50% de la population²⁶, un revenu *per capita* très bas, une dispersion géographique et à la fois une surpopulation, et où, surtout, existent des groupes d'intérêt économique très puissants (milieux d'affaires, syndicats) qui influent directement sur les décisions politiques en matière de services publics, alors que les usagers, surtout les petits, ne constituent pas des groupes de pression organisés.

Il faut encore mentionner un autre défi pour le marché énergétique latino-américain, en particulier celui de l'électricité : comment faire face aux changements idéologiques, aux virages – parfois brusques – à gauche ou à droite dans la direction de l'État ? Ces dernières années, plusieurs pays de la région ont élu une présidence et un gouvernement de gauche, et le mouvement semble faire tache d'huile. De ce type de gouvernements, on peut craindre une propension à réduire les bases de la concurrence économique (privatisations et libéralisation) et à annuler les avancées réalisées en la matière. À l'inverse, des gouvernements de droite on peut craindre qu'ils versent dans l'ultralibéralisme et tentent de restreindre à sa plus simple expression le rôle de l'État.

²⁴ Cfr G. Serrato Ángeles ¿La reforma eléctrica francesa es aplicable en México? <<http://www.depfe.unam.mx/p-cientifica/coloquiocerdal/17EGerardoserrato%20Lt.pdf#search=%22%C2%BFLa%20reforma%20el%C3%A9ctrica%20francesa%20es%20aplicable%20en%20M%C3%A9xico%3F%2C%20%22>>

²⁵ Les autorités vénézuéliennes tentent de résoudre les tensions existant sur le marché de l'électricité en s'inspirant du modèle français et mexicain, et les autorités argentines prennent la même voie.

²⁶ Chiffres récents de la CEPAL (Commission économique pour l'Amérique latine).

D. Hypothèse

Compte tenu des éléments d'analyse exposés ci-dessus, nous tenterons de démontrer que le régime de la convergence entre l'intervention de l'État et la concurrence pourrait résoudre le problème qui se présente en leur sein. Ce régime pourrait solutionner, d'une part, les problèmes découlant du monopole public, fondé sur l'idée que les objectifs publics doivent être recherchés par l'intervention de l'État, et, d'autre part, les problèmes de tensions du second modèle, fondé sur la thèse que ces mêmes objectifs ne peuvent être atteints qu'au travers d'une coexistence de l'intervention de l'État et de la concurrence.

Mais, le titre même de la recherche, *le marché de l'énergie électrique en Amérique latine* : La convergence entre concurrence et intervention étatique pour atteindre les objectifs publics dans le cas particulier de la Colombie, indique que nous analyserons les deux modèles d'organisation du marché de l'énergie électrique en vigueur en Amérique latine et la proposition du régime de la convergence comme solution est fondamentalement dirigée vers le cas particulier du modèle de la concurrence d'organisation du marché de l'énergie électrique de la Colombie.

Nous n'essayons pas de proposer un modèle pour la Colombie, nous cherchons simplement à ce que le modèle actuel passe de la coexistence à la convergence entre la concurrence et l'intervention de l'État

En effet, notre intention se concrétisera dans la définition du régime de la convergence applicable au cas particulier de la Colombie. Pour l'essentiel, celui-ci s'inspire d'une position éclectique face aux deux idéologies extrêmes d'organisation du marché de l'énergie électrique : l'interventionnisme et le néolibéralisme.

Le régime de la convergence proposé par la Colombie indique qu'on établit un compromis entre les deux facteurs, où interviennent, simultanément et avec la même finalité, deux principes constitutionnels en vue d'atteindre les objectifs d'intérêt public du marché. L'intervention de l'État ne peut être éliminée, ni même réduite : l'État a des obligations et des fonctions essentielles à remplir sur le marché énergétique, en vue d'améliorer les conditions de vie des populations. La concurrence, non plus, ne peut être restreinte ou annulée, elle a démontré être un mécanisme qui favorise la pluralité des entreprises, les droits des usagers et l'égalité compétitive. Étant donné que l'un et l'autre principes constitutionnels sont nécessaires et que leur simple coexistence n'est pas suffisante pour réaliser les objectifs publics, il s'avère indispensable de les faire converger : c'est ce que nous démontrerons.

Grâce à la convergence, on garantit la permanence des deux principes dans le temps et leur application simultanée en vue d'atteindre les fins et les objectifs fixés par chaque État. En outre, le régime de convergence peut s'accorder à toute forme de gouvernement, qu'il soit de gauche ou de droite. Dans ce cadre, les gouvernements de gauche, qui privilégient l'intervention de l'État, ne restreindront pas la concurrence dans la réalisation des objectifs publics, et ceux de droite, partisans du libre échange, ne réduiront pas l'intervention de l'État.

E. Structure de la Recherche

Notre intention dans ce travail est de présenter des arguments visant à démontrer les avantages de la convergence face aux désavantages des modèles en vigueur. Notre argumentation se divisera donc en trois parties.

La Première Partie décrira le modèle de monopole public d'organisation du marché électrique (le cas du Mexique). On étudiera d'abord les normes juridiques du secteur à différents moments de l'histoire, dans leur

contexte politique, social et économique. Puis, on analysera les principaux instruments des sources de droit en vigueur du monopole d'État. Enfin, on présentera une caractérisation du modèle de monopole public à la lumière des sources du droit actuelles, afin de préciser les modalités d'intervention de l'État et le degré de dérogation de la concurrence.

La Deuxième Partie décrira le modèle de concurrence (le cas de la Colombie) où coexistent l'intervention de l'État et la concurrence. On analysera d'abord, l'évolution des normes juridiques du secteur à différents moments historiques et dans leur environnement axiologique, social, économique et politique. Puis, on déterminera les principaux instruments de la source de droit en vigueur du modèle de concurrence. Enfin, on caractérisera le modèle de la concurrence à partir des sources du droit en vigueur, afin de préciser le degré d'établissement de la concurrence et les modalités d'intervention de l'État.

Nous proposons dans la Troisième Partie le régime de la convergence de la concurrence et de l'intervention de l'État en vue de réaliser les objectifs publics sur le marché de l'énergie électrique applicable au cas particulier de la Colombie. Pour cela, on fera d'abord une analyse des résultats des modèles en vigueur afin de mettre en évidence leurs problèmes et leurs inconvénients pour la Colombie. Puis, on définira la structure du régime de la convergente comme l'une des solutions possibles pour la Colombie issue de la jurisprudence et de la doctrine juridique.

Pour définir ce régime de la convergence, on exposera en premier lieu les sources du droit qui la fondent. Ensuite, on développera la contribution du modèle de convergence. Pour finir, on décrira sa structure proprement dite. A cet effet, on prendra comme pilier les objectifs d'intérêt public. L'intervention de l'État et la concurrence, principes constitutionnels, constitueront les axes concourant à la même fin, c'est-à-dire la réalisation des objectifs d'intérêt public.

PREMIÈRE PARTIE

MODÈLE DE MONOPOLE D'ÉTAT : LE CAS DU MEXIQUE

Pour organiser le marché de l'énergie électrique plusieurs pays mettent en œuvre le modèle de monopole public : le Mexique, Porto Rico, le Costa Rica, le Honduras, Cuba, le Paraguay, l'Uruguay et récemment le Venezuela. Deux caractéristiques de ce modèle sont la dérogation totale de la concurrence et l'intervention de l'État en lieu et place du marché. Après avoir été en application dans la plupart des pays de la région, ce modèle a été abandonné en raison de son inefficacité et des coûts extrêmement élevés qu'il entraîne pour l'État.

Il est important de préciser que le modèle de monopole d'État contient des sous-catégories. Ainsi, par exemple, certains pays ont un monopole d'État pur et d'autres ont un monopole d'État nuancé comme: permettre la participation privée dans des activités non cataloguées de services publics ou établir la figure de l'acheteur unique, où les entreprises publiques ayant des droits spéciaux et exclusifs achètent de l'énergie électrique à des tiers.

On part de la thèse que le monopole public permet, mieux que la concurrence, d'atteindre les objectifs publics. Et de fait, cette thèse se vérifie dans le cas du Mexique, qui a réussi à concrétiser plusieurs des objectifs en question. Mais ces avancées ont un coût social démesuré, et il n'est pas sûr qu'elles soient soutenables à long terme, pour les raisons que nous développerons plus loin.

Avant d'entreprendre l'analyse du modèle de monopole d'État au travers du cas mexicain, il convient de se demander pourquoi ce pays et d'autres restent attachés à ce modèle pour organiser le marché électrique alors

que, dans le reste de la région, la tendance dominante est celle de la concurrence.

La réponse n'est pas univoque. Diverses raisons sont en jeu, liées les unes à la souveraineté nationale, les autres à l'économie. Prenons le cas du Mexique : aux yeux de la population et des gouvernants de ce pays, la souveraineté constitue une valeur nationale fondamentale, qui entraîne des choix d'État primordiaux. A notre avis, cependant, dans la décision de maintenir le monopole public c'est un autre facteur, d'ordre économique, qui pèse le plus : le Mexique a d'énormes gisements de pétrole, il dispose ainsi des ressources nécessaires pour financer la prestation du service public de l'électricité dans le cadre du monopole public. En ce qui concerne Porto Rico, son statut d'État associé aux Etats-Unis lui assure d'importants transferts budgétaires qui lui permettent des décisions de ce type. Quant à Cuba, s'il conserve ce modèle, c'est parce qu'il s'agit d'un État socialiste pur et dur.

Nous allons donc prendre comme base de notre analyse les règles du droit mexicain. On analysera d'abord les normes juridiques du secteur électrique à différents moments historiques, ainsi que leur environnement politique, social et économique. On montrera que, dans leur évolution, il n'y a pas eu une convergence, mais bien une constante opposition entre intervention de l'État et concurrence. Ensuite, on caractérisera le modèle de monopole public à la lumière des sources du droit actuelles, afin de préciser le degré de dérogation de la concurrence et les modalités d'intervention de l'État prédominantes.

Ceci nous permettra de mettre en lumière les tensions au sein de la société produites par le maintien du modèle, la Réforme Constitutionnelle approuvée en 1992 et le projet de réforme Constitutionnelle en vue de libéraliser le marché électrique. Mais surtout, on cherchera à démontrer que le modèle de monopole public n'est pas viable à long terme en Amérique latine en

raison de l'insoutenabilité des objectifs publics et du développement d'une nouvelle réalité, l'intégration énergétique latino-américaine, qui va obliger à changer l'organisation interne du service public de l'énergie.

I. ÉVOLUTION DES SOURCES DU DROIT

L'étude de l'évolution des sources du droit mexicain montre une oscillation, un mouvement pendulaire entre libre entreprise d'un côté, intervention de l'État qui se substitue au marché de l'autre.

A. Des concessions aux particuliers au monopole public (1857-1960).

Dans un premier mouvement, le pendule se situe du côté de la libre entreprise, en accord avec la philosophie de l'État libéral qui imprègne la Constitution de 1857²⁷. En effet, à ses débuts, en 1887, le secteur de l'électricité mexicain se caractérise par une forte participation des entreprises privées nationales et étrangères, qui obtiennent des concessions du gouvernement conformément aux principes et règles constitutionnels²⁸. Le service est organisé par région²⁹. Dans chacune d'elles, les entreprises opèrent de façon intégrée verticalement. Dans un premier temps, c'est une série de petites centrales qui répondent à la demande, puis des entreprises de production et distribution se forment. Les premiers investisseurs ont été les investisseurs privés avec du capital national. Comme en témoignent les registres historiques³⁰, les investisseurs étrangers s'allient et se mettent d'accord sur des tarifs élevés afin d'accroître leurs bénéfices. Les investisseurs nationaux réussissent moins bien dans ce secteur et ne rentabilisent pas les capitaux investis. Au vu des

²⁷ M. de la Madrid, *Las reformas constitucionales de 1983 y preceptos de contenido economico*, <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/127/11.pdf>>

²⁸ A. Díaz-Bautista, *Experiencias internacionales en la desregulación eléctrica y el sector eléctrico en México*, México D.F, Plaza et Valdez Editores, 2005, p. 19

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Cfr. Commission régulatrice de l'énergie CRE, "Regulación eléctrica: avances y tendencias" *Boletín Transforma*, 2003, p. 5, <<http://www.cre.gob.mx/publica/transforma/2003/0603.pdf>>

déséquilibres qui se produisent, l'État mexicain, dont le rôle se limitait jusque là à octroyer des concessions, décide d'intervenir pour mettre fin aux pratiques de concentration d'entreprises. Le gouvernement cherche à promouvoir la concurrence en octroyant de plus grandes concessions à d'autres investisseurs et met en place une Commission nationale de l'énergie motrice³¹. Mais ces efforts pour organiser le marché échouent.

La nouvelle constitution politique mexicaine, approuvée en 1917, trouve son inspiration dans une économie mixte, en faisant coexister les secteurs public, social et privé³², qui, d'une certaine manière, va marquer pendant cette période le modèle de prestation du service de l'énergie électrique pour un certain temps, avant la réforme Constitutionnelle de 1960.

En 1926, est promulgué le Code national électrique (CNE), qui constitue en fait la première loi mexicaine en matière d'énergie électrique. L'impact de ce texte, qui établit pour la première fois le concept de service public de l'énergie, n'est pas grand au regard de la problématique existante et des nécessités du pays, et ce, même si la capacité de production d'électricité tend à s'accroître notablement. Ce code, comme l'affirme A. Diaz³³, a été une réglementation qui a permis au gouvernement fédéral de contrôler les concessions et d'établir les conditions techniques pour la gestion de l'énergie électrique.

Malgré la promulgation du CNE qui, on l'a dit, organise l'énergie électrique comme un service public, dans la pratique ce sont les investisseurs privés nationaux et étrangers qui continuent à fournir l'électricité aux populations. A ce moment, le pendule est du côté de la libre entreprise et de la concurrence. Mais celle-ci s'accompagne parfois de pratiques restrictives comme les accords de prix, qui expliquent les niveaux élevés des tarifs.

³¹ *Ibidem*.

³² Comisión de regulación de energía CRE, "Regulación eléctrica: avances y tendencias" *Boletín Transforma*, 2004, p. 216, <<http://www.cre.gob.mx/publica/transforma/2004/0704.pdf>>.

³³ A. Díaz-Bautista, *op. cit.* p. 25

En 1933, désireux de corriger ces abus, le gouvernement présente au Congrès de la Nation un projet de loi visant à créer la Commission fédérale de l'électricité (CFE). Celle-ci voit le jour en 1934 en tant qu'agence de régulation et de coordination entre les autorités et les entreprises privées³⁴, mais, en fin de compte, cette initiative aboutit à la mise en œuvre d'un modèle de prestation mixte du service.

La principale caractéristique de cette période est la prestation mixte du service public de l'électricité, à la fois par des entreprises privées nationales et de nombreuses entreprises étrangères et par la Commission fédérale de l'électricité (organisme public). Il se produit maintenant une coexistence entre concurrence, libre entreprise et intervention entrepreneuriale et régulatrice de l'État. En effet, à ce moment-là, le pays ne dispose pas encore d'un cadre normatif et institutionnel fixant les règles pour l'octroi des concessions du service public et la régulation des tarifs. Ce sera chose faite avec la Loi du service public de l'électricité (LSPE), promulguée en 1938. Un autre élément menant à la coexistence est la progression de la CFE en tant que grand fournisseur du service public de l'électricité. Cette situation décourage le secteur privé, dont les investissements augmentent de moins de 1 % entre 1937 et 1943³⁵.

Enfin, des entreprises monopolistiques régionales se consolident. Le pays ne dispose pas à l'époque d'un système électrique permettant à plusieurs entreprises d'opérer sur un même réseau de transport³⁶. Les investissements proviennent principalement du gouvernement fédéral puisque, comme on l'a dit, les investissements privés ont fortement décru³⁷.

³⁴ *Ibidem*, p. 5

³⁵ *Ibidem*, p. 6

³⁶ *Ibidem*, p. 26

³⁷ *Ibidem*, p. 23

Ceci a servi de base au gouvernement pour proposer la réforme Constitutionnelle de 1960 qui introduit le monopole public dans la prestation du service public de l'électricité.

B. Du monopole public à la timide ouverture au secteur privé (1960 à 1992)

Au vu de ce manque d'intérêt du secteur privé, l'État décide, en 1960, de nationaliser le service de l'électricité, ce qui, comme on le verra, en modifie totalement l'organisation³⁸. Pour mettre en œuvre sa décision, le gouvernement mexicain rachète les actions des entreprises privées et annule certaines concessions³⁹. Cette position est renforcée au travers de la Réforme Constitutionnelle (à la Constitution Politique de 1917) adoptée la même année : l'alinéa suivant est ajouté à l'article 27 de la Constitution : *“Il incombe exclusivement à la Nation de produire, transporter, transformer, distribuer et fournir l'énergie électrique ayant pour objet la prestation du service public. En cette matière aucune concession ne sera octroyée aux particuliers. La Nation utilisera les biens et ressources naturelles requis à cette fin”*.

Le pendule s'est à nouveau déplacé : cette fois vers l'intervention de l'État. Cette consolidation de l'État entrepreneur s'accompagne de la suppression du droit de la libre entreprise privée à prêter le service de l'énergie électrique et de l'élimination de toute situation de concurrence en ce domaine. Autrement dit, c'est la configuration du point de vue constitutionnel du monopole public du service de l'électricité.

La nationalisation de l'industrie de l'électricité mexicaine s'effectue essentiellement par la formation d'un marché intégré verticalement au niveau national. Le fondement juridique de l'opération est, on l'a vu, l'alinéa N° 6 ajouté à l'article 27 de la Constitution : au régime des concessions aux

³⁸ J. Witker, *Derecho económico*, México D. F., Harla, 1985, p. 93.

³⁹ A. Diaz-Bautista, *op. cit.*, p. 26

particuliers se substitue l'intervention exclusive de l'État dans le service de l'électricité.

Un régime tarifaire unique est instauré, accompagné d'un système de subsides, ce qui va permettre entre 1960 et 1973 de maintenir des tarifs constants. Ceux-ci sont loin de couvrir les coûts de l'entreprise d'État⁴⁰.

En 1975, en développement de la Réforme Constitutionnelle de 1960, le Congrès mexicain abroge la LSPE de 1938 et approuve une nouvelle Loi du service public de l'électricité actuellement en vigueur. Les aspects principaux de cette loi sont les suivants :

- la compétence de produire, transporter, transformer, distribuer et fournir l'énergie électrique est exclusivement de la Nation, conformément à l'article 27 de la Constitution ;
- la Nation ne peut octroyer de concession aux particuliers;
- le prestataire et responsable de toutes les activités du service public de l'électricité est la Nation à travers la Commission fédérale de l'électricité (CFE), organisme public décentralisé doté de personne juridique et d'un patrimoine propre.

En 1983, l'article 27 de la Constitution fait l'objet d'une nouvelle réforme. Il est important d'examiner avec attention cette modification, qui signifie une évolution du modèle de monopole public du service de l'énergie électrique mis en place par la Réforme Constitutionnelle de 1960 et réglementé par la LSPE de 1975. D'un côté, le nouveau texte souligne que l'électricité est un

⁴⁰Texte de la procédure de décret visant à amender les articles 27 et 28 de la Constitution mexicaine, Secrétariat des Affaires intérieures, Sous-secrétariat à la Coordination législative. *Document N° SEL/04/02*, <http://www.senado.gob.mx/content/sp/sp/content/gaceta/content/permanente/58/content/35/Sector_electrico_reforma_constitucional.html>

domaine stratégique de l'État mexicain (accentuation du modèle). De l'autre, bien que les articles 27 et 28 établissent clairement le monopole d'État, le nouveau texte laisse entendre qu'il n'y a pas de monopole en ouvrant la porte à l'autoproduction et à la cogénération d'électricité aux fins d'autoconsommation (modulation du modèle)⁴¹.

Sur la base de ces signes, a été promulgué en 1992 le Décret du 23 décembre 1992 qui permet l'ouverture au secteur privé de participer au développement de l'énergie électrique des activités non cataloguées comme des services publics telles que : autoapprovisionnement, cogénération, petite production, production indépendante pour la vente à la Commission Fédérale de l'Électricité, l'importation et l'exportation.

C. De la timide ouverture au secteur privé à la proposition de réforme Constitutionnelle (1992 à 2002)

Le fait juridique marquant de cette période est la réforme de la LSPE de 1975 par le biais du Décret officiel fédéral (DOF) du 23 décembre 1992. Dans la mesure où elles ne sont pas considérées comme service public, diverses activités du secteur électrique sont désormais autorisées : autoproduction, coproduction, petite production, production indépendante d'électricité pour la vente à la Commission fédérale d'électricité, coproduction pour l'exportation, importation aux fins exclusives d'autoconsommation. Ne concernant plus le domaine réservé de l'État, elles échappent au monopole public et à la taxation. De telles réformes sont possibles grâce à l'anticipation de mesures, issues de négociation du traité de libre-commerce nord-américain (NAFTA)⁴².

En vertu de cette réforme, pour la première fois depuis la nationalisation du secteur en 1960, les particuliers sont donc autorisés à

⁴¹ M. de la Madrid, *op. cit.* p. 232.

⁴² O. Ángeles, *Los efectos del TLCAN en los cambios de la organización de la industria eléctrica en México*, <<http://www.depfe.unam.mx/p-cientifica/coloquio-erdal/11DSarahiAngelesLtt.pdf>>.

participer à la production d'électricité (selon les modalités mentionnées ci-dessus). Il est important de préciser que cette habilitation reconnue aux particuliers ne remet pas en cause le modèle de monopole public en vigueur dans le service public. De cette période, on retiendra plusieurs faits importants :

En 1993, c'est la création, par décret, de la Commission de régulation de l'énergie (CRE). Dans un premier temps, elle est un simple organe consultatif en matière d'électricité. En 1995, une loi consacre l'autonomie technique et opérationnelle de la CRE vis-à-vis du Secrétariat à l'Énergie et lui assigne comme fonction de réguler les secteurs du gaz naturel et de l'électricité dans le pays. La CRE est ainsi habilitée à délivrer les permis, autoriser les tarifs, approuver les termes et conditions de la prestation du service, imposer des directives administratives, solliciter toute information requise et appliquer des sanctions⁴³.

En 1993 entre en vigueur la Loi fédérale de la concurrence économique. Comme son nom l'indique, le propos est d'appliquer les principes de la concurrence à toutes les activités économiques sans exception. Cette loi développe la norme organique de l'article 28 de la Constitution et abroge la Loi de 1934 en matière de monopoles (de toute façon, pendant toute sa validité, la loi en question n'a pas eu d'application dans le secteur électrique).

Au cours de la même année 1993, on réglemente la Loi du Service Public de l'Énergie Électrique⁴⁴ qui définit en particulier les activités non considérées comme des services publics déjà mentionnés ci-dessus.

En février 1994 est créé par décret un organisme public décentralisé appelé *Luz y Fuerza del Centro* (Électricité et énergie du Centre) (LFC), chargé de

⁴³ F. Hefye Etienne. "El papel de las agencias reguladoras y las instituciones de competencia". Conférences sur *Competition policy infrastructure services*, Washington, 23 et 24 avril 2001.

⁴⁴ V. Loi du 22 décembre 1975, Loi du service public de l'énergie électrique réformée par le D.O.F. du 31 mai 1993.

la prestation du service public de l'électricité (production, transport et distribution). Cette création réaffirme le monopole public où désormais deux organismes (CFE et LFC) assurent le service à environ 26 millions d'utilisateurs⁴⁵.

Vers 1994, l'approbation du Traité de *libre-échange nord-américain* (ALÉNA) a également une influence sur le marché de l'énergie électrique, *car il introduit l'esprit libéralisation du marché*.

De même que tous les changements constitutionnels et législatifs mentionnés jusqu'à présent dans cette description de l'évolution des sources du droit, les deux faits juridiques signalés ci-dessus (création de la CRE et adoption de la Loi fédérale de la concurrence économique) n'altèrent pas les éléments structurels du modèle d'organisation du service public de l'électricité en vigueur depuis 1960.

En 1999, le Président Zedillo a soumis à la considération du Parlement un projet de réforme des articles 27 et 28 de la Constitution Politique. Le texte de la réforme disait « le contrôle opératif du réseau national de transmission de l'électricité correspond exclusivement à la Nation et ne pourra pas être cédé à des particuliers ». On peut donc logiquement en déduire que les intentions du gouvernement Zedillo étaient de libéraliser les activités de génération, de distribution et de commercialiser de l'énergie électrique et de conserver la titularité publique de transmission. Cette initiative n'a pas eu de succès au Parlement car, selon Vargas⁴⁶, il y a eu un grand mouvement populaire contre ces initiatives soutenu par le syndicat mexicain des électriciens.

En 2002, le gouvernement du Président Fox soumet au Congrès de la République un projet de réforme Constitutionnelle visant à libéraliser le marché

⁴⁵<http://www.cre.gob.mx/publica/informe05/libro_cre.pdf>

⁴⁶ L. Vargas, *La privatización de la industria eléctrica y del patrimonio de la Nación mexicana*, p. 20, <<http://www.rebelion.org/economia/031120vargas.pdf>>

de l'énergie électrique⁴⁷. A ce jour, pour des motifs d'ordre politique, ce projet n'a pas encore été adopté. Le gouvernement propose de modifier les articles 27 et 28 afin d'autoriser la participation du secteur privé dans le service public de l'électricité et d'attirer les importants investissements qui seront indispensables dans les prochaines années. Comme conséquences de cette réforme Constitutionnelle, le gouvernement propose de réformer trois lois : celles du service public, de la Commission de régulation de l'énergie et de la Commission fédérale de l'électricité.

Les grandes lignes de cette réorganisation du secteur de l'électricité seraient les suivantes :

- le Centre national de contrôle de l'énergie, organisme public décentralisé, sera chargé d'opérer et contrôler le système électrique national;
- la planification de l'industrie de l'électricité sera assurée par le Secrétariat à l'Énergie;
- la Commission de régulation de l'énergie (CRE) aura comme fonction de réguler et contrôler le secteur afin d'en garantir le développement ordonné et transparent;
- le service public de l'électricité continuera à être approvisionné exclusivement par des entreprises publiques;
- en même temps, l'accroissement de la production privée sera encouragé ; à cette fin sera créé un Dispatching national de la

⁴⁷ Secrétariat des Affaires intérieures, Sous-secrétariat de la Coordination législative, Document N° SEL/041/02, *op. cit.*

production à travers lequel les producteurs privés offriront leur capacité excédentaire pour l'usage des autoconsommateurs;

- l'accès aux réseaux de transport et de distribution sera libre, sans aucune discrimination, pour tous les producteurs et usagers;
- le secteur sera ouvert à des négociants spécialisés qui coordonneront l'offre et la demande afin de rendre plus efficaces les échanges d'énergie électrique;
- les activités du secteur seront segmentées et délimitées : les unes, correspondant au service public, resteront à la charge de l'État ; les autres, non considérées comme service public, seront ouvertes au secteur privé : autoproduction, coproduction, production indépendante pour la vente à la CGE, import-export;
- les usagers atteignant un certain seuil de consommation auront le choix entre trois options : acheter l'énergie requise au Dispatching national de la production, l'acheter à des tiers selon des contrats à long terme, ou la produire eux-mêmes.

II. LES PRINCIPAUX INSTRUMENTS EN VIGUEUR

Voyons d'abord les principaux instruments figurant dans les dispositions nationales, puis les dispositions du traité de libre-échange nord-américain (ALÉNA).

A. Dispositions nationales

Les Articles 27 et 28 de la Constitution Politique, la Loi des services publics de 1975, le règlement de 1993 de la Loi des services publics de 1975 , la

loi de la Commission Régulatrice de l'Énergie et la Loi de l'administration publique fédérale et ensuite, le traité de libre-échange nord-américain (ALÉNA) de 1994. Ces sources de droit possèdent les instruments suivants: la titularité publique avec exclusivité de l'État, la titularité privée pour certaines activités non considérées comme des services publics, la planification et la régulation.

1. *Titularité publique*

Comme nous l'avons déjà indiqué, l'article 28 de la Constitution Politique établit que *la génération, la conduite, le transport, la distribution et l'approvisionnement de l'énergie électrique ayant pour objet la prestation du service public correspond exclusivement à la Nation* et signale qu'en cette matière aucune concession n'est délivrée aux particuliers, l'activité est réservée à l'État, ce qui pour Gaspar Ariño⁴⁸ préfigure la titularité publique. De même, en ne permettant même pas les concessions aux particuliers, il exclut toute possibilité aux particuliers d'exercer la libre entreprise.

Il est important de souligner que dans le cas du Mexique, cette titularité publique est écrite dans la Constitution, contrairement à la Colombie où la titularité publique existe selon une loi approuvée par le Parlement. Signalons que l'article 28 de la Constitution Politique dit que *les fonctions exclusives de l'État en électricité ne constituent pas un monopole* car il constitue un monopole public de la titularité publique avec exclusivité de l'État.

2. *Titularité privée pour des activités non considérées comme des services publics.*

⁴⁸ G. Ariño, *Principios de Derecho Público Económico*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 552.

La Loi du service public de l'énergie électrique (réformée par le D.O.F 23 de décembre 1992) ne considérant pas comme du service public les activités d'auto approvisionnement, de cogénération, de petite production, de production indépendante, d'importation et d'exportation, détermine en fait que ces activités sont de titularité privée, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas réservées à l'État et que quiconque peut exercer le droit de libre entreprise.

Bien qu'il faille solliciter une autorisation⁴⁹ au Secrétariat de l'Énergie pour exercer cette liberté, le concept de titularité privée n'est pas altéré. Cette libéralisation partielle est le complément des ressources publiques investies dans le secteur public de l'énergie électrique.

3. Planification

La planification est un autre instrument du modèle. La planification et la prospective du secteur sont réalisées par le Secrétariat à l'énergie⁵⁰. La planification du système électrique national est réalisée par la Commission Fédérale de l'Électricité étant donné que cette fonction fait partie de la prestation du service public⁵¹.

4. Régulation

Bien que le service public de l'énergie soit géré exclusivement par l'État lui-même, au niveau central ou national, la régulation est un instrument d'organisation du marché électrique mexicain dont le but est de sauvegarder la prestation des services publics, de protéger les intérêts des usagers, de fournir une couverture nationale adéquate et de donner confiabilité, stabilité et sécurité à la fourniture et à la prestation du service, ainsi que de promouvoir la

⁴⁹ V. Alinéa VII de l'article 33 de la Loi du 29 décembre 1976, Loi organique de l'administration publique fédérale modifiée par le D.O.F. du 2 février 2006

⁵⁰ Alinéa VI article 33 de la Loi du 29 décembre 1976, Loi organique de l'administration publique fédérale, modifiée par le D.O.F. du 2 février 2006

⁵¹ Article 4 de la Loi du 22 décembre 1975, Loi du service public de l'énergie électrique, réformée par le D.O.F. du 31 mai 1993

génération, l'exportation et l'importation d'énergie électrique, que réalisent les particuliers⁵²; Les questions qui sautent aux yeux sont : pourquoi la régulation existe-t-elle dans ce modèle? Et qu'est-ce qui est réglementé? En effet, pour Alexis Jacquemin⁵³, il existe différentes formes de contrôler les monopoles: régulation des prix et imposition des impôts, mais ces contrôles seraient-ils applicables aux monopoles publics? Nous pensons que si car, théoriquement, les monopoles, qu'ils soient publics ou privés, ont le même comportement. Ainsi, l'existence au moins de la régulation des prix est justifiée. En réalité, par exemple au Mexique, la Commission Régulatrice de l'énergie reçoit des attributions pour réglementer les prix⁵⁴.

Il est important de souligner que la régulation du service public de l'énergie électrique est principalement orientée aux entreprises publiques pour qu'elles remplissent les objectifs généraux établis à l'article 2 de la Loi de la Commission Régulatrice et également vers les particuliers qui développent des activités non cataloguées comme des services publics.

B. Le Traité de libre-échange nord-américain (ALÉNA) et ses effets dans l'ordre interne

⁵² Article 3 du Décret du lundi 4 octobre 1993 selon lequel est créée la commission régulatrice de l'énergie en tant qu'organe administratif déconnecté du secrétariat de l'énergie, des mines et de l'industrie para étatique et l'article 3 de la Loi du 31 octobre 1995 de la Commission Régulatrice de l'énergie.

⁵³ A. Jacquemin et H. Tulkens, *Fondements d'économie politique*, Bruxelles, Editions Universitaires De Boeck Université, 1989, p. 232

⁵⁴ Alinéas I, IV, V de l'article 3 de la Loi du 31 octobre 1995 de la Commission Régulatrice de l'énergie et l'alinéa XI du Décret du lundi 4 octobre 1993 selon lequel est créée la commission régulatrice de l'énergie en tant qu'organe administratif déconnecté du Secrétariat de l'Énergie, des Mines et de l'Industrie para-étatique.

Le Mexique a des interconnexions d'électricité, au nord avec le voisin américain dans les États de Californie, Texas et Arizona, au sud avec le Belize et le Guatemala.

L'interconnexion internationale fait l'objet d'un ensemble de règles du droit, normes internes ou accords bilatéraux et continentaux.

1. Normes internes

Les normes internes sur l'interconnexion internationale et l'import-export d'électricité consistent essentiellement en trois textes : la Loi du service public de l'électricité (LSPE), le Règlement de la LSPE, et la Loi de la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE). Cette législation prévoit la possibilité d'importation et exportation d'énergie par la CFE et LFC. Elle accorde aux coproducteurs, producteurs indépendants et petits producteurs la possibilité d'exporter de l'électricité, et d'en importer à des fins d'autoconsommation exclusivement.

Pour toute opération d'import-export un permis est exigé ; il est délivré par la CRE après examen du dossier. Lors des demandes d'exportation, la CRE doit vérifier qu'il s'agit bien de projets de coproduction, production indépendante ou petite production. Pour celles d'importation, elle étudie les contrats passés entre le fournisseur étranger et l'utilisateur mexicain (autoconsommation).

2. Traités internationaux de libre-échange

En matière d'électricité, le Mexique a signé deux accords internationaux : l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) et le Plan Puebla-Panama.

L'ALÉNA, entre le Mexique, les Etats-Unis et le Canada, a été signé en 1993 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Si on analyse le commerce de l'électricité, on observe qu'il existe en fait deux modèles bilatéraux : Canada-EUA et EUA-Mexique. Le commerce entre le Canada et le Mexique est très réduit en raison des obstacles physiques à une mobilité efficiente de l'énergie entre les deux pays⁵⁵. Le Chapitre VI et l'Annexe III de cet accord fixent plusieurs règles concernant le service public de l'électricité. Dans le Chapitre VI sont établies certaines réserves et dispositions spéciales en matière d'énergie : en particulier, l'État mexicain se réserve l'investissement et la prestation du service public de l'électricité, à tous les stades : production, transport, transformation, vente ; toutefois, ce texte prévoit la possibilité de réaliser des investissements au Mexique dans l'autoapprovisionnement, la coproduction et la production indépendante d'électricité⁵⁶. L'Annexe III détaille les activités réservées à l'État mexicain, parmi lesquelles l'électricité ; il établit également les paramètres de la dérégulation des activités réservées à l'État, notamment dans le cas de la participation des investisseurs privés au Mexique.

Le Plan Puebla-Panama, visant à créer un marché régional de l'électricité (Mexique et Amérique centrale) a été proposé par le Président Fox en décembre 2002, mais ce n'est qu'en mars 2004 qu'il a été adopté lors du Sommet des chefs d'État de la région.

Le Sommet des chefs d'État de la région réuni en mars 2004 a approuvé diverses initiatives. La plus ambitieuse est l'interconnexion énergétique régionale, autour de trois projets : l'interconnexion Mexique - Guatemala : il s'agit de construire une ligne de 400 kW sur 100 km entre les sous-stations de

⁵⁵ O. Ángeles, *op. cit.*

⁵⁶ *Ibidem.*

Tapachula (Mexique) et Los Brillantes (Guatemala). Le projet envisage non seulement la partie physique, mais aussi la commercialisation bilatérale de l'électricité ; le Système d'interconnexion électrique des pays d'Amérique centrale (SIEPAC) : ce projet concerne le Guatemala, le Salvador, le Honduras, le Costa Rica et le Panama. Ici aussi deux fronts sont prévus : la création du Marché électrique régional (MER), avec des règles communes pour la région, un organe de régulation et un opérateur régionaux, et la construction de la ligne SIEPAC, soit 1 830 km de lignes de 230 kW et les connexions aux sous-stations de transformation dans chacun des pays; le projet d'interconnexion entre le Guatemala et le Belize : il s'agit d'intégrer le Belize au MER par la construction d'une ligne de 230 kW sur 195 km, entre les sous-stations de Santa Elena del Petén (Guatemala) et Belice City. Cette interconnexion internationale implique la construction préalable d'une ligne nationale pour mener l'électricité à la région du Petén.

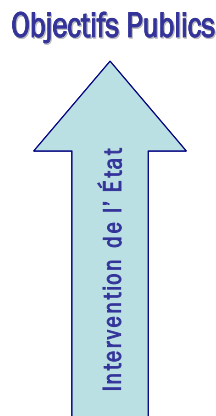
Une autre initiative est la promotion des énergies renouvelables et biocarburants afin d'encourager l'exploitation rationnelle et durable des ressources naturelles et de modifier le schéma énergétique régional. Dans cet esprit, les pays participants mettront en œuvre le projet régional de promotion de l'énergie géothermique.

Dans le cadre du Plan Puebla - Panama, le Mexique et le Guatemala ont signé un accord spécifique visant à renforcer l'interconnexion entre les deux pays. S'ils arrivent à s'interconnecter de façon efficace, le Mexique aurait la possibilité de se connecter au SIEPAC.

III. CARACTERISTIQUES DU MODÈLE

Comme on l'a vu, ce modèle d'organisation du service public est en vigueur depuis 1960, sans altérations, et ses principales caractéristiques sont la dérogation de la concurrence pour la prestation du service public de l'énergie électrique, la participation privée pour les activités non considérées comme un service public et l'intervention de l'État qui se substitue au marché. La Figure 1 : représente le monopole public.

Figure 1: Monopole Public



Comme on peut l'observer, on compte seulement sur l'intervention de l'État pour atteindre les objectifs publics.

A. La concurrence comme dérogation

Le droit positif mexicain, qui régule le marché de l'électricité, ne consacre pas le libre choix du prestataire par les usagers et n'autorise pas l'existence d'une pluralité de prestataires du service public de l'électricité. En outre, il n'y a ni libre entrée ni séparation des activités, et dans l'organisation actuelle, il n'y a pas de concurrence tant sur le marché de gros que sur celui au détail. Dans ces conditions, il s'agit bien d'une dérogation de la concurrence sur ce marché⁵⁷.

⁵⁷ D'autres États présentent un modèle similaire: en Amérique latine, Cuba et Porto Rico, et en Europe, la France notamment.

Le cas mexicain n'offre en effet aucun des éléments d'un marché électrique concurrentiel⁵⁸. Le cadre normatif annule ou ne consacre pas les éléments suivants : la libre entrée au marché, la séparation horizontale et verticale des activités, la concurrence sur le marché de gros, la concurrence sur le marché au détail, planification du transport dans des conditions de concurrence, gestion économique et technique séparée des agents du marché, commercialisation séparée de la distribution, concurrence dans l'activité de production et la commercialisation, égalité concurrentielle, pluralité des entreprises, liberté des usagers dans le choix du fournisseur. Une seule exception : la séparation du régulateur et des régulés, l'État mexicain a en effet opéré des changements institutionnels en ce sens.

De toute évidence on est face à un marché électrique monopolistique, mais de caractère étatique, où deux entreprises publiques (CFE et LFC) ont des droits exclusifs et spéciaux pour assurer le service public correspondant. Les droits exclusifs et spéciaux en faveur de l'État consacrés dans la Constitution mexicaine ne permettent pas de concevoir et mettre en place un marché concurrentiel.

Tout cela pourrait paraître incompréhensible ou contradictoire puisque, formellement, la Constitution mexicaine, à l'article 28, interdit les monopoles et les pratiques monopolistiques sans distinction, qu'ils soient publics ou privés. Mais, afin de justifier le monopole d'État existant dans le service public de l'électricité, la Constitution établit une exception à cette règle générale en excluant de la notion de monopole les fonctions que l'État exerce de manière exclusive dans les secteurs stratégiques, notamment celui de l'énergie électrique. Cette situation, qui traduit une intention de l'État de maintenir à tout prix le modèle en vigueur, a suscité un profond malaise au sein de la société mexicaine et divisé les partis politiques. Le traditionnel Parti Révolutionnaire Institutionnel (PRI) défend le statu quo, tandis que les nouveaux partis comme

⁵⁸ Idem dans les autres États latino-américains appliquant ce modèle.

le Parti d'action nationale (PAN), actuellement au gouvernement, prônent le changement.

Malgré la dérogation de la concurrence, il faut reconnaître que le marché électrique mexicain est un marché attractif : nombreux sont ceux qui souhaitent y accéder, mais les conditions juridiques actuelles ne le permettent pas.

Pourquoi l'État mexicain maintient-il depuis 1960 un modèle de ce type, alors qu'en Amérique latine, la tendance dominante est à la mise en œuvre, au moins partielle, de la concurrence ? Les éléments d'analyse que nous avons exposés mènent à répondre que ce choix obéit à une position idéologique, confortée par l'abondance des ressources pétrolières du pays, qui permettent à l'État de disposer des finances publiques requises pour fournir, par le biais de deux entreprises publiques, le service à 26 millions d'utilisateurs, tous subventionnés sans aucune discrimination.

La dérogation de la concurrence implique une intervention totale de l'État dans le service public de l'électricité : régulation, contrôle, financement et gestion exclusive. Autrement dit, l'État impose les conditions du marché sans tenir compte des effets négatifs tant pour les entreprises publiques que pour les utilisateurs, c'est-à-dire les prix élevés de l'énergie, en dépit de l'octroi de subsides. On reviendra plus loin sur ce point. La dérogation de la concurrence se définit par les éléments suivants: acheteur unique, intégration verticale et horizontale et absence de règles de promotion de la concurrence, malgré l'existence de règles sur le contrôle et la défense de la concurrence.

1. *Acheteur unique*

Selon José Rojas⁵⁹, on appelle acheteur unique une seule compagnie achetant à de multiples compagnies qui sont en concurrence dans la phase de génération; il a le monopole de la transmission et peut vendre à un ou plusieurs distributeurs, ou directement au consommateur final. On dit que le Mexique a un modèle d'acheteur unique⁶⁰ et qu'il a substitué le modèle de monopole intégré public⁶¹. Nous pensons que le monopole public existe et que le phénomène de l'acheteur unique se présente au sein de celui-ci lorsque l'on achète de l'énergie générée par de multiples entreprises. Le cas particulier du Mexique, cette multiplicité de générateurs (producteurs indépendants) différents à CFE se présente, comme cela a été réitéré, grâce à la réforme de la Loi du service public de l'énergie électrique de 1975 (réformée par le D. O.F du 23 décembre 1992). Le simple fait d'admettre l'idée de l'acheteur unique ne permet pas d'en conclure que le monopole de structure verticalement intégré a été substitué, car le monopole dans la génération de l'électricité en tant que service public se poursuit et les particuliers qui se consacrent à la production indépendante peuvent vendre de l'énergie électrique produite uniquement à l'entreprise publique monopolistique, c'est-à-dire à l'entreprise CFE⁶².

2. *Intégration verticale et horizontale*

Conformément à la Loi du service public de l'électricité (1975, modifiée en 1992), la prestation de ce service comprend la production, le transport, la distribution et la vente de l'énergie aux usagers. Ces activités sont totalement intégrées en une même unité juridique, soit à la *Commission fédérale de l'énergie* (CFE), soit à *Luz y Fuerza del Centro* (LFC).

⁵⁹J. Rojas, *Cuatro modelos de industria eléctrica*, 1999
<<http://www.jornada.unam.mx/1999/08/22/nieto.html>>

⁶⁰O. Ángeles, *op. cit.*

⁶¹J. Rojas et O. Ángeles Cornejo pensent tous les deux que l'on est passé d'un modèle de monopole à un modèle d'acheteur unique.

⁶²J. Rojas, *op. cit.*, La CFE génère de l'électricité mais achète à des producteurs indépendants, bien qu'à la date d'aujourd'hui l'achat ait été réalisé par l'intermédiaire des concours pour la construction d'unités issues d'une planification centrale, et garanti par des contrats de fourniture à long terme.

Production. Cette première activité est définie ainsi dans le Règlement de la Loi : c'est la production d'électricité à partir de sources primaires d'énergie, en utilisant les systèmes et équipements correspondants.

En 2001, le secteur public (production publique), à travers la CFE et la LFC et les producteurs indépendants engagés dans les programmes de la CFE, représentait 90,8% de la capacité installée totale (42 410 MW). Le secteur privé, composé des autoproducteurs, coproducteurs et petits producteurs, représentait 9,2%.

Les hydrocarbures fournissaient 62% de la capacité totale du Système électrique national, les sources d'énergie renouvelables (hydraulique, géothermique, éolienne) apportaient 32%; le nucléaire et le charbon 6%. On soulignera la part croissante des énergies renouvelables, en particulier géothermique et éolienne.

Transport. Selon le même Règlement, cette activité est le transport de l'énergie électrique depuis les centrales de production jusqu'aux points de livraison en vue de la distribution.

En 2002, le transport se fait sur 689 928 km de lignes de tension de 2,4 à 400 kW, dont 96% appartiennent à la CFE et 4% à LFC⁶³.

Distribution. Le même texte définit cette activité comme le transport de l'électricité depuis les stations de livraison jusqu'aux points de fourniture aux usagers. La distribution est effectuée par la CFE ou LFC selon les régions.

Comme on l'a vu, le service aux usagers est réalisé par deux organismes publics intégrés, chacun étant responsable d'une zone

⁶³ A. Jiménez San Vicente y otros. *Proyección del sector eléctrico 2002-2011*, Mexique, Secrétariat de l'Énergie, 2002, p. <http://www.energia.gob.mx/work/apps/site/publicaciones/PROS_ELECT1.pdf>.

géographique (la zone centrale pour LFC, le reste du pays pour la CFE). Les relations juridiques entre les organismes publics et les usagers relèvent du droit public.

En 2003, selon les sources officielles, 26 953 614 usagers (résidentiels, industriels, commerciaux) bénéficiaient du service.

Pour José Alberro⁶⁴, on pourrait réaliser, dans le cadre institutionnel actuel du Mexique, la désintégration verticale des activités du secteur électrique, comme un schéma semblable à celui utilisé pour restructurer le secteur des hydrocarbures par la création de sociétés subsidiaires de la société PEMEX. Mais nous pensons que cette étape serait inoffensive dans la mesure où la concurrence sur le marché serait encouragée.

3. *Absence de règles visant à promouvoir la concurrence, malgré l'existence de règles sur le contrôle et la défense de la concurrence.*

Comme on l'a signalé dans un chapitre précédent, l'État mexicain n'a pas introduit la concurrence sur le marché de l'électricité ni cherché à la promouvoir. De fait, le seul élément de promotion qu'on relève est la libéralisation partielle de l'activité de production : on autorise une production privée qui, au fond, ne rivalise pas (du moins jusqu'à présent) avec la production publique, amplement majoritaire.

Et pourtant, depuis 1993 il existe dans le cadre normatif mexicain une Loi de la concurrence économique, en développement de l'article 28 de la Constitution. Elle a pour objet la défense de la concurrence, ou plutôt le contrôle des conduites et pratiques susceptibles d'affecter le fonctionnement normal du marché. Cette loi, comme on l'a signalé, est applicable à tous les agents

⁶⁴ J. Alberro, *Apertura, competencia y competitividad del sector energético: electricidad y gas natural*, <http://www.cfc.gob.mx/images/stories/comunicacion/Publicaciones/competencia_economica_en_Mexico/Capitulo%20V%20-Alberro.pdf>

économiques et à toutes les activités économiques réalisées dans le pays⁶⁵. Le marché de l'énergie électrique est donc concerné également.

Selon Jorge Witker⁶⁶, d'un côté, cette loi classifie les conduites ou les pratiques restrictives dans:

- le monopole: on considère le monopole comme des conduites pouvant fixer unilatéralement le prix, la suppression de la liberté de choix des consommateurs et l'adoption d'une politique de ventes indépendamment des conditions du marché;
- parmi les pratiques monopolistiques, on trouve: pratiques monopolistiques *absolues* (correspondant dans la classification colombienne aux accords contraires à la concurrence), pratiques monopolistiques *relatives* (l'abus de position dominante en Colombie);
- concentrations d'entreprises (fusions ou acquisitions dans le but de réduire ou entraver la concurrence);
- Obstacles au commerce entre États.

Par ailleurs, l'auteur⁶⁷ affirme qu'il existe d'autres conduites, mais de régulation spéciale telles que: les alliances stratégiques, les appels d'offres lorsque la procédure d'appels d'offres n'est pas transparente, l'assignation directe de quotes-parts.

L'organe chargé de défendre la concurrence est la Commission Fédérale de la Concurrence (CFC). Tous les cas dont la CFC a été saisie jusqu'à

⁶⁵ J. Witker et A. Varela, *Derecho de la competencia económica en Mexico*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 8

⁶⁶ *Ibidem*, p. 113-168.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 152- 160

présent concernant des processus de concentration entre entreprises faisant partie de la production privée d'électricité.

En effet, compte tenu de la structure du marché du service public de l'énergie électrique, la loi de concurrence économique n'a été appliquée dans aucun cas; en revanche, comme nous allons le voir ci-dessous, cette loi a bien été appliquée dans les activités de l'électricité non cataloguées de service public pour contrôler les opérations de concentration entre entreprises bénéficiaires d'une autorisation.

B. La concurrence dans les activités non considérées comme service public.

Comme nous l'avons déjà indiqué ci-dessus, en 1992⁶⁸ les activités de génération sont libérées dans la génération d'énergie électrique: autoapprovisionnement, cogénération, production indépendante, importation et exportation d'énergie, permettant aux particuliers de développer ces activités non considérées comme des services publics⁶⁹.

La concurrence est développée dans les convocations pour les achats réalisées par CFE et les particuliers peuvent participer dans les modalités de petite production, et de production indépendante, y compris dans la cogénération ou l'autoapprovisionnement dans ses excédents d'électricité⁷⁰.

Étant donné que les particuliers développent ces modalités dans les appels d'offres réalisés par CFE, cette situation sert de fondement pour sauver la concurrence de la part de la Commission Fédérale de la Concurrence (CFC), d'où l'existence de différents dossiers soumis à l'étude de ce tribunal de la

⁶⁸ Par le D.O.F du 23 décembre 1992, qui réforme la Loi du service public de l'énergie électrique

⁶⁹ Article 3 de la Loi du 22 décembre 1975, Loi du service public de l'énergie électrique réformée par le D.O.F. du 31 mai 1993

⁷⁰ Articles 126 et 135, règlement du 10 novembre 1998 de la Loi du service public de l'énergie électrique en matière d'apports

concurrence pour contrôler les opérations de concentration et d'alliances stratégiques, et de pouvoir de marché.

La Commission Fédérale de la Concurrence a émis une opinion sur les opérations de concentration et d'alliances stratégiques qui sont conformées pour les appels d'offres publics pour l'acquisition d'énergie. Dans certaines d'entre elles, elle a émis un avis favorable. Nous pouvons par exemple mentionner entre autres: le consortium entre Iberdrola Mexico et Mitsubishi Corporation et Electric Power Company pour un appel d'offre de la CFE, le pouvoir de marché d'Iberdrola Mexico dans un appel d'offre d'énergie convoqué par la CFC, le consortium entre Tractebel S.A, TEMBV, TEM, Enron Capital; elle également connu les transactions d'acquisition entre entreprises comme dans le cas de Tractebel qui a acquis des titres représentatifs de capital social d'EEMH (dont le propriétaire est Enron Capital).

Parmi toutes ces décisions de la CFC, il est important de souligner d'autres événements juridiques comme le Décret Public controversé le 24 mai 2001 réformant le règlement de la Loi du service public de l'électricité, qui a voulu établir, selon Cossio et Cortés⁷¹, que les particuliers producteurs d'énergie électrique pour un usage personnel deviendraient des vendeurs permanents de la CFE, tel que l'affirment les auteurs cités:

Effectivement, le pourcentage d'excédents d'énergie établi par le Règlement, et susceptibles d'être vendus à la CFE, réfute la nature même du concept d'excédent, puisque ces hypothèses violent le principe de priorité de la Loi; ceci car, selon les paramètres signalés par le règlement, il pourrait se présenter des scénarios dans lesquels, en s'appuyant sur le cas de figure des "excédents" à effets pratiques, les particuliers génèrent de

⁷¹ J. Cossio et J. Cortés, *La inconstitucionalidad del reglamento de energía eléctrica y las inconsistencias de la sentencia que la declara*, <<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/05-21-foro-iiinconstitucionalidad.htm>>

l'électricité non pas à usage personnel mais pour la vendre directement à la CFE.

La controverse se produit au niveau judiciaire devant la Cour Suprême de Justice de la Nation (SCJN), seconde section⁷², qui a déclaré anticonstitutionnels⁷³ certains alinéas et paragraphes des articles 126 et 135 du Règlement de la Loi de service public de l'énergie électrique, qui ont été modifiés par le Décret publié le 24 mai 2001, considérant que ces articles violaient l'article 27 de la Constitution car il existait la possibilité de générer d'importantes quantités d'énergie selon les modalités de l'autoapprovisionnement et de la cogénération, et de manière permanente, pour le service public, alors que ces cas de figure ont été autorisés pour la consommation personnelle et seulement pour la vente en petites quantités à la CFE, une fois satisfaite cette consommation personnelle.

Selon la Cour Suprême, cette violation des dispositions de l'article 27 de la Constitution impliquait en plus de concéder aux particuliers la qualité de concessionnaires permanents du service public. Mais Cossio et Cortés ont raison de poser la question, car alors la Loi de service public d'électricité et son règlement permettraient aux producteurs indépendants de vendre de l'électricité destinée au service public, quand la Constitution Politique ne l'admet pas puisque le service public de l'électricité est du domaine exclusif de l'État. La question a donc toutes les raisons d'être posée car la Cour Suprême admet l'exception pour certains cas mais pas pour d'autres.

En aucun cas, la réforme de 1992 à la Loi du service public de l'électricité pour préserver le modèle de monopole public au sein du service public de l'énergie électrique a fait la différence entre des activités cataloguées

⁷² La Cour de Cassation est l'organe qui se prononce sur les controverses Constitutionnelles. Il n'existe pas au Mexique d'organe spécialisé de contrôle constitutionnel.

⁷³ SCJN, controverse Constitutionnelle 22/2001 du 3 juin 2002, Congrès de l'Union contre le Président Constitutionnel des États-Unis du Mexique, du Secrétariat de la Commission régulatrice de l'énergie et du Secrétariat de Préfecture.

de services publics et des activités non considérées comme des services publics. Mais, en permettant aux producteurs indépendants de vendre en permanence de l'énergie à CFE, aux petits producteurs de vendre leurs excédents à CFE et aux autoapprovisionneurs et aux cogénérateurs de vendre leurs excédents au service public, en surplus de leur consommation personnelle, elle entraîne non seulement des différences mais aussi une confusion entre ce qui est et ce qui n'est pas du service public.

En dehors de la controverse Constitutionnelle évoquée ci-dessus, le doctrinaire Luis Vargas⁷⁴ fait une critique des différentes modalités de participation des particuliers dans le développement des activités cataloguées comme n'étant pas des services publics car selon lui, toutes ces modalités ont servi à prêter de manière frauduleuse le service public de l'électricité exclusif de l'État (service public parallèle) et à favoriser l'investissement étranger.

Ainsi par exemple, l'*auto approvisionnement*⁷⁵, qui est l'utilisation de l'énergie électrique à des fins de consommation personnelle à condition que cette énergie provienne d'usines destinées à satisfaire les besoins de l'ensemble des copropriétaires ou des associés, est devenue, selon Vargas⁷⁶, un business car les entreprises produisent de grande quantités d'électricité pour que d'autres la consomment, c'est-à-dire vendre de l'énergie électrique aux associés, aux communes, aux entreprises du service de l'eau courante, des égouts de la ville et à d'autres entreprises d'auto approvisionnement, ce qui se traduit par un manquement à sa finalité d'autoconsommation.

Quant à la *cogénération*⁷⁷, qui est la production d'électricité tirant profit du cycle de production d'une entreprise, il existe, selon Vargas⁷⁸, un commerce

⁷⁴ L. Vargas, *op. cit.*, p. 8

⁷⁵ Alinéa I de l'article 36 de la Loi de décembre 1975, Loi du service public de l'énergie électrique réformée par le D.O.F. du 31 mai 1993 et article 101 du règlement du 10 novembre 1998 de la Loi du service public de l'énergie électrique, en matière d'apports

⁷⁶ L. Vargas, *op. cit.*, p.7

⁷⁷ Alinéa II de l'article 36 de la Loi du 22 décembre 1975, Loi du service public de l'énergie électrique réformée par le D.O.F. du 31 mai 1993 et article 103 du règlement du 10 novembre 1998 de la Loi du service public de l'énergie électrique, en matière d'apports.

illégal d'électricité par le biais des établissements associés à la cogénération qui opèrent ainsi : le titulaire de l'autorisation de cogénération n'est pas l'opérateur du processus de cogénération, c'est un investisseur qui développe le projet, il possède l'usine et vend l'électricité à ceux qui font partie des établissements associés à la cogénération. Dans la réalité, on compte parmi ces établissements les communes, les opérateurs du service de distribution de l'eau potable, le transport, l'industrie, les hôtels, les usines de sous-traitance, etc. Ces autorisations de cogénération ont perdu leur essence suite aux connotations évoquées ci-dessus.

La *production indépendante*⁷⁹, qui est la génération d'énergie électrique à partir d'une usine ayant une capacité supérieure à 30 MW, destinée exclusivement à être vendue à la Commission ou à l'exportation, est développée par des entreprises étrangères et représente plus de la moitié de la capacité installée dans ce pays de 63,214 MW.

La *petite production*⁸⁰, qui est la vente à la Commission de toute l'électricité générée, cas dans lequel la capacité des projets ne pourra pas dépasser les 30 MW sur une aire déterminée par le Secrétariat, a également une grande importance dans la capacité installée d'électricité.

C. L'intervention de l'État en lieu et place du marché

La typologie de l'intervention de l'État mexicain sur le marché électrique s'inscrit dans le cadre d'un État mixte, mais l'orientation idéologique

⁷⁸ L. Vargas, *op. cit.*, p. 9

⁷⁹ Alinéa III de l'article 36 de la Loi du 22 décembre 1975, Loi du service public de l'énergie électrique réformée par le D.O.F. du 31 mai 1993 et article 108 du règlement du 10 novembre 1998 de la Loi du service public de l'énergie électrique en matière d'apports.

⁸⁰ Alinéa IV de l'article 36 de la Loi du 22 décembre 1975, Loi du service public de l'énergie électrique réformée par le D.O.F. du 31 mai 1993 et article 111 du règlement du 10 novembre 1998 de la Loi du service public de l'énergie électrique, en matière d'apports.

et les priorités de ce pays en matière d'énergie électrique depuis 1960 ont été nuancées par des principes interventionnistes. Il existe plusieurs types d'intervention publique. Cette intervention se place dans un contexte où il existe un monopole public dans la prestation du service de l'énergie électrique et où les particuliers participent à des activités non cataloguées comme services publics.

Le Mexique a mis au point un type d'intervention de l'État dans lequel les entreprises publiques monopolistiques sont soumises à la planification générale du secteur, à la régulation et au contrôle de l'État. En d'autres termes, ces entreprises publiques n'ont pas tous les pouvoirs pour déterminer le développement du secteur et les tarifs de l'énergie électrique.

Voyons maintenant les différents types d'intervention de l'État mexicain:

1. Régulation par l'État

S'il est vrai qu'il existe un monopole public dans la prestation du service public de l'énergie électrique, ce n'est pas une raison pour ne pas avoir une autorité de réglementation spécialisée et indépendante qui réglemente les entreprises publiques nationalisées. En effet, ce pays a créé en 1993 la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE), en tant qu'organe administratif décentralisé du Secrétariat de l'Énergie, des Mines et de l'Industrie ayant un caractère para-étatique⁸¹, doté d'une forte dose d'autonomie technique, et qui a la faculté de réglementer l'industrie électrique du Secrétariat de l'Énergie, des Mines et de l'Industrie paraétatique.

⁸¹ Décret du 4 octobre 1993 selon lequel est créée la Commission Régulatrice de l'Énergie en tant qu'organe administratif déconnecté du Secrétariat de l'Énergie, des Mines et de l'Industrie para-étatique, D.O.F. du 4 octobre de 1993.

Il semblerait que la création de la CRE a obéi au besoin de réglementer les particuliers qui développent des activités de production d'énergie grâce à leur libéralisation en 1992. Néanmoins, selon les fonctions et les responsabilités attribuées à la CRE à l'article 3 du Décret de création de la CRE, ainsi qu'à l'article 2 de la Loi de la Commission de Régulation de l'Énergie⁸², sa fonction régulatrice est orientée à la fois vers les entreprises publiques prestataires du service public de l'énergie électrique et vers les particuliers qui réalisent des activités non cataloguées comme services publics.

Il est important de souligner qu'en dehors de la CRE, le Parlement et le Gouvernement possèdent des facultés de régulation. Le Parlement émet des Lois générales sur le service public de l'électricité conformément aux articles 27 et 73 de la Constitution Politique des États-Unis du Mexique. Le Gouvernement fédéral, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'Énergie, a non seulement la faculté de dicter la politique nationale énergétique, mais aussi d'émettre des dispositions relatives au service public de l'énergie électrique, selon les stipulations de la Loi Organique de l'Administration Publique Fédérale⁸³. Précisément, dans le cadre de ces facultés, le Gouvernement a émis le Règlement de la Loi du Service Public de l'Énergie Électrique, le Règlement de la Loi du Service Public de l'Énergie Électrique en matière d'apports et le Règlement Intérieur du Secrétariat de l'Énergie, etc.

Mais en réalité, c'est la CRE qui détient la spécialité technique pour réglementer le service public et les activités privées. Cet organisme de régulation possède des instruments de régulation⁸⁴, selon que l'on se trouve dans le cas de la prestation du service public de l'énergie électrique ou dans le cas du développement des activités non cataloguées comme des services publics. Il nous semble important que le Mexique se soit doté d'une autorité de

⁸² Loi du 31 octobre 1995, Loi de la commission régulatrice de l'énergie, réformée par le D.O.F. du 23 janvier 1998.

⁸³ Article 33 de la Loi du 29 décembre 1976, Loi organique de l'administration publique fédérale, modifiée par le D.O.F. du 2 février 2006

⁸⁴ Article 3 de la Loi du 31 octobre 1995, Loi de la Commission Régulatrice de l'énergie, réformée par le D.O.F. du 23 janvier 1998

régulation spécialisée et autonome au sien d'un monopole public dans la prestation du service public.

Au Mexique, les instruments de régulation de la prestation du service public monopolistique sont : la régulation des prix, la régulation de la sécurité et de la qualité, et la régulation pour permettre la prestation du service public à moindre coût. Ces instruments correspondent à ceux utilisés pour un marché de monopole privé, si l'on prend comme exemple les instruments décrits par Francisco González sur un plan théorique⁸⁵.

Dans le cadre de la *régulation du prix*, la CRE participe à la détermination des tarifs pour la fourniture et la vente de l'énergie électrique aux usagers du service public, elle approuve les méthodologies pour calculer les contreprestations en vue de l'acquisition d'énergie électrique destinée au service public et approuve les méthodologies destinées à calculer les contreprestations pour les services de transport, de transformation et de fourniture de l'énergie électrique. Conformément à ces facultés, on a réglementé la méthodologie pour déterminer le montant à payer pour les services connexes du contrat d'interconnexion devant être conclu entre CFE ou LFC et les permissionnaires⁸⁶. De même, une matrice de paiements a été établie pour les services de transmission et de sous-transmission aux pétitionnaires et les catalogues de prix du kilovolt ampère de la CFE y LFC⁸⁷ ont été approuvés.

Quant à la *régulation de la qualité et de la sécurité*, elle ne se limite pas à vérifier, comme le dit l'article 3 de la Loi de la Commission régulatrice de

⁸⁵ F. González, *Fundamentos del Análisis Económico de la Regulación*, Madrid, Universidad Complutense, 1997, p. 61.

⁸⁶ Commission régulatrice de l'énergie, Arrêt No Res/156/2002, approuvant la méthodologie par la détermination du coût total à court terme utilisé pour le paiement de l'énergie électrique remis par les permissionnaires à la CFE ou LFC.

⁸⁷ Commission régulatrice de l'énergie. Arrêt No Res /057/ 2000, approuvant les catalogues de prix et les coûts unitaires du kilovolt ampère de capacité de transformation de la Commission fédérale de l'électricité et de la Lumière et de la force du centre, auxquels se réfèrent les articles 12, 15 et deux transitoire du Règlement de la Loi du service public de l'énergie électrique en matière d'apports.

l'Énergie, elle réglemente car c'est un organisme technique capable d'établir des standards minimum de qualité et de sécurité du service.

Enfin, la *régulation pour prêter le service public à un moindre coût* cherche en réalité l'efficacité. Il nous semble important d'essayer d'obtenir une prestation du service public à un moindre coût car cet objectif ne doit pas être réservé aux marchés en concurrence. Evidemment, quelle que soit la raison avancée pour justifier le monopole public, les services publics doivent être efficaces au profit des usagers.

Les instruments de régulation des activités non cataloguées comme des services publics peuvent être énoncés ainsi: on réglemente la génération, l'exportation et l'importation d'énergie réalisée par les particuliers. En effet, quelques aspects ont été réglementés tels que la méthodologie pour déterminer le coût total à court terme utilisé pour le paiement de l'énergie électrique fournie par les permissionnaires à la CFE et à LFC, et on a réglementé les sollicitudes d'autorisation, d'autoapprovisionnement, de cogénération, de production indépendante, de petite production, d'importations et d'exportations.

Enfin, selon Rolando Ramirez⁸⁸, les résultats de la CRE ont été satisfaisants. Malgré l'existence de limitations juridiques, il souligne qu'il manque au Mexique une culture régulatrice, du personnel expérimenté sur cette question et des définitions politiques régulatrices.

2. *Supervision et contrôle*

La faculté de supervision et de contrôle appartient à la CRE. En vertu de ces attributions, cet organisme ordonne des visites, sollicite des informations

⁸⁸ R. Ramirez, *La electricidad en Mexico*, <www.rosenblueth.mx7fundacion/numero_13/conciencia_13_electricidad>

et fait comparaître dans ses bureaux les entreprises, afin de réaliser la supervision et le contrôle⁸⁹.

De même, la CRE peut imposer des sanctions administratives⁹⁰ lorsque de l'énergie électrique est vendue ou revendue sans que la loi des services publics d'électricité ne l'autorise.

Enfin, il est important de signaler la situation caractéristique du Mexique où l'entité de régulation a des pouvoirs pour exercer les deux fonctions: régulation et supervision et contrôle. Dans ce pays, les deux fonctions ne sont pas séparées par un organe comme dans le cas de la Colombie. Ici, l'avantage est que celui qui dicte les normes a une connaissance directe du comportement des entreprises sur le marché, mais le désavantage consiste en ce que la spécialisation est sacrifiée aux dépens des tâches. Il est précisé que c'est la Commission Fédérale de la Concurrence (CFC) qui détient le pouvoir de surveiller les conduites contraires à la concurrence.

3. *Aides octroyées par l'État*

Les aides de l'État se manifestent par le financement d'investissements et par une politique de subsides.

Les investissements publics dans le secteur de l'énergie électrique sont significatifs depuis la nationalisation de l'industrie électrique. L'État réalise non seulement des investissements mais il en assume également les risques.

Les subsides sont concédés au secteur résidentiel, au secteur agricole et à la moyenne et grande industrie. Dans le secteur résidentiel, toutes les classes

⁸⁹ Alinéa XIX de l'article 3 de la Loi du 31 octobre 1995, Loi de la Commission Régulatrice de l'énergie, réformée par le D.O.F. du 23 janvier 1998.

⁹⁰ *Ibidem*.

sociales, sans distinction, en bénéficient, ce qui, selon Sheinbaum et Rodriguez⁹¹ constitue une assignation de subsides inéquitable, car les usagers pauvres qui consomment 10,8 KWh par mois payent une quote-part de 8 pesos, c'est-à-dire que le KWh leur revient à 74 centimes, alors qu'une famille de classe moyenne qui consomme 200 KWh par mois paye le KWh 36 centimes. Cette situation touche au moins 1,8 million de familles pauvres, toujours selon ces mêmes auteurs.

Le secteur agricole et le secteur industriel sont également frappés par ces inégalités des subsides⁹² du fait que les subsides sont concentrés sur les grands consommateurs, ce qui entraîne également une inégalité face aux petits industriels. Mais, comme si cela n'était pas encore suffisant, il existe d'autres inégalités dans la distribution de subsides au niveau régional.

Les subsides sont assumés par les entreprises publiques⁹³ qui sont obligées de verser ceux-ci aux usagers, sans avoir l'assurance de recevoir les transferts budgétaires du revenu fiscal de la Fédération. En outre, les entreprises publiques doivent appliquer les tarifs autorisés qui ne sont pas suffisants pour couvrir les coûts du service public⁹⁴.

4. *Intervention principale et exclusive de l'État*

Dans le cas mexicain, à la différence des cas colombien et argentin, on observe en effet une intervention entrepreneuriale *principale*, avec titularité et exclusivité de l'État. Que signifie *principale* ? Cela signifie qu'il s'agit ici d'une affaire de premier ordre, pour des raisons de souveraineté nationale. La Constitution réserve le service public de l'électricité à l'État exclusivement. Conséquences de cette exclusivité : les particuliers ne disposent pas du droit

⁹¹ C. Sheinbaum et V. Rodríguez, "Tendencias y perspectivas de la industria de la energía eléctrica", *El Cotidiano*, 2000, Ed. 17, N° 103, p. 37, <<http://www.doaj.org/doi/func=abstract&id=153993&recNo=11&toc=1>>

⁹² *Ibidem*, p. 37

⁹³ F. Carrillo, *Revisión crítica de la propuesta foxista*, <<http://www.prd.org.mx/ierd/coy117-118/fjcs1.htm>>

⁹⁴ C. Sheinbaum et V. Rodríguez, *op. cit.* p. 36

économique de la libre entreprise, et la libre entreprise sur le marché électrique n'est pas consacrée Constitutionnellement (avec l'exception signalée plus haut, qui d'ailleurs ne concerne pas l'ensemble du marché et n'est donc pas représentative). Il s'agit là d'une modalité qui devra être maintenue malgré la mise en oeuvre des réformes libérales⁹⁵.

⁹⁵ V. Rodriguez-Padilla, *Política energética en los países en desarrollo, ¿que finalidades y modalidades de la intervención de los poderes públicos en economías cada vez mas liberalizadas y globalizada* <<http://buho.economia.unam.mx/p-cientifica/coloquio-erdal/26HVictorRodriguezPadillaLt.pdf>>

DEUXIÈME PARTIE

MODÈLE DE CONCURRENCE : LE CAS DE LA COLOMBIE

Le modèle de concurrence dans l'organisation du marché électrique est en vigueur depuis les années 1990 dans plusieurs pays latino-américains : Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Équateur, Guatemala, Panama, Pérou, Salvador... Mais le mode d'introduction de la concurrence est loin d'être uniforme. Ainsi, certains pays qui ont modifié à cette époque-là la législation sectorielle pour y introduire la concurrence, en fait, ne la mettent pas à exécution⁹⁶. D'autres, la majorité, mettent en pratique leur nouvelle législation sectorielle, mais à des degrés variables compte tenu des circonstances politiques, économiques et sociales de chacun.

Rappelons (cfr les présupposés conceptuels) que la concurrence sur le marché de l'électricité est identifiée par les éléments suivants : libre accès au marché, libre sortie, séparation horizontale et verticale des activités, concurrence sur les marchés de gros et au détail, planification du transport selon les conditions de la concurrence, gestion économique et technique du système séparée des agents du marché, régime de réseaux pour garantir la concurrence, commercialisation séparée de la distribution, séparation du régulateur et des régulés⁹⁷, égalité concurrentielle, pluralité d'entreprises, etc.

Ces éléments ont été introduits sur le marché et mis en pratique de différentes façons par les pays ayant inscrit la concurrence dans leur législation électrique. Par exemple, la Colombie et le Guatemala ont introduit la concurrence à la fois sur le marché de gros et celui au détail, alors que les autres pays se sont limités au premier. En ce qui concerne la séparation des activités,

⁹⁶ Par exemple l'Uruguay et le Venezuela.

⁹⁷ P. Maldonado et R. Palma, *Seguridad y calidad del abastecimiento eléctrico a más de 10 años de la reforma de la industria eléctrica en países de América del Sur*, <<http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/2/15392/P15392.xml&xsl=/drni/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xslt>>

certaines pays comme l'Argentine désintègrent le marché verticalement tandis que d'autres, comme la Colombie, maintiennent un niveau élevé d'intégration verticale. Le marché électrique latino-américain offre donc un large éventail d'applications et de modulations des éléments de la concurrence mentionnés ci-dessus. Paradoxalement, la forme la plus répandue dans la région est la coexistence de la concurrence et de l'intervention de l'État.

Conclusions de cette approche générale : le modèle de concurrence en vigueur en Amérique latine n'est pas un modèle unique ; ce n'est pas non plus un modèle 'pur', parfaitement conforme à la théorie économique classique⁹⁸, mais un modèle où coexistent, à des degrés divers, concurrence et intervention de l'État.

On pourrait penser que cette coexistence est la meilleure voie pour rencontrer les objectifs publics. Dans les faits, comme on le montrera, il existe de fortes tensions entre concurrence et intervention étatique dans et entre les objectifs publics du marché de l'électricité. Le cas de la Colombie est particulièrement révélateur à cet égard, et pour cette raison nous analyserons les règles du droit de ce pays.

Il convient de signaler ici que la concurrence sur le marché électrique latino-américain, en particulier le marché colombien, n'est pas une situation de marché résultant des faits, mais bien du droit, provoquée par l'État en modifiant le modèle du monopole public. Pour mettre en place la concurrence, l'État libéralise le marché et privatise les entreprises publiques d'électricité, mais ce changement s'effectue principalement sous la pression de la banque multilatérale, il n'est pas le produit des nécessités sociales.

⁹⁸ L'école classique n'admet aucun type d'intervention étatique avec la concurrence. Voir A. Biennaymé, "L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence: un point de vue d'économiste", *Revue internationale de droit économique*, N° 3, 1995, p. 365 - 370 et J. S. Méndez, *Economía y las empresas*, México, McGraw-Hill, 1989, p. 113 - 114.

On va donc analyser le modèle de la concurrence en partant du cas colombien. Notre structure argumentative sera la suivante. D'abord, on analysera l'évolution des sources du droit à différents moments historiques, dans leur contexte politique, social et économique. On observe un comportement cyclique, le pays passe d'un modèle d'initiative privée et de concurrence à un monopole public, puis à un modèle de concurrence faisant coexister concurrence et intervention étatique. Ensuite, on caractérisera le modèle de concurrence à la lumière des sources du droit actuelles, on décrira le fonctionnement de la coexistence et ses résultats.

I. ÉVOLUTION DES SOURCES DU DROIT

Historiquement, la Colombie est un pays d'économie mixte, un système de marché auquel prennent part le secteur public et le secteur privé⁹⁹. Avant les années 1990, ce modèle économique était atypique dans le contexte latino-américain. A certaines étapes de l'histoire du pays, cette économie mixte a été encadrée politiquement tantôt par un État libéral, comme c'est le cas après la Constitution de 1863 et celle de 1886, tantôt par un État interventionniste, comme celui mis en œuvre par la Réforme Constitutionnelle de 1936 et de 1945¹⁰⁰. Avec la Constitution de 1991 c'est le modèle de l'État mixte qui est mis en oeuvre¹⁰¹.

En 1886, l'économie colombienne adopte un modèle de contrôle des importations. En 1967, elle passe au modèle de promotion des exportations et de libéralisation des importations. En 1990, elle s'engage dans l'ouverture du commerce extérieur et ouvre son économie aux investissements étrangers¹⁰².

⁹⁹ E. Revèiz, *El Estado como mercado. La gobernabilidad económica y política en Colombia*, Bogotá, Fonade, Carlos Valencia editores, 1997. p. 15 - 20.

¹⁰⁰ A. Julio, *op. cit.* p. 179 - 184

¹⁰¹ *Ibidem.* p. 191

¹⁰² L. López, *Intervencionismo de estado y economía colombiana*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia,, p. 178 - 324

Quant à la situation sociale du pays aux XIXème et XXème siècles, elle se caractérise par un taux élevé de pauvreté et de très fortes inégalités, comme dans les pays appelés autrefois 'sous-développés'. C'est dans ce contexte que s'expliquent les pressions exercées à la fois par les secteurs aisés et les secteurs défavorisés pour maintenir les tarifs de l'énergie électrique à un niveau modéré.

À partir de trois critères (intervention de l'État, participation du secteur privé, règles du droit), on discerne quatre périodes dans l'histoire du service public de l'électricité : 1890-1918 ; 1918-1945 ; 1945-1990 ; 1990-1994.

Jusqu'en 1994, les sources du droit prédominantes sont les lois du Congrès et les décrets réglementaires du Président de la République. En ce qui concerne la jurisprudence, elle est peu abondante en cette matière.

L'année 1994 constitue un tournant dans l'histoire du marché de l'énergie électrique, il y a un *avant* et un *après* 1994. En effet, les nouvelles règles juridiques fondamentales du marché de l'électricité sont les Lois 142 et 143 de 1994. Cet ensemble normatif introduit un modèle de prestation du service de l'électricité fondé sur l'initiative privée, et subsidiairement sur l'initiative publique. Régulation et contrôle sont réservés à l'État.

L'étude historique met en évidence, on l'a dit, le passage d'un modèle d'initiative privée à un modèle de monopole public, avant de revenir à la concurrence. Voyons cette évolution.

A. De l'initiative privée au monopole d'État (de 1886 à 1945)

Cette période a été marquée par le début de l'initiative privée, par la présence de la gestion municipale du service de l'électricité (Medellín 1918), par la centralisation de la propriété et de la gestion du secteur électrique selon les

Lois 113 et 117 de 1928 et par la réglementation de l'industrie électrique selon la Loi 126 de 1938.

En effet, dans la dernière décennie du XIX^{ème} siècle, pour la première fois dans l'histoire du pays, la société privée *Ospina - Espinosa - Guzman*, avec l'appui de l'État, met en place le service de l'énergie électrique. Dans l'esprit de l'État libéral consacré dans la Constitution de 1886, cette société signe avec le gouvernement national un contrat concernant l'éclairage public. Une usine centrale à vapeur est installée et la fourniture d'électricité commence en 1890. L'entreprise *Bogotá Electric Light Co* est chargée de produire et de distribuer l'électricité pour l'éclairage public de la capitale colombienne, qui, à l'époque, est une ville de taille modeste.

La ville de Bucaramanga (chef-lieu du département du Santander) suit l'exemple. En 1890, le Conseil municipal octroie à MM. Jones et Goelkel la concession du service public de l'électricité. En 1891 cette société inaugure l'éclairage public et celui de quelques immeubles particuliers¹⁰³. En 1895, à Medellín (chef-lieu de Antioquia) se constitue la *Compañía Antioqueña de Instalaciones Eléctricas*, avec une participation majoritaire du secteur privé, et minoritaire du département et de la ville. En 1910, à Cali (chef-lieu du Valle del Cauca) c'est l'entreprise familiale *Eder* qui se charge de mettre en place ce service public. Celui-ci gagne progressivement les autres villes et régions du pays grâce à l'investissement privé national et étranger, comme le retrace Montenegro¹⁰⁴.

Si c'est grâce à l'initiative privée nationale et étrangère que le service de l'électricité devient une réalité en Colombie, il faut également souligner le rôle joué par l'État à ses différents niveaux (national, départemental et municipal). Sa participation est active, non comme État entrepreneur certes, mais comme

¹⁰³ s.a., *El sector eléctrico colombiano. Orígenes, evolución y retos (1882-1999)*, Colombia, ISA, 2002, p. 23 - 26

¹⁰⁴ A. Montenegro, "Hacia la participación del sector privado en el servicio de energía eléctrica, *Privatización del sector eléctrico: la experiencia internacional*, 1991, p. 21 - 23.

“facilitateur” de ces projets : il passe des contrats avec des particuliers (participation minoritaire au capital des nouvelles entreprises privées) et octroie les autorisations et les concessions pour l’installation et l’exploitation de l’éclairage public.

Le rôle primordial de l’initiative privée n’est pas surprenant dans la mesure où, dans la réalité colombienne, prédomine alors un modèle économique mixte. Ce qui est plus remarquable, c’est la collaboration active de l’État au cours de cette période initiale puisque, au sens juridique formel, la Constitution de 1886 consacre un État libéral, pas un État interventionniste¹⁰⁵.

Parmi les investisseurs privés, on note la participation prépondérante des investisseurs étrangers, en particulier américains. Mentionnons en particulier la société *American and Foreign Power Company*, dont l’action en Colombie, à travers sa filiale *Compañía Colombiana de Electricidad* (CCE), s’étendra de 1927 à 1961 dans deux des principaux centres économiques du pays, Barranquilla et Cali¹⁰⁶.

En 1918 se produit la première décision municipale d’assurer le service de l’électricité à la population. Arguant que “l’entreprise n’a pas été capable et n’a montré aucun intérêt à réaliser les extensions requises pour satisfaire les besoins de la population”¹⁰⁷, la commune de Medellín acquiert la propriété de la *Compañía Antioqueña de Instalaciones Eléctricas* et gère elle-même ce service.

Du point de vue normatif, l’État central commence à légiférer pour réguler le service public de l’électricité. Les premières normes édictées sont les Lois 113 et 117 de 1928.

¹⁰⁵ A. Julio, *op. cit.*, p. 180 - 181. En interprétant cet auteur, on pourrait affirmer que la Constitution de 1886 était un texte juridique neutre.

¹⁰⁶ R. de la Pedraja, *Petróleo, electricidad, carbón y política en Colombia*, Bogotá, Ed. El Áncora, 1993. p. 173 - 180

¹⁰⁷ *El sector eléctrico colombiano. Orígenes, evolución y retos (1882-1999)*, *op. cit.*, p. 25.

La Loi 113 réserve à la Nation la propriété et l'usage de toute production d'énergie hydraulique dans le pays, mais départements, municipalités et particuliers peuvent obtenir des concessions. La loi précise également les licences requises pour l'utilisation de l'espace public, rues et places, dans la construction des réseaux d'électricité. C'est également à la Nation que revient la faculté de concéder ces autorisations. Ainsi, d'un point de vue juridique formel, la Loi 113 "concrétise" le rôle promoteur de l'État dans la fourniture de l'énergie électrique (rôle qu'il avait, on l'a dit, commencé à exercer en 1890). Il s'agit, comme on voit, d'une loi centraliste, puisqu'elle reconnaît à la Nation la faculté exclusive d'octroyer les concessions et les licences, départements et municipalités devant être autorisés par la Nation pour agir en la matière. Dans les faits, selon l'analyse de la Pedraja¹⁰⁸, la finalité essentielle de l'approbation de cette loi est de mettre un terme aux différends entre grands propriétaires terriens et entreprises de production d'électricité concernant les droits sur les eaux.

La Loi 117 de 1928 porte sur les appuis financiers susceptibles d'être accordés aux projets d'énergie électrique mis en œuvre par les municipalités. C'est un nouveau signe de la concrétisation d'un État promoteur du service de l'électricité, alors que, sur le plan constitutionnel, l'intervention de l'État dans l'économie n'est pas encore reconnue.

Au cours de cette période apparaissent trois sources normatives significatives: la Loi 109 de 1936, le Décret 1606 de 1937 et la Loi 126 de 1938.

Promulguée peu avant la Réforme Constitutionnelle de 1936¹⁰⁹, la Loi 109 introduit l'intervention de l'État dans la tarification de l'énergie électrique. Le gouvernement national se voit attribuer la responsabilité d'approuver les

¹⁰⁸ R. de la Pedraja, *op cit.* p. 215

¹⁰⁹ Cette réforme introduit, à l'article 11, le modèle d'intervention de l'État: "L'État peut intervenir, au moyen de Lois, dans l'exploitation des industries ou des entreprises publiques et privées en vue de rationaliser la production, la distribution et la consommation des richesses, ou pour donner au travailleur la juste protection à laquelle il a droit".

tarifs des entreprises de services publics pour éviter que celles-ci n'imposent des conditions et des tarifs excessifs. Au sein du ministère de l'industrie, est créé un département chargé de la régulation et surveillance des tarifs de l'électricité dans les concessions sur l'eau octroyées par la Nation à partir de 1928. Dans les concessions reconnues avant cette date, ce sont les conseils municipaux qui continuent à fixer les prix. Le secteur privé réclame l'abrogation de cette loi.

La Réforme Constitutionnelle de 1936 introduit une nouvelle philosophie : l'État interventionniste dans un cadre d'économie mixte. La réforme est précédée d'une campagne de promotion, d'aides financières, de participation de capital dans les entreprises, de financement d'études techniques afin d'encourager le développement de projets de production et de distribution de l'électricité aux fins de l'éclairage public et des usages domestiques.

Dans cette nouvelle orientation, l'État colombien promulgue un ensemble de règles juridiques, en particulier le Décret 1606 de 1937¹¹⁰ et la Loi 126 de 1938. Ces deux dispositions juridiques visent à mettre fin au bras de fer qui continue à opposer la Nation et les conseils municipaux pour la détermination des tarifs.

La Loi 126 crée un organisme spécial chargé de la tarification, le Département des entreprises de services publics, et autorise le gouvernement à affecter des fonds aux municipalités pour la construction, l'expansion et le perfectionnement des centrales électriques. Comme le souligne de la Pedraja¹¹¹ dans l'ouvrage déjà mentionné, l'intention de cette loi est de mettre un terme aux manifestations de la population contre les tarifs excessifs. C'est dans cet esprit qu'est établi le recours à l'expropriation dans les cas où l'obligation de fixer des tarifs modérés ne serait pas respectée.

¹¹⁰ s.a., *Servicios públicos domiciliarios*, Bogotá D.C., Ministerio de la Justicia y el Derecho, 1997.

¹¹¹ R. de la Pedraja, *op cit.* p. 217

En 1938 les progrès réalisés sont tangibles en zone urbaine, où 48% des habitations disposent du service de l'électricité. Dans les zones rurales la couverture est presque inexistante¹¹².

Trois des lois que nous venons de citer, 113 de 1928, 109 et 126 de 1936, vont constituer la base juridique de l'organisation du service public de l'électricité jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi 43 de 1994, qui les abroge.

B. Du monopole d'Etat à l'état d'urgence économique et sociale (de 1945 à 1992).

Nous intituleons ainsi cette période parce qu'à ce moment-là l'État assume totalement la gestion du service de l'électricité. En nous référant à l'État entrepreneur¹¹³, nous incluons dans ce concept la Nation, les départements et les municipalités, selon l'organisation politique de la Colombie. Concrètement, il s'agit d'un modèle de monopole public.

Cette période se caractérise, d'une part, par l'établissement d'un système étatisé total de prestation du service de l'électricité et, d'autre part, par l'approbation d'une loi de défense de la concurrence¹¹⁴ (la première en Colombie).

Selon Armando Montenegro¹¹⁵, ce passage de l'initiative privée à l'initiative publique (État entrepreneur) répond aux motifs suivants :

¹¹² Exposé des motifs du projet de Loi des services publics domiciliaires (Loi 142 de 1994). Viernes 7 de mayo de 1993 año II N° 121. p. 1 - 3

¹¹³ *El sector eléctrico colombiano. Orígenes, evolución y retos (1882-1999)*, op. cit. p. 27 - 28. Dans cet ouvrage, cette période est qualifiée d'État entreprise.

¹¹⁴ Loi 155 du 24 décembre 1959 selon la quelle on donne des dispositions sur des pratiques commerciales restrictives, *Journal Officiel* No. 13068 du 22 janvier 1960.

¹¹⁵ A. Montenegro, op. cit, p. 22 - 23.

- l'incapacité financière des particuliers à répondre à l'énorme demande des ménages et assurer la couverture d'électricité requise;
- les tarifs élevés imposés par les entreprises privées aux usagers et l'inexistence de mécanismes pour mitiger cette situation;
- la nécessité de massifier le service devenu un besoin collectif primordial de la population colombienne;
- le manque de ressources des municipalités pour se charger de la fourniture de l'énergie électrique.

En 1945, la seule issue est que l'État prenne en charge la totalité du service sur le territoire national. C'est la naissance de l'État entrepreneur en matière de services publics. Elle s'inscrit dans la tendance d'interventionnisme étatique consacrée en 1936, qui va s'accroître avec les Réformes Constitutionnelles de 1945¹¹⁶ et 1968¹¹⁷.

Il convient ici de préciser que si, en raison des circonstances, l'interventionnisme d'État s'impose dans le service public de l'électricité, cependant la libre initiative privée est maintenue du point de vue constitutionnel dans les Réformes de 1936¹¹⁸, 1945¹¹⁹ et 1968¹²⁰. Au cours de la

¹¹⁶ Article 4 modifiant l'article 28 de la Constitution de 1936 dans les termes suivants : "L'État peut intervenir par mandat de la Loi dans l'exploitation des industries ou des entreprises publiques et privées afin de rationaliser la production, la distribution et la consommation des richesses, ou de donner au travailleur la juste protection à laquelle il a droit".

¹¹⁷ Article 6 modifiant l'article 32 de la Constitution de 1936 dans les termes suivants : "La liberté d'entreprise et d'initiative privée est garantie dans les limites du bien commun, mais la direction générale de l'économie reste à la charge de l'État. Celui-ci interviendra, par mandat de la Loi, dans la production, la distribution, utilisation et consommation des biens et dans les services publics et privés pour rationaliser et planifier l'économie afin d'atteindre le développement intégral".

¹¹⁸ Dans la Réforme de 1936, l'article 11 introduit l'intervention de l'État, le 15 introduit le concept de la libre entreprise.

¹¹⁹ Dans la Réforme de 1945, l'article consacrant la libre entreprise est maintenu tel quel, les articles sur l'intervention de l'État sont modifiés.

¹²⁰ La Réforme de 1968 perfectionne l'élaboration des articles concernant l'intervention de l'État dans l'économie. L'article 32 établit les deux principes fondamentaux du système économique : la liberté d'entreprise et d'initiative privée et l'intervention de l'État.

période que nous analysons, peu de particuliers exercent cette liberté en raison de l'incapacité financière à assumer le service de l'électricité et de la faiblesse de l'épargne privée dans le pays.

Sur la base des documents historiques que nous avons révisés¹²¹, on observe que l'État entrepreneur –Nation, départements, municipalités– se constitue peu à peu selon deux mécanismes : l'achat d'actions des particuliers dans les entreprises d'énergie électrique et la constitution d'entreprises d'électricité¹²². L'État assume la gestion de ce service sans pour autant se le réserver par une norme juridique. En d'autres termes, l'État entrepreneur se forme sur le marché de l'énergie électrique, mais sans exclure (juridiquement parlant) pour le secteur privé la possibilité de prestation ou de gestion de ce service. La constatation est nette : dans aucune norme juridique du corps normatif de la Constitution ni dans les lois on ne trouve d'indice de limitation de la libre entreprise dans ce secteur. Si donc, on le répète, les particuliers n'exercent pas la libre entreprise au cours de la période en question, ce n'est pas à cause des barrières légales, mais des obstacles d'ordre économique et financier.

La période d'étude se subdivise en deux sous - périodes : 1945-1967 et 1967-1990. Pour la première, on mettra en relief les règles du droit et les règles institutionnelles suivantes.

En 1945, plusieurs propositions de plan d'électrification sont présentées, mais, souligne de la Pedraja¹²³, la classe dirigeante de l'époque ne pense guère au développement de l'électricité à long terme : ce qui l'intéresse avant tout, c'est la détermination des tarifs.

¹²¹ *El sector eléctrico colombiano. Orígenes, evolución y retos (1882-1999)*, op. cit., y R. de la Pedraja, op. cit., p. 220

¹²² A cette époque une situation similaire se présente dans les autres pays de la région, à l'exception de quelques cas d'expropriation au Pérou.

¹²³ R. de la Pedraja, op. cit., p. 220

Les grands propriétaires terriens continuent à défendre leurs intérêts concernant la gestion de l'eau. Dans cette optique, par la Loi 80 de 1946, le Congrès approuve la création d'*Electraguas*, organisme de contrôle des eaux pour l'irrigation et les projets hydroélectriques.

En matière de service de l'électricité, on a donc à ce moment-là deux organismes officiels : le Département des entreprises de services publics, chargé de réguler les tarifs, et *Electraguas*.

Le Décret 2663 de 1950 (dit aussi *Code fondamental du travail*) consacre la qualité de service public de l'énergie électrique. Le Décret 753 de 1956, qui modifie ce Code, conçoit les services publics dans un sens fonctionnel, comme une activité d'intérêt général¹²⁴. Cette activité sera exercée soit par l'État, directement ou indirectement, soit par des personnes privées (mais comme on l'a dit, le secteur privé se désintéresse de cette activité).

Autre fait juridique notable : l'approbation de la Loi 155 de 1959, première loi de défense de la concurrence en Colombie. Le secteur de l'électricité n'est pas concerné puisque c'est la philosophie de l'étatisation du service qui y prédomine. Ce qui caractérise cette loi, c'est qu'elle ne vise pas à organiser les marchés vers la concurrence, mais à contrôler les conduites anticoncurrentielles des entreprises (elle établit une intervention de l'État sur le marché *ex post*), que le marché soit concurrentiel ou non. Il s'agit donc d'une loi positiviste qui ne prend pas en compte les circonstances réelles de chaque secteur économique, qui ne cherche pas à promouvoir les marchés vers la concurrence, mais se limite à contrôler des conduites : accords entre entreprises, concentrations d'entreprises, inhabilités (incapacités légales) et incompatibilités des administrateurs, entre autres.

¹²⁴ Avant 1950, les services publics sont sous l'influence de la théorie organique : ils sont considérés comme un organe et non comme une activité. Mais dans le Code substantif du travail, les services publics sont considérés comme une activité d'intérêt général.

Au cours de la sous-période 1945-1967, on ne relève pas de décisions de justice concernant l'activité ou le service de l'électricité, ni de prises de position de l'autorité chargée de la concurrence (ministère du Développement) sur les faits de l'étatisation de la fourniture de l'électricité, ni sur les monopoles locaux et consolidés qui se sont établis au cours des années, sous l'enseigne d'entreprises intégrées de caractère régional ou local.

Quant à la seconde sous - période 1967-1990, elle se caractérise par des changements institutionnels de fond, en particulier la création d'*Interconexión Eléctrica S.A. (ISA)*. Selon les termes de Cuervo González, avec ISA on passe, dans l'approvisionnement de l'électricité, de l'échelle municipale à l'échelle nationale¹²⁵. C'est également à cette époque qu'*Electraguas* fait place à l'Institut colombien de l'énergie électrique (ICEL), chargé exclusivement de ce secteur. Le contrôle et la gestion des eaux passent à l'Institut colombien de la réforme agraire (INCORA).

L'idée d'un réseau électrique national s'impose. Avec l'aide d'experts français, un plan national d'électrification est élaboré pour la période 1965-1975.

La création, en 1969, du Pacte andin (Bolivie, Colombie, Équateur, Pérou et Venezuela) n'a pas d'incidence sur l'organisation du service public de l'électricité, l'accord ne prévoyant ni politiques ni normes à ce sujet.

En 1985, la couverture de la distribution de l'électricité atteint 95% des ménages en zone urbaine et 41% en zone rurale¹²⁶. Certains secteurs défavorisés de la population restent privés de ce service.

¹²⁵ L. M. Cuervo González, *De la vela al apagón: cien años del servicio eléctrico en Colombia*, Bogotá D.C., CINEP, 1992. [le titre de l'ouvrage signifie: "De la bougie à la grande panne de courant [de 1992]: cent ans du service électrique en Colombie".]

¹²⁶ Exposition de motifs au Projet de Loi s-135, sur le régime des services publics, Gazette du Parlement , N° 162, 17 novembre 1992.

En résumé, pendant cette période, les règles juridiques formant le corpus normatif de base de l'organisation du marché de l'énergie électrique, c'est-à-dire les Lois 113 et 126 de 1928 et la Loi 109 de 1936, restent en vigueur et sont complétées par de nouvelles normes qui régulent des aspects tangentiels de ce marché.

A la fin des années 80, et malgré les progrès réalisés en matière de couverture et d'interconnexion nationale¹²⁷, le modèle de monopole présente des symptômes de crise, en raison surtout du poids qu'il représente dans les dépenses publiques nationales, de la redéfinition du modèle avec le processus d'ouverture de l'économie colombienne en 1990 et de l'approbation de la Constitution Politique de 1991. Ces deux circonstances sont à l'origine de l'exploration de nouveaux modèles d'organisation du marché de l'énergie électrique, comme on a pu le constater au cours des séminaires réalisés en 1991, le premier sur "Organisation institutionnelle du secteur électrique: l'expérience internationale", réalisé à Paipa, Boyaca, les 31 mai et 1^{er} juin 1991 et le deuxième sur "La participation privée dans le secteur électrique colombien", qui s'est tenu à Cartagena en août 1991. Mais, c'est sans aucun doute la situation critique du secteur électrique en 1992, avec ses coupures de courant, qui a accéléré le processus de changement de modèle.

C. De l'état d'urgence économique et sociale (Décret 700 de 1992) au nouveau modèle de concurrence (Lois 142 et 143 de 1994)

Les années 1990-1994 constituent un préambule de faits, circonstances et leçons qui, mis ensemble, constituent le fondement justificatif du nouveau modèle mis en place à partir de 1994.

Trois faits sont à relever plus particulièrement : dès le début de son mandat présidentiel (1990-1994), César Gaviria Trujillo accélère le processus

¹²⁷ *Ibidem*.

d'ouverture de l'économie colombienne; en 1991, la Constituante approuve la nouvelle Constitution politique; en 1992, le pays connaît une grave crise de l'énergie électrique, qui entraîne de sévères mesures de rationnement. Ceci donne lieu à de nouvelles règles juridiques, en particulier le décret d'état d'urgence économique et sociale (Décret 700 de 1992). Voyons cela en détail.

Les politiques du gouvernement de Gaviria Trujillo, qui consacrent la mondialisation, la libéralisation et l'ouverture de l'économie du pays, ont, bien entendu, une forte incidence sur le secteur de l'énergie électrique. En particulier, la Loi du Plan de développement (1900-1994), qui cherche à réduire l'État et ouvre de nouveaux espaces au secteur privé. Par ailleurs, l'équipe de Gaviria tient compte de l'évaluation de la performance du secteur électrique effectuée par le Département d'évaluation des opérations de la Banque mondiale (1990). Dès lors, l'influence des organisations multilatérales de crédit sur les décisions de ce secteur sera prépondérante.

Dans le cadre de la Commission nationale de l'énergie, le gouvernement organise des missions d'experts colombiens et étrangers pour évaluer le secteur électrique colombien entre 1970 et 1990, étudier les modèles internationaux d'organisation en ce domaine et analyser la privatisation du secteur, sur la base des expériences d'autres pays.

En mai 1991, le gouvernement approuve un document *Compes*¹²⁸ sur la restructuration du système électrique. Ce texte expose le diagnostic et les propositions de solution au problème du service public de l'électricité dans le pays.

¹²⁸ Le COMPES est un département d'assistance technique au gouvernement pour l'adoption de politiques économiques. Sur le plan juridique, les documents *Compes* constituent des actes administratifs de caractère général.

En deuxième lieu, la Constitution de 1991 (qui remplace celle de 1886 et ses trois réformes successives) introduit une nouvelle forme d'intervention de l'État dans les services publics. Les principales nouveautés sont les suivantes :

- Pour la première fois, la Constitution colombienne consacre un chapitre aux services publics, avec des normes concernant les services publics domiciliaires, notamment l'électricité. Ce chapitre est inclus dans la partie économique du texte.
- L'État se réserve la régulation, le contrôle et la surveillance des services publics.
- Les services publics pourront être fournis par l'État (directement ou indirectement), par des communautés organisées ou par des particuliers.
- Les services publics feront l'objet d'un régime juridique propre fixant les compétences et les responsabilités de la prestation, la couverture, la qualité, le financement et la tarification.
- La concurrence est consacrée comme un droit de tous les Colombiens (c'est la toute première fois dans l'histoire Constitutionnelle du pays).

Avant de passer à l'étude des développements normatifs de la Constitution, mentionnons ici la Décision andine 285 de 1991¹²⁹, fixant le statut général de la concurrence au sein des cinq pays du Pacte andin, mais qui n'a pas encore connu son application dans la réalité du marché de l'électricité.

A partir du nouveau corps normatif constitutionnel, apparaissent des règles juridiques dans tous les secteurs d'activité concernés par la

¹²⁹Pacte andin, *Décision* 285 de mars 1991, <<http://www.unctad.org/sp/docs/c2clp99d11.sp.pdf#search=%22decision%20285%20de%20marzo%20de%201991%20Bpacto%20andino%22.>>>

mondialisation, la libéralisation et l'ouverture de l'économie. Citons notamment la Loi de commerce extérieur, la Loi de réforme financière, le Statut des usagers et le Décret 2153 de 1992, modifiant la Loi 155 de 1959 (défense de la concurrence). Celui-ci, qui a force de loi, précise les conduites contraires à la concurrence, notamment les accords entre entreprises, les actes anticoncurrentiels et l'abus de position dominante. Loi 155 et Décret 2153 constituent donc le régime général de la concurrence en Colombie.

Il faut souligner que, jusqu'en 1994, ces deux normes légales ne sont pas appliquées aux entreprises d'électricité, ni pour les contrôler ni pour introduire la concurrence sur ce marché.

En troisième lieu, il faut parler du rationnement de l'énergie électrique dans tout le pays en 1992. Il va durer plusieurs mois et gêner considérablement l'activité économique du pays et le quotidien de la population¹³⁰. C'est la goutte qui fait déborder le vase. Quand la crise éclate, les développements de la nouvelle Constitution en matière de services publics domiciliaires ne sont pas encore élaborés. Le gouvernement doit proclamer l'état d'urgence économique et sociale à travers le Décret 680, puis il prend les mesures requises par le Décret 700 du 24 avril 1992. Il s'agit principalement d'assouplir les normes, faciliter la signature de contrats dans le secteur de l'électricité, fixer de nouvelles règles d'endettement et d'imposition en faveur de ce même secteur.

Ces mesures permettent d'accroître notablement la capacité de production d'énergie électrique, notamment grâce à des contrats PPA (*power pusher agreement*), prélude à la participation du capital privé à ce secteur¹³¹. Rappelons que, jusqu'à ce moment, la production d'électricité est un monopole de l'État. Dans les accords de type PPA, l'investisseur contrôle le risque à travers la forme de son engagement et les garanties données.

¹³⁰ L. Wiesner y E. Wills, *El apagón del sector eléctrico*, Bogotá D.C., Ediciones Uniandes, 1996. p.18 - 24.

¹³¹ C. Vallejo, *Revisión conceptual en el sector eléctrico, los servicios públicos como instrumentos solidaridad y cohesión social del Estado*, s.l., Ed. Complexus, 2005. p. 285

Tout cela est le prélude à l'introduction du modèle de concurrence pour organiser le marché de l'énergie électrique en Colombie depuis 1994. En effet, 1994 constitue un tournant dans l'histoire du marché de l'énergie électrique. Les règles édictées cette année-là et les suivantes visent enfin à apporter des réponses de fond, structurelles, aux multiples et graves problèmes qui se multiplient dans le cadre de l'État entrepreneur, du monopole public (sans pour autant méconnaître la progression notable de la couverture du service, qui atteint 80% pour l'ensemble du pays en 1990¹³²).

Dans le développement de la nouvelle Constitution, les règles juridiques fondamentales du marché de l'électricité sont la Loi 142 (modifiée par la loi 689 de 2002), la loi 143 de 1994 et les accords de libre commerce et la Décision Andine 536 de 2002. Cet ensemble normatif introduit un modèle de prestation du service de l'électricité fondé sur l'initiative privée, et subsidiairement sur l'initiative publique. La régulation et le contrôle sont réservés à l'État. Outre ces règles de base, il en existe d'autres applicables au service de l'électricité.

Promulguées par le Congrès en développement des articles constitutionnels 48, 365 et 367, ces deux lois fixent les lignes générales de l'organisation du service de l'électricité et proposent une solution aux difficultés du passé, aux barrières existantes et aux nouvelles circonstances.

D'après l'exposé des motifs des Lois 142 et 143¹³³, les principales difficultés à résoudre sont : le manque d'attention aux secteurs les plus pauvres de la population : ceux-ci n'ont pas accès aux services publics; le poids de la dette publique causée par les investissements réalisés dans le secteur

¹³² N. Palomo, *Ley Eléctrica Ley 143 de 1994*, Bogotá D.C. Alcogen, 2002.

¹³³ Exposition de motifs au Projet de Loi s-135, sur le régime des services publics, Gazette du Parlement , N° 162, 17 novembre 1992.

électrique ; la Nation ne peut continuer à s'endetter, des investissements et des crédits de grande ampleur sont indispensables; la nécessité de poursuivre l'extension de la couverture; l'inefficacité des entreprises publiques; la forte politisation des entreprises publiques; et la faiblesse de l'État en matière de régulation et de contrôle, l'absence d'un cadre institutionnel approprié, la régulation insuffisante et éparse, l'absence d'une autorité de régulation.

Les barrières existant à l'entrée sont d'ordre économique et financier. Il n'existe pas de barrières d'ordre légal. En effet, tant la Constitution de 1886 (et ses trois réformes) que la Constitution de 1991 consacrent le droit à la libre entreprise. Nous n'avons repéré aucune norme juridique réservant l'activité à l'État ou limitant l'initiative des particuliers. Les principales barrières économiques et financières sont les suivantes¹³⁴ :

- les tarifs ne compensent pas les coûts engagés dans la prestation du service public de l'électricité;
- les obstacles commerciaux à l'achat et à la vente d'électricité;
- le développement du marché financier et des capitaux est insuffisant.

Quant aux nouvelles circonstances qui favorisent le changement, on peut les résumer ainsi : les services publics doivent répondre aux exigences de la modernisation, ouverture et mondialisation de l'économie colombienne; la croissance de l'économie entraîne un accroissement de la demande d'énergie électrique; on a tiré les leçons de la crise et du rationnement de 1992; et l'objectif est d'éliminer les monopoles publics.

Ces faits et ces circonstances poussent à chercher des solutions structurelles et une réforme totale du secteur de l'électricité. On définit ainsi les

¹³⁴ A. Montenegro, *op. cit.*, p. 26 – 30.

quatre axes du changement : améliorer les conditions d'incorporation du capital privé ; encourager la concurrence entre entreprises publiques, privées et mixtes ; organiser le secteur du point de vue institutionnel ; fixer les règles du marché.

Les Lois 142 et 143 de 1994, accompagnées de dispositions juridiques de hiérarchie supérieure et inférieure, accomplissent ces objectifs.

II. LES PRINCIPAUX INSTRUMENTS EN VIGUEUR

Les sources de droit supérieur en vigueur du modèle de concurrence se trouvent dans les articles 365 et 367 de la Constitution politique et dans les Lois 142 (modifiée par la Loi 689 de 2002) et 143 de 1994, ainsi que dans la Décision Andine 536 de 2002, un ensemble de normes qui contiennent les principaux instruments qui régissent l'organisation du marché de l'énergie électrique.

A. Les instruments de l'Etat colombien pour organiser le marché de l'électricité.

En vue d'organiser le marché de l'électricité, l'État, se fondant sur la Constitution de 1991 et les Lois 142 et 143 de 1994, va utiliser les instruments suivants: l'organisation de la structure institutionnelle, la libéralisation, la privatisation, la régulation, l'introduction de la concurrence et planification. Ce sont les réformes de première génération¹³⁵.

1. Organisation de la structure institutionnelle

Nous pouvons dire que, pour combler l'absence d'un cadre institutionnel clair, la Constitution de 1991 et les Lois 142 et 143 développent une nouvelle structure institutionnelle du secteur électrique, définissant le rôle

¹³⁵ F. Basaños, *Second-Generations Reforms in Infrastructure Services*, Washington D.C., Inter-American Development Bank. 2002, p. 1.

et la compétence de chaque organisme: conformément au Décret 1141 de 1999, la politique nationale de l'électricité est définie par le ministre des Mines et de l'Énergie. La politique fait l'objet d'un document écrit fixant les principales lignes d'intervention du gouvernement dans le secteur électrique

Conformément à l'article 16 de la Loi 143 de 1994, l'Unité de planification minière et énergétique (UPME) est chargée de la planification électrique. Celle-ci est indicative. L'UPME accomplit cette fonction dans le système interconnecté national et dans les zones non interconnectées.

Le Parlement, le Président de la République et les Commissions de régulation ont la faculté d'édicter des normes juridiques concernant le service de l'énergie électrique, comme suit: Parlement est chargé de la régulation législative du secteur électrique en vertu de la clause générale de compétence (article 150-23 de la Constitution) ; le Gouvernement a directement la faculté de régulation réglementaire de la Loi 143, par laquelle il édicte des décrets réglementaires. A ce jour, ceux-ci sont peu nombreux. Le ministère des mines et de l'énergie exerce également des fonctions de régulation lorsqu'il édicte des normes techniques relatives au service public de l'électricité ; la Commission de régulation de l'énergie électrique et du gaz (CREG) publie des actes administratifs de régulation, en vertu de ses fonctions propres ou par délégation, conformément aux articles 142-68 et 143-21. Dans la hiérarchie normative, ces actes administratifs sont de rang inférieur à la loi et aux décrets réglementaires¹³⁶ ; les collectivités territoriales: les départements et les municipalités n'ont pas de compétence en matière de régulation du marché de l'électricité. Toutefois, les communes peuvent réguler certains aspects ayant une incidence sur la prestation des services publics, notamment le Plan d'aménagement territorial, les normes d'urbanisme et celles de circulation.

¹³⁶ Concernant les fonctions de régulation de la CREG et la hiérarchie normative, il existe une importante jurisprudence de la Cour Constitutionnelle: Cour Constitutionnelle, Arrêt C-1162 de 2000, 6 septembre 2000, dossier D-2863 et Cour Constitutionnelle, Arrêt C-150 de 2003, 25 février 2003, dossier D-4194.

Contrôle et surveillance des activités du secteur de l'électricité sont à la charge de la Surintendance des services publics domiciliaires (SSP). D'autres autorités sont habilitées sur des aspects spécifiques : la Surintendance de l'industrie et du commerce (SIC) est habilitée à intenter toute action juridictionnelle pour concurrence déloyale, la Surintendance des sociétés est compétente pour le contrôle de la personne juridique (Loi 223 de 1995, article 228), la *Contraloría General de la República* (Cour des comptes) examine tout apport de l'État aux entreprises de services publics, et le Parquet général de la Nation contrôle la conduite des fonctionnaires des entreprises de services publics.

Dans le cadre institutionnel d'intervention de l'État, certains organismes sont chargés de la gestion technique et commerciale du système. Ils reçoivent diverses dénominations dans l'étude comparative de la régulation de l'électricité. Les principales autorités techniques présentes dans le système juridique colombien sont le Centre national de dispatching (CND) et l'Administration des systèmes d'échanges commerciaux (ASEC). Aujourd'hui, ces fonctions sont assumées par l'entreprise qui s'appelle: Experts en Marchés-XM¹³⁷. Il y a aussi deux autorités auxiliaires : le Conseil national d'opération (CNO) et le Conseil auxiliaire de commercialisation (CAC).

Les opérateurs techniques du système comme le CND et l'ASEC sont indispensables étant donné les particularités et les restrictions techniques du secteur électrique : le caractère non stockable de l'énergie, la nécessité d'égaliser l'offre et la demande à chaque moment, les limites et les restrictions du transport pour des raisons de sécurité, comme le soutient Lasheras.¹³⁸

¹³⁷ La société Expertos en Mercados a été créée par le Décret 848 du 28 mars 2005, autorisant la constitution d'une entreprise de services publics, *Journal Officiel* N° 45.863 du 29 mars 2005.

¹³⁸ M. Lasheras. *op. cit.* p. 253 - 254.

2. Libéralisation

La libéralisation signifie la suppression des barrières légales, économiques et techniques¹³⁹. Dans l'ordre juridique colombien, on l'a dit, il n'y a jamais eu de barrière légale posée par l'État à l'exercice de la libre entreprise par les particuliers. Avant 1994, il y avait des barrières économiques et techniques : les Lois 142 et 143 créent les conditions pour les lever. Conséquence immédiate et spectaculaire : la mise en œuvre, dans chacune des branches du marché de l'électricité, de nouveaux projets d'énergie électrique où le risque total est assumé par les investisseurs. C'est dans la production et la commercialisation que le développement est particulièrement remarquable. A ce moment, en Colombie, le niveau de libéralisation est nettement supérieur à celui des autres pays latino-américains.

En ce qui concerne la production, plusieurs entreprises décident d'entrer sur le marché en assumant les risques : *Termovalle*, *Flores*, *Proeléctrica*, *Termobarranquilla* (TEBSA), *Merilétrica*, *Termodorada*, *Termoemcali*, *Compañía Eléctrica de Sochagota*. La majorité du capital de ces entreprises provient d'investisseurs étrangers.

Apparaissent également plusieurs agents de commercialisation¹⁴⁰ indépendants, exerçant exclusivement cette activité à leurs propres risques : *Compañía de Generación del Cauca* (GENERCAUCA S.A. ESP), *Generadora Unión* (GEUNION S.A. ESP), *Comercializadora Eléctrica del Sinú* (CES S.A. ESP), *Energía de Colombia* (ENERSIS S.A. ESP), *Comercializar S.A. ESP*, *Comercializadora Andina de Energía* (CONENERGIA S.A. ESP), *Distribuidora y Comercializadora de Energía Eléctrica* (DISEL S.A. ESP), *Diceler S.A. ESP*, *Energía de Colombia* (ENERCO S.A. ESP), *Energía Competitiva* (ENERCOMSA ESP), *Energía Confiable* (ECOMSA ESP), *Energía e Ingeniería* (ENERGING S.A. ESP), *Energizar de Occidente*

¹³⁹ P. Nihoul, *op. cit.*, p. 313.

¹⁴⁰ <www.asmp.fr/fiches_academiciens/textacad/boiteux/conference_bresil.pdf> Propose le terme *commercialisateur*, en précisant que «ce néologisme remplace le terme adéquat de *négociant*, pas encore utilisé pour l'électricité».

(ENERGIZAR S.A. ESP), *Energen* S.A. ESP. Le capital de ces entreprises provient majoritairement d'investisseurs nationaux.

Dans le domaine du transport et de la distribution, les effets de la libéralisation sont moins spectaculaires. Dans chaque branche, une seule entreprise décide d'assumer les risques d'entrée sur le marché: *Distasa* S.A. ESP et *Sociedad Energética de Melgar* S.A. ESP respectivement.

Tableau 1
Nouvelles entreprises à la suite de la libéralisation

<i>Activité</i>	<i>Nature juridique</i>	<i>Origine des investissements</i>
<u>Production</u>		
Proeléctrica	privée	nationale
Termoflores	privée	
Merieléctrica	privée	
Termodorada	privée	
Termovalle	privée	
Tebsa	privée	américaine
<u>Transport</u>		
Distasa	privée	nationale
<u>Distribution</u>		
Soc. Energética de Melgar	privée	nationale
<u>Commercialisation</u>		
Genercauca	privée	nationale
Geunion	privée	nationale
CES	privée	nationale
Enersis	privée	espagnole
Conenergia	privée	américaine

Disel	privée	nationale
Enerco	privée	nationale
Enercomsa	privée	nationale
Ecomsa	privée	nationale
Energising	privée	nationale
Energizar	privée	nationale
Energen	Privée	Nationale

3. *Privatisation partielle*

En 1992, quand il présente le projet de la Loi 142, l'intention première du gouvernement n'est pas de privatiser (aliéner ou vendre). Cependant, il existe les bases Constitutionnelles, dans l'article 136-7 de la Constitution de 1991, qui ordonnent d'aliéner ou de liquider les entreprises officielles monopolistiques. Se fondant sur cette norme, le gouvernement met en oeuvre un programme de privatisation dans certaines branches du marché de l'électricité comme la production et la distribution. Dans le transport, aucun processus de ce type n'est réalisé, sauf dans le cas *D'ISA*, qui met en vente une partie de ses actions au public sans que soient modifiées la structure et la composition du capital d'État.

Avant de privatiser, l'État colombien procède à la restructuration des entreprises officielles (scissions, fusions, transformations) dans le but de les vendre, tout ou partie. Préalablement aux programmes de privatisation, selon les dispositions de la Loi 226 de 1995, une offre de vente est faite aux travailleurs des entreprises. Dans les processus exposés ci-dessous, dans la plupart des cas, les actifs et les actions sujettes à la vente sont proposés aux travailleurs. Mais, en réalité, la majorité des entreprises ont des actifs privatisés qui sont restés entre les mains d'investisseurs étrangers majoritaires

Le Tableau N° 2 précise l'entreprise concernée, le vendeur, l'acheteur, l'origine de l'investissement et l'investissement actuel.

Tableau 2
Privatisation dans le secteur de l'électricité

<i>Entreprises/ Centrales</i>	<i>Vendeur</i>	<i>Acheteur</i>
Betania	ICEL	ENDESA (Chili)
Chivor	ISA	CHILGENER (Chili)
Pasajero	ICEL	Cooperative - Sector (Colombie)
Termo Cartagena	CORELCA	▪ Electricidad-Caracas (Venezuela) ▪ Cooperative - Sector (Colombie)
EPSA-Gen	CVC	Houston Industries (USA)
EPSA-distrib.	EEB	Electricidad-Caracas (Venezuela)
EEB-Gen	EEB	Capital-Energía Holding (EMGESA) (Chili - Espagne)
EEB-distrib.	EEB	Luz-Bogotá Holding (CODENSA) (Chili - Espagne)
EEB-Trans	EEB	Capital-Energía Holding Luz-Bogotá Holding (EEB-Head Quarters) (Chili - Espagne)

<u>CORELCA</u> <u>Privatisation</u>		
ElectroCosta-distrib.	CORELCA	Houston Inc. - Electricidad Caracas (USA - Venezuela)
Electro Caribe-Distrib	CORELCA	Houston Inc. - Electricidad Caracas (USA - Venezuela)
Transelca-transm	CORELCA	ISA - (Colombie)

Sources : MME (1996, 1998) *Reports to the Congress* - Rapports ISA (1998, 1999) - DNP (2001).

EEB = *Empresa de Energía de Bogotá*; EPSA = *Empresa del Pacífico S.A. (ex-CVC)*; CVC = *Corporación Autónoma del Cauca*; ICEL = *Instituto Colombiano de Energía Eléctrica*; CORELCA = *Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica*; ISA = *Interconexión Eléctrica S.A.*

Capital Energía = Endesa (Chili) + Endesa-Desarrollo (Espagne).

Luz Bogotá = Chilectra (Chili) + Enersis (Chili) + Endesa-Desarrollo (Espagne).

Le secteur électrique colombien comprend actuellement 73 entreprises (issues en général de la libéralisation et de la privatisation). Elles se répartissent ainsi : 29 entreprises publiques (dont 6 entreprises de service public officielles et 23 mixtes) et 44 entreprises privées¹⁴¹.

¹⁴¹ Source: Département national de planification (DNP).

4. *Régulation*

La régulation est le principal instrument dont dispose l'État colombien pour organiser le marché de l'électricité¹⁴². La nouvelle orientation est de renforcer l'État régulateur et de réduire l'État entrepreneur sur ce marché. Il s'agit de corriger la faiblesse et le manque d'autorité dont l'État a fait preuve par le passé. L'intention n'est pas de remplacer le marché, mais de l'organiser. C'est dans cet esprit que sont adoptées les règles générales structurelles du marché de l'électricité et les règles particulières de chacune des branches de la chaîne productive.

5. *Introduction de la concurrence*

Il y a plusieurs raisons à cette introduction : la nécessité d'attirer des ressources du secteur privé vers les différentes activités du secteur de l'énergie électrique, l'exigence de favoriser quantitativement et qualitativement les usagers du service, le souci d'atteindre des tarifs qui, dans la mesure du possible, reflètent un marché concurrentiel, et enfin, encourager la concurrence entre entreprises publiques, privées et mixtes.

L'introduction de la concurrence s'effectue par la force de la loi : l'État cherche à favoriser la concurrence sur le marché partout où c'est possible, c'est la génération et la commercialisation¹⁴³. Là où ce n'est pas possible, des systèmes de promotion de la concurrence sont mis en œuvre.

6. *Planification*

Sur le marché de l'électricité colombien, il existe une planification indicative. A cet effet, comme on l'a dit plus haut, la Loi 143 a créé l'UPME, chargée de concevoir ou d'élaborer les plans d'expansion de la production et du

¹⁴² N. Palomo, *op. cit.*

¹⁴³ *Ibidem.*

transport. Ces plans indicatifs ne remplacent pas la politique gouvernementale en la matière.

B. Nouveaux instruments dans la Décision Andine 536 de 2002 : intégration énergétique dans la concurrence.

Dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, la Colombie a passé divers accords bilatéraux et des traités régionaux, et actuellement elle négocie le Traité de libre-échange des Amériques (ZLEA) et le Traité bilatéral de libre-échange avec les Etats-Unis (TLE). Selon les cas, ces traités visent à s'entendre sur des questions de commerce, d'investissements et de marché commun.

Dans ces traités, le thème de l'électricité acquiert une importance croissante dans la mesure où l'interconnexion internationale des réseaux se réalise progressivement. Celle-ci est, en effet, un élément primordial de l'infrastructure requise pour organiser une zone de libre-échange ou, à plus long terme, un marché commun¹⁴⁴. Elle est constituée par un ensemble de lignes et d'équipements associés ou utilisés pour connecter entre eux différents réseaux d'électricité d'un pays à l'autre¹⁴⁵, ouvrant ainsi la possibilité d'un commerce et de marchés intégrés de l'énergie entre ces pays.

Nous allons présenter les normes internes et les accords internationaux de libre-échange ou de marché commun, puis nous exposerons le traitement du service de l'électricité à partir des connexions internationales.

¹⁴⁴ L. F. Moreno, "¿Cómo aborda el derecho comparado latinoamericano la interconexión internacional y el comercio internacional de energía?: caso argentino, colombiano y mexicano". *Reflexiones sobre la integración energética*, op. cit., p. 98.

¹⁴⁵ Article 1 de l'Arrêt 57 de 1998 du 19 mai 1998 selon lequel sont approuvées les dispositions réglementaires applicables aux Interconnexions internationales qui complètent la disposition de l'Arrêt CREG-051 de 1998, *Journal Officiel* N° 43311 du 1^{er} juin 1998.

1. Normes internes colombiennes antérieures à la Décision Andine 536 de 2002.

Ces normes envisagent deux aspects : d'une part, les interconnexions internationales, l'infrastructure des réseaux au moyen de laquelle s'effectuent les transactions d'électricité, et, d'autre part les transactions internationales d'électricité, c'est-à-dire l'exportation et l'importation d'électricité. Les transactions peuvent être à court ou à long terme.

Les articles 9, 226 et 227 de la Constitution, l'article 23 de la Loi 142 et l'article 42-1 de la Loi 143 constituent le corpus de normes relatives aux relations internationales, à partir duquel s'est élaboré un système de normes internes inférieures avant la Décision andine 536 de 2002.

Il s'agit des Arrêtés 57 et 112 de 1998, qui développent les principes de la Constitution et des Lois 142 et 143. Ils établissent des règles spécifiques en matière d'interconnexions internationales et de transactions ou d'échanges internationaux d'électricité à long terme.

Concernant les interconnexions internationales, l'Arrêté 57 de 1998 répond aux interrogations suivantes : en quoi consistent les interconnexions internationales, à quoi servent-elles, qui sont les sujets habilités, qu'en est-il de l'accès et de la rémunération ?

En quoi consistent les interconnexions internationales ? C'est un ensemble de lignes et d'équipements associés, catalogués comme actifs de connexion avec les réseaux d'autres pays.

A quoi servent-elles ? Selon l'article 1, elles constituent le moyen pour réaliser des importations et des exportations d'électricité.

Qui sont les sujets habilités à assurer leur construction et leur opération ? Selon l'article 2, la construction et l'opération des interconnexions internationales à des niveaux de tension égaux ou supérieurs à 220 kW seront effectuées par des entreprises ayant comme objet social exclusif le transport, et celles à des niveaux inférieurs à 220 kW seront réalisées par des entreprises dont l'objet social inclut la distribution. (ce dernier point a été partiellement modifié par l'article 39 de l'Arrêté CREG 004 de 2003 : le critère n'est plus les niveaux de tension inférieurs à 220 kW, mais les niveaux de tension 4).

Le principe du libre accès aux interconnexions internationales est-il reconnu ? Oui : l'article 4 prévoit le libre accès aux interconnexions internationales situées sur le territoire national pour tout importateur, exportateur ou tiers, techniquement et économiquement qualifié à cet effet.

Quel est le mode de rémunération de l'usage des réseaux d'interconnexion internationale ? Selon l'article 4-alinéa, la rémunération est convenue librement entre le transporteur propriétaire du réseau et l'exportateur ou l'importateur d'électricité. Concernant les contrats, l'arrêté comprend une figure *sui generis*, obligeant à inclure une clause de cessation du contrat lorsque s'effectuera une intégration du marché de l'électricité. L'article 40 de l'Arrêté CREG 004 de 2003 modifie les dispositions antérieures : dorénavant, les interconnexions internationales classées comme actifs d'usage sont rémunérées comme une charge pour usage du Système de transport national (STN), et celles classées comme actifs de connexion sont rémunérées à travers les charges de connexion approuvées par la CREG.

Dans la pratique, la Colombie est aujourd'hui interconnectée avec le Venezuela et l'Équateur ¹⁴⁶et envisage de le faire avec le Panama.

¹⁴⁶ C. Quintero, "Planeación, expansión de redes internacionales de energía", *Reflexiones sobre la integración energética*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 34

En ce qui concerne les transactions internationales d'électricité : l'Arrêté CREG 57 de 1998 fixe quelques règles pour l'échange international d'électricité à *long terme*, c'est-à-dire les transactions internationales d'électricité (TIE) réalisées directement par les agents au moyen de contrats d'import-export. Il est intéressant de signaler que si les premières TIE régulées par la CREG ont été celles à long terme, celles-ci ne connaissent pas encore un fonctionnement normal, contrairement aux TIE à court terme.

Les Arrêtés 57 et 112 de 1998 sont muets au sujet des TIE à court terme et établissent les deux éléments structurels suivants pour les TIE à long terme: les sujets habilités à réaliser ce type de transactions sont les producteurs et les négociants; en ce qui concerne les contrats du marché international, des règles spécifiques sont fixées pour le processus d'attribution des contrats d'électricité à long terme passés sur le marché de gros.

2. *Accords internationaux de libre-échange : Décision andine 536*

Comme on l'a dit, la Colombie a passé divers accords bilatéraux et traités régionaux, et actuellement elle en négocie deux autres. En ce qui concerne les traités régionaux, on se référera ici uniquement à la Communauté andine des nations (CAN) et au traité continental appelé Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA). On n'abordera pas d'autres processus tels que l'Association latino-américaine d'intégration (ALADI), créée en 1980, ou le Traité de libre-échange entre la Colombie, le Mexique et le Venezuela (G3), étant donné que le service de l'électricité n'est pas inclus dans l'agenda des négociations.

a. Accords bilatéraux

En premier lieu, il y a les accords bilatéraux avec l'Équateur, le Panama et le Venezuela. A ce jour la Colombie a concrétisé une interconnexion

internationale avec l'Équateur et le Venezuela uniquement. Avec le voisin équatorien existent une interconnexion de 138 kW, réalisée en 1998, et celle entre Jamundino et Pomance, de 230 kW. Avec le Venezuela existent les interconnexions Guasdalito-Arauca (34,5 kW), Cuestesitas-Cuatricentenario (220 kW), Zulia-La Fría (115 kW) et Coroso-San Mateo (230 kW)¹⁴⁷. Avec le Panama un accord d'interconnexion des réseaux est en voie d'élaboration. Quand il se concrétisera, la Colombie se trouvera interconnectée avec tout le réseau d'électricité de l'Amérique centrale, ce qui constituera une avancée stratégique puisque cette région dispose d'un marché intégré¹⁴⁸. En outre, ce sera une étape dans l'interconnexion avec les pays de l'Amérique du Nord.

En deuxième lieu, il y a le Traité de libre-échange (TLE) avec les Etats-Unis. Actuellement en cours de négociation, il s'inscrit dans le cadre régulateur de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Certains thèmes abordés comme les services, l'investissement et la concurrence ont une incidence sur l'organisation du marché de l'électricité colombien. Les experts prévoient que le TLE accélérera les privatisations¹⁴⁹, notamment dans le secteur électrique où subsistent des entreprises publiques. Mais le commerce de l'électricité entre les deux pays ne sera possible que lorsque l'interconnexion entre eux sera réalisée. C'est dans le domaine des services professionnels et celui de l'investissement que le traité se concrétisera davantage.

b. La Communauté andine des nations (CAN)

Le principal accord régional dont fait partie la Colombie est la Communauté andine des nations (CAN). Créé en 1957, ce projet unissant Bolivie, Colombie, Équateur, Pérou et Venezuela n'a jamais pu atteindre l'objectif de constituer un marché commun et reste à ce jour une union douanière très imparfaite.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ *Ibíd.* p. 83

¹⁴⁹ Revué *Portafolio*, Bogotá D.C., mercredi 9 juin 2004.

Il a fallu attendre 2002 pour voir adopter une décision en matière d'électricité : la Décision 536 de la CAN. Celle-ci établit les règles concernant l'interconnexion sous-régionale des systèmes et les échanges intracommunautaires d'électricité.

Contenu de la Décision 536

- Les destinataires sont les pays membres. Ceux-ci doivent adapter leur législation interne afin d'harmoniser les cadres normatifs en matière d'interconnexions et de transactions commerciales d'électricité.
- Concernant l'accès au réseau, le texte impose aux pays membres de garantir le libre accès aux lignes d'interconnexion internationale. En conséquence, chacun est invité à promouvoir la participation de l'investissement privé au développement des infrastructures de transport pour les interconnexions. En ce qui concerne la Colombie, elle reconnaît depuis 1998 le principe de libre accès au réseau d'interconnexion internationale pour tout importateur, exportateur ou tiers (Arrêté 57).
- Le texte établit les conditions de la concurrence sur le marché de l'électricité. Les pays membres de la CAN doivent garantir les conditions de la concurrence sur le marché de l'électricité, permettant d'éliminer toute pratique discriminatoire et tout abus de la position dominante. Toutefois, il faut signaler que la Décision ne prend pas en compte l'existence de certains types de restrictions provenant des États membres. Il aurait fallu préalablement demander à chacun d'éliminer ces restrictions.

- Concernant l'accès des agents participant au marché, la Décision consacre leur droit à se voir accorder tout permis, autorisation ou concession pour intervenir sur le marché de l'électricité. Une fois remplies les conditions préalables, ils sont habilités à réaliser toute activité de commercialisation dans n'importe lequel des pays membres.
- En ce qui concerne les transactions, le texte établit deux types de transactions internationales d'électricité (TIE) : à court terme et à long terme. Les TIE à court terme sont des transactions s'effectuant entre les centres de dispatching de chaque pays¹⁵⁰. Il s'agit de flux d'énergie à court terme. Ces transactions sont limitées à la capacité des liaisons internationales. En Colombie, l'Arrêté 004 de 2003 de la CREG traite amplement de ce type de transaction. Les TIE à long terme sont des contrats de caractère commercial ¹⁵¹ dans le cadre de la liberté en ce domaine que doivent reconnaître les pays membres. Ces contrats d'achat et vente ne peuvent influencer sur les dispatchings économiques des systèmes.
- A propos du transport de l'électricité : le texte traite tout particulièrement de cette activité, notamment de la planification, la coordination et la rémunération.
- Le texte inclut également des règles sur les prix de l'électricité. De chaque côté d'une frontière, on tiendra compte de toutes les charges propres du système de l'électricité existant dans le pays.
- Concernant les subventions, droits de douane et restrictions : les membres n'accorderont aucun type de subvention aux exportations et

¹⁵⁰ Décision andine No 536, *Marco general para la interconexión subregional e sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad*. <www.comunidadandina.org/normatividad/dec.d536.htm>

¹⁵¹ Concept S- 2004- 040416, Commission régulatrice de l'énergie et du gaz CREG, <www.CREG.gov.co/publicac.nsf/indice01.conceptos.CREG=2004=C040416>

importations intracommunautaires d'électricité et n'imposeront pas de droits douaniers ni de restrictions spécifiques.

Analyse de la Décision 536

A notre point de vue, la Décision 536 de 2002 constitue simplement une base pour la promotion des importations et les exportations intracommunautaires d'électricité. Dans la réalité, les pays andins maintiennent sur les marchés une série de restrictions qui ne permettent même pas de penser à l'objectif d'une zone de libre-échange de l'énergie.

Par ailleurs, cette Décision est loin d'être une directive pour l'organisation d'un marché commun. Pour cela, la Commission de la CAN devra en élargir le propos, établir des règles de libéralisation du marché intracommunautaire, permettant aux usagers de choisir librement leur fournisseur et aux prestataires d'approvisionner librement leurs clients, et dans ce but consacrer la libre prestation des services, la liberté d'établissement et la séparation juridique des activités.

Quelques lacunes normatives que nous observons dans la législation andine: il n'y a pas de règles spécifiques sur la production, le transport, la distribution et la commercialisation de l'électricité; le texte n'établit pas les procédures pour l'accès aux réseaux selon les modèles d'accès négocié et d'accès régulé; il ne mentionne pas la séparation des activités; pour un processus de libéralisation et de concurrence intracommunautaire, il convient de préciser clairement si on maintient l'intégration des activités ou si on adopte la séparation de celles-ci; le texte n'établit pas les différents degrés d'ouverture du marché; le principe de réciprocité n'est pas mentionné; le rôle des États membres concernant les obligations de service public n'est pas indiqué clairement.

La CAN doit donc encore réaliser des progrès pour définir les règles de l'organisation d'un véritable marché intégré de l'électricité. Compte tenu de la réalité d'aujourd'hui dans la région, la tâche prioritaire devrait être d'affiner certains aspects pour arriver au moins à consolider une zone de libre-échange de l'électricité.

Dans un avenir immédiat, l'accord récent entre la CAN et le MERCOSUR servira de base pour une normativité des interconnexions internationales de réseaux, qui peu à peu se mettent en place dans toute l'Amérique latine.

3. Normes internes colombiennes développant la Décision 536

En développement des principes énoncés dans la Décision 536 de 2002¹⁵², la CREG a pris les Arrêtés 001 et 004 de 2003 et 014 de 2004. Ces normes traitent uniquement des TIE *à court terme*. Il manquait en effet un cadre juridique assurant leur mise en place prioritaire par rapport à d'autres transactions. Trois éléments structurels pour les TIE à court terme sont définis :

- les sujets habilités à réaliser ce type de transactions sont le Centre national de dispatching (CND) et l'Administration du système d'échanges commerciaux (ASEC) de Colombie avec d'autres administrateurs et opérateurs du marché des pays andins ou autres ;
- on fixe les règles opérationnelles et commerciales pour le dispatching économique coordonné avec les pays de la CAN et d'autres pays ;
- on précise les garanties que doivent présenter les agents bénéficiaires de ce type de transactions.

¹⁵² Cette Décision est une norme juridique incorporée comme norme interne colombienne, en vertu du Traité de la Communauté andine des nations.

A ce jour, les résultats concernant les TIE à *court terme* sont satisfaisants, en particulier entre la Colombie et l'Équateur qui ont mis en place une interconnexion internationale dotée de la capacité pour l'approvisionnement mutuel, vu que les deux systèmes sont complémentaires.

Parallèlement, les agents opérant le marché de l'électricité colombien pressent le gouvernement et la CREG de fixer des règles concernant les TIE à *long terme* afin de pouvoir participer également aux importations et exportations au sein de la CAN et faire en sorte que la réalisation de ces transactions ne soit plus réservée aux administrateurs et opérateurs du marché.

Pour finaliser ce chapitre, présentons brièvement le projet de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA). Comme tous les pays des Amériques, la Colombie est engagée dans les négociations de ce traité qui vise à créer une zone de libre-échange s'étendant de l'Alaska à la Patagonie. Le thème de l'électricité est traité dans le chapitre des services. Au début des négociations, l'énergie électrique n'était pas mentionnée expressément, c'est plus tard, pendant le processus, que ce thème a été inclus dans l'agenda. Jusqu'à présent peu de progrès concrets ont été faits concernant la régulation de ce service public.

En Colombie cependant, la question suscite beaucoup d'intérêt, donnant lieu à une série de propositions des corporations d'entreprises, de la société civile et des autorités du pays concernant les règles sur l'accès au marché, l'investissement, la concurrence et l'interconnexion internationale des réseaux. Bien entendu, pour pouvoir se concrétiser ces idées doivent d'abord faire l'objet d'un consensus.

Par ailleurs, à mesure que se concrétise le macro - projet d'interconnecter les réseaux d'énergie de tout le continent américain, on

observe une attention croissante pour le service de l'électricité dans les négociations de la ZLEA.

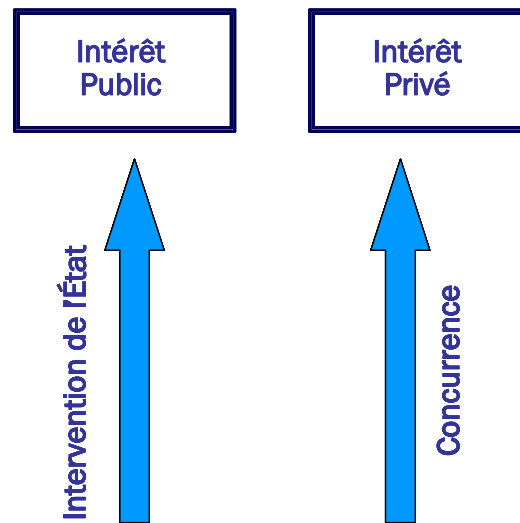
III. CARACTERISTIQUES DU MODÈLE

En Colombie, sur la base de l'article 365 de la Constitution et des Lois 142 et 143 de 1994, le modèle se traduit par la coexistence de deux principes constitutionnels¹⁵³ : l'intervention de l'État et la concurrence. Ici, l'introduction de la concurrence n'implique pas une réduction de l'État. On note que le système normatif contenu dans la Constitution et les lois sectorielles est influencé par l'idéologie du libéralisme interventionniste. Le marché a été conçu avec un certain degré d'interventionnisme étatique, le propos étant d'atteindre les objectifs publics au travers de modalités d'intervention publique telles que la régulation et la surveillance du marché.

Dès la mise en œuvre de la restructuration du secteur électrique dans les années 90, les décideurs latino-américains ne sont pas pleinement convaincus que le marché en concurrence est à même de tout résoudre. La raison est que divers objectifs publics sont loin d'être totalement atteints. Pour chercher à les atteindre, on met en place, en Colombie et dans de nombreux pays de la région, un modèle mixte, en introduisant la concurrence et en établissant des règles d'intervention de l'État. Cette coexistence de l'intervention de l'État et de la concurrence est représentée sur la figure 2.

¹⁵³ Nous suivons le concept des principes constitutionnels selon la proposition de C. Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios, Madrid, Políticos y Constitucionales, 2003 p. 613-658.

Figure 2: Modèle de la concurrence (coexistence de l'intervention de l'État et de la concurrence)



Comme nous pouvons l'observer, ces deux principes arrivent chacun de leur côté à des objectifs publics dissemblables.

Cette coexistence se module d'un pays à l'autre, suivant le degré d'intensité de tel ou tel facteur. Elle comporte des risques liés à la prépondérance de l'un ou l'autre. Ainsi, une prédominance accentuée de l'État risque d'affecter la situation de concurrence. Plusieurs études soulignent cet aspect négatif de l'intervention étatique¹⁵⁴. A l'inverse, une suprématie de la concurrence laisse au libre jeu du marché la poursuite de certains objectifs publics, qui l'intéressent très peu.

Dans le cas colombien, diverses études démontrent une prédominance de l'intervention de l'État face à la concurrence¹⁵⁵. Cette situation est à mettre en

¹⁵⁴ Cfr. U. Ayala et J. Millán, *La sostenibilidad de las reformas del sector eléctrico en Colombia*, Bogotá D.C., Fedesarrollo, 2003. Dans l'introduction du livre, les auteurs manifestent leurs inquiétudes pour le retour du modèle d'État, qui fut si néfaste dans le passé.

¹⁵⁵ Voir 1) S. Urbiztondo, J. M. Rojas y C. Chahín, "Al rescate de la Reforma eléctrica de 1994", *Misión de servicios públicos*, Fedesarrollo, 2004, <<http://www.fedesarrollo.org/contenido/articulo.asp?chapter=168&article=478>>, 2) *Análisis de la evolución de los servicios públicos domiciliarios durante la última década*. Energía eléctrica, <<http://www.andesco.com/index2.php?IdCat=76&IdSub=271&detalle=1>>, s.a., Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Actividades Complementarias e inherentes ANDESCO y Centro de

rapport avec le contexte du processus de restructuration¹⁵⁶ : déséquilibres régionaux, segmentation géographique du marché liée au relief montagneux, taux élevé de pauvreté (64% des 44 millions d'habitants)¹⁵⁷, culture du non-paiement des services publics dans plusieurs régions, pouvoir du marché, violence généralisée, extrême concentration de la richesse nationale, revenu annuel *per capita* de 2 307 dollars, 85% des usagers d'énergie électrique appartenant aux niveaux socio-économiques inférieurs¹⁵⁸. En dépit des excellents résultats obtenus par le marché concurrentiel, les motifs pour justifier l'intervention de l'État semblaient évidents. Dans notre analyse, nous tenterons de discerner les causes réelles de la prépondérance étatique dans la coexistence.

Un élément à prendre en compte est que, dans le droit colombien, l'introduction de la concurrence ne constitue pas un obstacle ou une barrière infranchissable à l'intervention de l'État afin de rencontrer les objectifs publics consacrés dans les articles 2 de la Loi 142 et 3 et 4 de la Loi 143¹⁵⁹ : qualité du service, couverture, prestation continue, ininterrompue et efficiente, liberté de concurrence et non-utilisation abusive de la position dominante, obtention d'économies d'échelle, droits des usagers et régime tarifaire proportionnel, disponibilité des ressources nécessaires pour couvrir les subventions aux secteurs défavorisés de la population, incorporation des aspects environnementaux, réponse adéquate à la demande d'électricité, couverture de la demande d'électricité dans un cadre d'usage rationnel et efficace des ressources énergétiques, opération efficiente, sûre et fiable dans les activités du secteur. Il est intéressant de remarquer la présence de la concurrence dans la

estudios del Desarrollo económico de la Universidad de los Andes, 2004. 3) U. Ayala et J. Millán, *op. cit.* Les deux premières études concluent que le grand problème du secteur électrique est la présence de l'État, la troisième étude nuance cette analyse.

¹⁵⁶ P. I. Bernal, "Límites institucionales a la adopción de la eficacia como principio regulador de los servicios públicos domiciliarios en Colombia", *Contexto-Revista de Derecho y Economía*, 2003, N° 16, p. 28 - 29.

¹⁵⁷ Contraloría General de la República [Cour des comptes], *Evaluación de la política social*, Bogotá, Contraloría General de la República, 2003.

¹⁵⁸ En Colombie, les usagers sont classés sur une échelle socio-économique de 6 niveaux (ou *strates*) d'après les revenus des ménages. Le niveau ou *strate* est établi selon le quartier où réside l'utilisateur et les caractéristiques de l'immeuble où il vit. Les strates 1, 2 et 3 correspondent aux secteurs à revenus très bas ou bas, la strate 4 à la classe moyenne, les strates 5 et 6 aux classes très aisées (revenus élevés ou très élevés, immeubles de grand confort).

¹⁵⁹ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-389 de 2002, 22 mai 2002, dossier D-3765.

liste des objectifs publics. Sa mise en œuvre simultanée avec d'autres objectifs a donné lieu à des contradictions et des antinomies entre eux.

Au vu de ces éléments, dans le cas colombien il ne s'agit pas d'un marché électrique en concurrence idéale, mais en concurrence réelle, devant prendre en compte toutes les circonstances dans lesquelles se réalise la prestation du service public. De son côté, l'intervention de l'État s'avère indispensable pour atteindre les objectifs de type socioéconomique. Ainsi se justifient les différentes modalités d'intervention mises en œuvre : régulation, contrôle, surveillance, intervention de type entrepreneurial, aides de l'État.

En même temps, il y a des raisons suffisantes pour justifier les réformes de première génération mentionnées plus haut : libéralisation, privatisation, introduction de la concurrence sur le marché électrique, puisque l'État cesse de consacrer 30% de l'investissement public dans ce secteur.

A présent, nous allons étudier le fonctionnement de l'intervention de l'État, puis celui de la concurrence, son introduction et les restrictions que l'État y maintient.

A. Intervention de l'État en fonction du marché

L'État non seulement régule et contrôle le marché de l'électricité, conformément à l'article 365 de la Constitution : en outre, en vertu des Lois 142 et 143, il planifie, effectue le service et octroie des aides à l'offre et à la demande. Il s'agit donc d'un cadre d'intervention ample, et surtout adéquat à la réalité socioéconomique du pays, compte tenu de la complexe situation sociale brièvement décrite plus haut. Mais d'emblée, il faut souligner que chacune des modalités présente des défauts.

Cette intervention s'inscrit dans un contexte de répartition des compétences entre Nation, département et communes. Il convient de rappeler ici que l'État colombien n'est pas fédéraliste mais centraliste, que c'est un État unitaire avec un certain degré de décentralisation.

La Nation, conformément à l'article 8 de la Loi 142, a les compétences suivantes : réguler, surveiller et contrôler les services publics ; planifier et appuyer du point de vue financier, technique et administratif les entreprises de services publics ; veiller au respect des normes de protection de l'environnement ; assumer les services publics lorsque les départements et les communes n'en ont pas la capacité suffisante. En matière d'énergie électrique, une responsabilité particulière de la Nation est de garantir la réalisation des activités de production et d'interconnexion des réseaux nationaux.

Les départements, selon l'article 7 de la Loi 142, ont à leur charge l'appui financier, technique et administratif aux entreprises de services publics et la promotion des associations de communes pour la prestation des services publics. Ils doivent garantir sur leur territoire l'activité de transport de l'énergie électrique. S'ils n'ont pas de compétence de régulation, contrôle ou planification, ils ont celle d'accorder des aides à l'offre et à la demande du service et de prêter le service de façon subsidiaire.

Quant aux communes, leurs compétences, en accord avec l'article 5 de la Loi 42, sont les suivantes : réguler (uniquement) les plans d'aménagement du territoire ayant une incidence sur les services publics fournis dans leur espace géographique ; garantir la prestation efficiente des services publics domiciliaires aux habitants ; garantir la participation des usagers à la gestion et au contrôle des organismes prêtant les services publics sur la commune ; octroyer, sur le budget municipal, les subventions aux usagers ; établir la stratification des immeubles résidentiels ; appuyer par des investissements les entreprises de services publics. Les communes doivent aussi garantir la

distribution et la commercialisation de l'énergie électrique. Tout comme les départements, elles ne sont pas compétentes pour réguler le marché, contrôler et planifier le service public électrique, mais elles le sont pour accorder des aides à l'offre et la demande et pour prêter le service de façon subsidiaire, au cas où il ne serait pas effectué par le secteur privé.

Nous allons maintenant analyser chacune des modalités d'intervention de l'État.

1. *Intervention régulatrice*

Les pays ayant adopté ce modèle recourent non à la dérégulation¹⁶⁰ du marché comme d'aucuns le prétendent, mais à la régulation¹⁶¹. On lit et on entend affirmer fréquemment, spécialement chez les économistes, que le modèle mis en œuvre dans les années 90, en Amérique latine, est celui de la dérégulation. En fait, c'est un processus de régulation qui a eu lieu. A cette époque, pour assurer son expansion et une prestation efficiente du service public de l'électricité, le marché sectoriel devait s'organiser et s'adapter aux exigences de la privatisation, de la libéralisation et de la concurrence imposées par les organismes multilatéraux de crédit et par la situation interne de crise de financement des États de la région. En outre, il s'avérait indispensable d'arriver à une cohérence régulatrice face à la dispersion. Il est donc justifié de dire que dans les systèmes juridiques latino-américains, l'État, faisant usage de sa faculté de régulation, a procédé à organiser le marché électrique.

Ce processus de régulation se déroule diversement d'un pays à l'autre. En effet, les marchés électriques de la région se typifient en deux groupes selon la politique de privatisation et de libéralisation mise en œuvre. On a ainsi des

¹⁶⁰ P. Nihoul, *op. cit.* p. 312, Déréguler signifie éliminer ou réduire les règles du droit.

¹⁶¹ Cfr. L. Arteaga, "La Regulacion: Mecanismo de Intervención Estatal", *Letras jurídicas*, EEPP de Medellín, vol. 4, No 1, mars 1999 et N. Palomo, "Autoridades regulatorias: la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG", *Regulacion Eléctrica, Estudio Jurídico*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2003. Voir également la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle, Arrêt C-1162 de 2000, 6 septembre 2000, dossier D-2863 et Arrêt C-150 de 2003, 25 février 2003, dossier D-4194.

marchés où concourent des entreprises publiques et privées (exemple, la Colombie) et d'autres où prédominent les entreprises privées (exemple, l'Argentine), ainsi que la régulation de marché où prédominent les entreprises publiques (le cas du Mexique).

Dans le cas colombien, l'intervention régulatrice est consacrée dans la Constitution (article 365) et développée avec précision dans la législation (Loi 142, articles 3.3, 14.18 et 68, Loi 143, article 43). Ce type d'intervention s'inscrit dans une structure où parmi les 57 entreprises d'électricité, 31 sont publiques et 26¹⁶² sont privées. Parmi ces dernières, beaucoup appartiennent au capital étranger, en particulier dans les activités de production et de distribution.

Le résultat de cette intervention régulatrice est qu'elle organise un marché électrique en concurrence, mais comportant plusieurs restrictions¹⁶³, comme on verra plus loin.

Deux arrêts de la Cour Constitutionnelle¹⁶⁴ précisent que la CREG n'est pas la seule autorité de régulation. Le Congrès et le Président de la République ont également des facultés de régulation en matière d'énergie électrique. La Cour Constitutionnelle précise également que la régulation n'est pas une nouvelle source du droit, mais une fonction de l'État, une faculté d'édicter des normes juridiques qui sont soumises au principe de hiérarchie normative¹⁶⁵.

C'est dans ce cadre que le Congrès a édicté les Lois 142 et 143 de 1994, que le Président a pris quelques décrets réglementaires (peu nombreux) et que la CREG a émis de nombreuses décisions administratives (soumises à la hiérarchie normative).

¹⁶² S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.* p. 17

¹⁶³ *Ibidem*, p. 28

¹⁶⁴ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-309 de 2002, 30 avril 2002, dossier D-3754

¹⁶⁵ La hiérarchie normative colombienne est la suivante, de haut en bas : la Constitution, les Lois, les politiques du gouvernement, les décrets réglementaires, les actes administratifs de régulation. Cette hiérarchie a été établie par la Cour Constitutionnelle, Arrêt C-1162 de 2000, 6 septembre 2000, Dossier D-2863.

La grande majorité des normes visant à réguler le marché électrique provient donc de la CREG. On peut même parler d'une véritable inflation de normes. Au cours des dix dernières années la CREG a émis un millier de décisions... mais il n'y a pas eu, en même temps, un processus de systématisation et de cohérence, ce qui engendre une certaine insécurité juridique parmi les participants à ce marché¹⁶⁶.

L'État a organisé et orienté le marché vers la concurrence, mais avec divers défauts (dont certains d'origine) mis en évidence par des études nationales¹⁶⁷ :

- maintien de restrictions à la concurrence, comme l'intégration verticale de certaines activités,
- gestion économique et technique du système assumée par un agent du marché jusqu'à 2005, car à partir de cette date¹⁶⁸, ce schéma sera remplacé par une autorité chargée de la gestion du système technique et commercial dépendant appelée Experts en Marchés-XM.
- inégalités de concurrence,
- fragilisation des institutions de régulation due à un appui politique et financier déficient,
- schéma de régulation incomplet ou exposé aux interprétations à cause de l'ambiguïté des normes supérieures et inférieures,

¹⁶⁶ M. E. Valderrama, "La inseguridad jurídica en el sector eléctrico", *Regulación Eléctrica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 93.

¹⁶⁷ Cfr. S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.*, p. 28

¹⁶⁸ Décret 848 du 28 mars 2005 "Autorisant la constitution d'une entreprise de services publics", *Journal Officiel* N° 45.863 du 29 mars 2005.

- indéfinition régulatrice de multiples questions non tranchées,
- fragilisation des institutions de régulation en raison du nombre croissant de conflits entre les agents du marché et la CREG, suite aux nombreuses plaintes contre les décisions de cette autorité,
- risques de conflit d'intérêt de l'État entrepreneur et de l'État régulateur liés à la participation des ministres des Finances et des Mines et de l'Énergie aux conseils de direction des entreprises mixtes ou officielles d'ordre national prêtant le service de l'électricité et comme membres de la CREG avec pouvoir de vote.

A la liste, nous ajoutons cet autre facteur de déséquilibre : l'influence des facteurs réels de pouvoir dans la régulation. La Banque mondiale, les maisons mères étrangères des entreprises colombiennes, les corporations du secteur privé, certains dirigeants politiques et bureaucratiques ont une forte incidence sur les décisions du pouvoir formel : Ministère des Mines et de l'Énergie, Département national du plan (DNP), CREG, Surintendance des services publics, etc. D'aucuns affirment que ce sont eux qui fixent les politiques publiques d'énergie électrique. Il faut nuancer : la CREG a pris plus d'une décision allant à l'encontre des forces de pouvoir réel, au point de provoquer des tensions entre l'organisme de régulation et le gouvernement, cette situation ayant été résolue par la promulgation du Décret 314 de 2002, qui, en fin de compte, a établi, dans le cadre du conflit, la priorité des décisions du Gouvernement¹⁶⁹.

Il faut également mentionner des déficiences dans l'information. Dans la pratique, l'État n'a pas la capacité de faire la distinction entre la situation économique des usagers et le développement économique de chaque région du pays, ni de vérifier les chiffres fournis par les entreprises. Conséquence : on

¹⁶⁹ N. Palomo, "Autoridades regulatorias: la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG", *Regulacion Eléctrica, Estudio Jurídico, op. cit.*, p. 33

mesure de la même façon usagers et régions, la normativité ne prend pas en compte les particularités de la population, à l'exception des considérations spéciales pour les zones non interconnectées, du niveau des subventions accordées aux usagers des secteurs défavorisés et des suppléments fixés aux usagers des secteurs aisés. Selon le DANE (Département administratif national des statistiques), les revenus des Colombiens ne leur permettent pas de payer les services publics. Ce type d'information devrait avoir une incidence sur la prise de décisions, en fait il n'est pas pris en compte.

Last but not least, il faut signaler le manque d'efficacité de la régulation dans la réalisation des objectifs publics. Cet aspect est sans doute l'un des plus importants. Les résultats sont insuffisants, le marché n'est pas efficient, la concurrence est plus formelle que réelle. Si on considère que l'efficacité au sens de Pareto est "l'assignation des ressources qui a cette propriété qu'il n'est pas possible d'améliorer le bien-être d'une personne sans détériorer celui d'une autre"¹⁷⁰ [notre traduction], force est de reconnaître que le secteur électrique colombien n'est pas efficient : l'amélioration de la situation de certains agents a fait empirer celle d'autres agents, et cela sur tous les segments, dans toutes les activités du marché.

2. *Intervention de contrôle et surveillance du marché*

Conformément aux articles 365 et 3.4 de la Loi 142 de 1994, une autre modalité de l'intervention de l'État colombien sur le marché électrique est le contrôle et la surveillance. Cette modalité visant à protéger l'intérêt général se distingue clairement de la première : dans son intervention régulatrice, l'État édicte les normes juridiques pour soumettre la conduite des entreprises à un ordre public économique, tandis que dans la seconde, il veille à ce que les conduites des entreprises respectent les objectifs fixés dans les normes juridiques édictées.

¹⁷⁰J. Stiglitz, *La economía del sector público*, España, Antoni Bosch Editores, 2002, p. 75-76.

C'est dans ce cadre que nous analyserons l'intervention de l'État, qui à ce propos présente une typologie intéressante : un type diffus (Colombie), distinguant l'organe de régulation spécialisé et celui de contrôle et surveillance (même si le premier a aussi certaines fonctions de contrôle); un type concentré (Argentine), avec un seul organe chargé à la fois des fonctions de régulation, contrôle et surveillance du marché.

Dans la pratique, les deux schémas font l'objet de critiques¹⁷¹ parce qu'ils ne réussissent pas à protéger efficacement les droits des usagers ni à créer les conditions garantissant la concurrence et l'autonomie financière des entreprises. Voyons en détail le modèle diffus mis en œuvre en Colombie :

- Séparation de l'organe de régulation spécialisé et de l'organe de contrôle et de surveillance.

L'organe qui régule le marché électrique est la CREG, et celui qui contrôle et surveille le service public de l'électricité est la Surintendance des services publics (SSP). L'intention de cette séparation est de spécialiser les interventions de l'État. La coordination est assurée avec la participation (uniquement consultative) de la principale autorité de la SSP aux réunions de la CREG.

Les fonctions de la SSP sont fondamentalement de police administrative¹⁷² : surveiller l'accomplissement des normes de la part des entreprises dans l'exercice de leurs activités sur le marché électrique. En particulier, la SSP veille à ce que soient respectés les droits des usagers, la concurrence et les tarifs. A ce sujet, l'action de la SSP est vivement critiquée par les représentants des entreprises et les associations de consommateurs, qui vont

¹⁷¹ "Energía enreda a América Latina", *EL TIEMPO*, Bogotá, 30 mai 2004, p. 1 - 19

¹⁷² E. Ramírez, "Intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios: ¿interferencia perniciosa o injerencia necesaria?", *Letras Jurídicas*, EEPP de Medellín, Vol. 5, No 2, septiembre 2000. p. 28 - 29.

jusqu'à réclamer sa suppression. Mais pour concrétiser cette proposition, une réforme Constitutionnelle serait nécessaire puisque la SSP a été créée par la Constitution de 1991.

La CREG a également certaines facultés de contrôle consacrées dans la Loi 142, par exemple celle d'ordonner la scission d'une entreprise de service public (article 73.13), la fusion d'entreprises (73.14), la liquidation d'entreprises monopolistiques (73.15) ou celle d'éviter les abus de position dominante (74.1). Dans la pratique, la CREG n'a pas encore exercé ces fonctions, sauf la dernière (à travers les règles imposées par l'Arrêté 34 de 2001, elle a évité ce type d'abus sur le marché de gros de l'électricité). Les fonctions de contrôle de la CREG ne sont pas redondantes avec celles de la SSP : celle-ci sanctionne les conduites contraires à la loi, alors que les décisions prises par la CREG sont des mesures préventives.

- D'autres organes de contrôle et de surveillance.

D'autres organes s'occupent aussi de contrôler et surveiller le service public de l'électricité. C'est-à-dire que le contrôle n'est pas l'exclusivité de la SSP, cette position est contraire à celle défendue par la Cour Constitutionnelle qui prêche pour cette exclusivité¹⁷³.

- La Surintendance des sociétés (SDS) inspecte et surveille les actes des entreprises d'électricité en tant que personnes juridiques mais non leurs actes sur le marché. Par exemple, elle autorise les réformes statutaires ou les réductions de capital.
- La Surintendance de l'industrie et du commerce (SIC) est l'autorité générale de la concurrence. Elle exerce des fonctions de police

¹⁷³ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-599 de 1996, 6 novembre 1996, dossier D-1301.

administrative, elle autorise ou non les opérations de concentration ou les accords entre les entreprises d'électricité.

- La *Contraloría General de la República* (Cour des Comptes) exerce un contrôle fiscal lorsque l'État réalise des investissements dans les entreprises électriques.
- Le Parquet général de la Nation examine les éventuelles fautes disciplinaires dans la conduite des fonctionnaires de ces entreprises.

Les critiques adressées à l'intervention de contrôle et surveillance concernent principalement les trois aspects suivants : la division de la compétence entre la SSP et la SIC en matière de concurrence déloyale et de pratiques restrictives de la concurrence: selon Miranda¹⁷⁴, l'action d'un seul organe de surveillance de la concurrence serait plus efficace; la faculté d'administrer et liquider conférée à la SSP, qui affecte sa capacité de contrôle : dans certains cas la SSP agit comme prestataire de service, en concurrence avec les autres agents du marché qu'elle est chargée de contrôler et surveiller¹⁷⁵; le non-respect de leurs obligations contractuelles de la part des entreprises administrées par la SSP¹⁷⁶; de nombreuses conduites incorrectes des entreprises (restrictions de la concurrence, pratiques contre les usagers) ne sont pas sanctionnées par la SSP, ce qui empêche un fonctionnement normal du marché¹⁷⁷.

Pour notre part, nous voudrions mettre en relief une décision de la SSP¹⁷⁸ qui constitue, à notre avis, une restriction de la concurrence. Dans l'affaire opposant deux négociants indépendants d'électricité *ElectroTolima* et

¹⁷⁴ A. Miranda, " La política de la competencia en el próximo gobierno", *Ámbito Jurídico*, año V, No 101, Bogotá, 25 marzo al 14 de abril de 2002.

¹⁷⁵ U. Ayala et J. Millán, *op. cit.*, p. 66-72, S. Urbiztondo, J. M. Rojas y C. Chahín, *op. cit.*, p. 18-23.

¹⁷⁶ F. Ochoa, *Distorsiones regulatorias y falencias de la SSP*, Alcogen, Bogotá D.C., Conferencias del 16 de diciembre de 2002, <<http://www.acolgen.org.co/mod.php?mod=docs&op=see&lid=39>>

¹⁷⁷ S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op.cit.* p.20

¹⁷⁸ Arrêt SSP N° 2991 de 2003.

GenerCauca, la SSP a sanctionné le second qui n'a pas fait payer, au moment de pénétrer sur un nouveau marché dans le département du Tolima, les mêmes coûts de commercialisation que le négociant établi sur ce territoire (*ElectroTolima*) au moins durant la première année d'opération. Or cette exigence de la SSP n'est signalée dans aucune norme... Il y a donc là une restriction de la concurrence réalisée par l'organe censé veiller au respect de la concurrence !

3. *État entrepreneur*

La Constitution, article 365, habilite non seulement les particuliers, c'est-à-dire les entreprises privées et les collectivités organisées, mais aussi l'État à prêter les services publics. Entreprises privées et entreprises publiques peuvent exercer librement leurs droits économiques sur le marché de l'électricité. En effet, l'État ne s'est pas réservé la *titularité*¹⁷⁹ de l'activité de l'énergie électrique¹⁸⁰.

Ainsi, du point de vue constitutionnel, l'État est habilité à être entrepreneur dans la prestation du service public de l'électricité, et dans la pratique plusieurs entreprises publiques y participent, représentant 31 du total de 57 des entreprises du secteur. Si nous insistons sur ces éléments, c'est pour montrer que ce type d'intervention de l'État est loin de disparaître, contrairement aux vœux de Millan¹⁸¹.

Toutefois, il convient de souligner que dans son développement légal (Loi 142, articles 6,7 et 8), l'intervention entrepreneuriale de l'État reçoit une orientation particulière : l'État peut intervenir en créant des entreprises mais de

¹⁷⁹ Nous traduisons par ce néologisme le terme *titularidad* usuel dans le droit colombien.

¹⁸⁰ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-037 de 2003, 28 janvier 2003, dossier D-3982. Dans cet arrêt, la Cour Constitutionnelle précise que la Constitution n'a pas établi la titularité de l'État *per se*, cette réserve de l'État n'étant possible que si le législateur l'a déclaré ainsi par la Loi, et comme les Lois 142 et 143 de 1994 ne l'ont pas déclaré, alors il n'existe aucune titularité de l'État pour le service public de l'électricité.

¹⁸¹ S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.*, p. 24-25. Ces auteurs proposent l'élimination de l'État entreprise dans le secteur électrique.

façon subsidaire¹⁸², lorsque, pour différentes raisons, les particuliers n'exercent pas leur droit de libre entreprise. En première instance, c'est à ceux-ci de prendre l'initiative de prêter le service public de l'électricité, et quand ce n'est pas possible, l'État intervient afin de garantir la continuité de ce service.

Autre aspect important : la Constitution consacre la possibilité de l'État entrepreneur sans *titularité* officielle du service public électrique¹⁸³. Cependant, à l'article 365-2, la Constitution prévoit que, pour des raisons de souveraineté et d'intérêt social, l'État peut se réserver certaines activités ou services publics. Dans ce cas, il devra préalablement indemniser les personnes qui seraient ainsi privées de l'exercice d'une activité licite.

Ce point mérite d'être souligné : ce qu'autorise la Constitution, en effet, c'est que, au moyen d'une loi, l'État se réserve l'exercice de l'activité de l'énergie électrique comme un monopole public. Si cela se produisait, cela exclurait pour les particuliers toute possibilité d'exercer leur droit de libre entreprise, ou bien ils devraient obtenir un titre d'habilitation concédé par l'État.

A l'intervention entrepreneuriale de l'État beaucoup reprochent qu'elle décourage l'investissement privé et qu'elle grève lourdement les finances publiques. D'autres analystes mettent en évidence le conflit d'intérêts, l'État étant à la fois entrepreneur et régulateur¹⁸⁴.

Si nous sommes d'accord sur ces critiques, en revanche nous ne partageons pas la solution qui est prônée : privatiser les entreprises électriques publiques. Ce serait une solution de facilité, ne prenant pas en compte certaines expériences étrangères, où des règles claires sont fixées lorsque l'État est

¹⁸² H. Palacios, *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá D.C., Derecho Vigente S.A., 1999, p. 194.

¹⁸³ Concernant l'intervention entrepreneuriale dans le modèle de concurrence, on observe en Amérique latine deux modalités : l'intervention de façon subsidiaire et sans titularité de l'État dans le service public de l'électricité (Colombie, Guatemala, Salvador par exemple) et l'intervention de façon subsidiaire avec titularité, mais sans exclusivité de l'État (Argentine).

¹⁸⁴ U. Ayala et J. Millán, *op. cit.*, p. 113-114, S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.*, p. 25.

entrepreneur et entre en concurrence avec des entreprises privées. A cet égard, on pourrait s'inspirer du droit européen, où les entreprises publiques sont soumises aux règles de la concurrence¹⁸⁵. Dans la même optique, on rappellera que selon l'article 87 de la Loi 489 de 1998¹⁸⁶, les entreprises publiques ne peuvent jouir de privilèges ou prérogatives contredisant les règles de la concurrence. Sur ce point, la Cour Constitutionnelle¹⁸⁷ s'est prononcée clairement en déclarant que les règles de la concurrence s'appliquent de façon égalitaire aux entreprises privées et publiques.

Comme nous le montrerons dans la Troisième Partie de la thèse, la solution aux problèmes posés par l'intervention de l'État réside ailleurs : dans la convergence. L'État doit continuer à intervenir comme entrepreneur, mais en respectant les règles de la concurrence. Pour cela, il est indispensable de fixer des règles plus claires.

4. *Intervention de l'État par le biais des aides*

Les aides de l'État visent aussi bien la demande que l'offre¹⁸⁸. Selon Hugo Palacios, il s'agit de fonctions de promotion de l'État¹⁸⁹ prévues en général dans l'article 365 constitutionnel. Les aides à la demande sont d'origine constitutionnelle (article 368), elles concernent les usagers à faibles revenus. Pour assurer ces aides un système complexe a été mis en place : les secteurs aisés sont tenus de payer une contribution destinée à financer le service aux secteurs défavorisés ; un fonds de solidarité et de distribution a été créé, qui intervient lorsque les contributions en question ne suffisent pas à couvrir le montant des aides. Selon la Loi 142, articles 87.3, 89 et 99, ce fonds a comme finalité de maintenir les ressources nécessaires pour subventionner la

¹⁸⁵ L. A. Calvo, *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión europea*, Madrid, Ed. Colex, 2001.

¹⁸⁶ Loi du 489 décembre 1998 relative aux normes sur l'organisation et le fonctionnement des organismes d'ordre national, *Journal Oficial* No. 43.464, du 30 décembre 1998.

¹⁸⁷ Cour Constitutionnelle, Arrêts C- 318 de 1994, 14 juillet 1994, dossier N° D-458; C-352 de 1998, 15 juillet 1998, dossier D-1898 et C- 616 de 2001, 13 juillet 2001, dossier D-3279.

¹⁸⁸ S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.*, p. 51.

¹⁸⁹ H. Palacios, *op. cit.* p. 190 - 194.

consommation des usagers de capacité économique réduite. Outre le financement de la consommation, la loi autorise celui de la connexion et de l'installation du compteur pour les usagers des niveaux 1, 2 et 3. La philosophie de ces aides est de favoriser la massification des services publics (Loi 142, article 97).

Les aides à l'offre sont d'origine légale (Loi 142, article 3, alinéas 1, 2 et 8). Il en existe divers types : exemptions fiscales (détaillées à l'article 24), prêts nets de la Nation, opérations de sauvetage des entreprises publiques d'électricité, participation de l'État à des entreprises privées en qualité d'actionnaire. Ces aides posent problème, dans certaines situations elles créent des inégalités entre les concurrents. Il existe aussi des aides à la couverture de l'infrastructure électrique. A cette fin, a été créé un système comprenant divers fonds de soutien à l'extension et à la couverture du service:

- le Fonds national de *regalías* (redevances) (FNR), créé par la Constitution de 1991 et réglementé par les Lois 141 de 1994 et 756 de 2002,
- le Fonds pour l'électrification de la zone non interconnectée, créé par la Loi 633 de 2001,
- le Fonds pour l'électrification des zones interconnectées, créé par la Loi 782 de 2002,
- le Fonds d'énergie sociale, créé par la Loi 812 de 2003 (Plan national de développement *Vers un État communautaire*).

Dans la pratique, ces dernières années l'État a destiné plus de ressources aux aides à l'offre qu'à celles à la demande¹⁹⁰. La plupart des aides à

¹⁹⁰ S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.*, p. 34-35 et 51-52. Pour les aides à l'offre, sur la période 1995-2003 l'État a consacré 596 millions de pesos à des prêts nets de la Nation et 7,6 milliards au sauvetage d'entreprises électriques. Aux aides à la demande, sur la même période il a consacré 4,4 milliards.

l'offre constituent une restriction de la concurrence car elles sont accordées de manière inégale. Les prêts nets de la Nation et les opérations de sauvetage d'entreprises publiques d'électricité réalisés jusqu'en 2003 affectent également la concurrence. En effet, ces sommes permettent d'assainir la situation financière d'entreprises qui, sans cela (dans des conditions normales de concurrence), devraient faire l'objet d'une restructuration, ou sortir du marché. Plus grave encore : l'État a également contribué au sauvetage d'entreprises privées¹⁹¹.

Dans aucun des cas analysés, l'État n'a présenté des arguments valables pour justifier l'octroi de privilèges à certaines entreprises sur un marché de concurrence entre entreprises privées et publiques, et entre entreprises privées. Ce qui soulève deux interrogations : quel est le critère de sélection des entreprises favorisées ? et surtout, pourquoi ne met-on pas en place un système d'aides général, neutre et transparent auquel pourrait accéder toute entreprise sur le territoire colombien, quelles que soient sa nature juridique, sa nationalité et sa position économique ? Nous reviendrons sur ce point dans notre proposition de modèle de convergence.

B. La concurrence : règles et réalité

Développant le principe constitutionnel de la concurrence comme droit de tous les Colombiens (article 333), les Lois 142 et 143, les décrets réglementaires et les actes administratifs de la CREG (normes spéciales) établissent des règles spécifiques du droit de la concurrence appliquées au marché de l'électricité¹⁹². En développement de ce même principe, il faut

¹⁹¹ La même étude de S. Urbiztondo, J. M. Rojas y C. Chahín, *op. cit.*, p. 42, cite les cas récents de la capitalisation des entreprises privées *ElectriCaribe* et *ElectroCosta*, où, à travers l'entreprise publique *Corelca*, l'État a injecté des capitaux en échange d'actions.

¹⁹² L. F. Moreno, *Servicios Publicos Domiciliarios, perspectiva del derecho economico*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 199; H. Palacios, "La competencia en los servicios públicos", *Actualidad Juridica*, Tomo IV, Bogotá D.C., Superintendencia de Servicios Publicos, 2001, p. 53 - 55. De même, voir, G. Sánchez et autres, "Del carácter particular del derecho de la competencia en los servicios públicos", *Actualidad Juridica*, Tomo IV, Bogotá D.C., Superintendencia de Servicios Publicos, 2001, p. 127 - 132. Tous ces auteurs défendent l'existence de règles spéciales de promotion et de contrôle de la concurrence.

rappeler ici l'importance de la Loi 155 de 1959 et du Décret 2153 de 1992, qui sont des normes générales applicables, selon Palacios,¹⁹³ à ce marché de manière supplétoire et selon nous conformément à l'article 5 de la Loi 57 de 1887, en cas de conflit entre le régime général et le régime spécial, on applique de préférence le second. Par ailleurs, conformément à l'article 8 de la Loi 153 de 1887, lorsqu'il n'y a pas conflit de normes entre les deux régimes, le régime général est susceptible d'application de façon complémentaire et analogique.

En Colombie, c'est l'État qui introduit la concurrence sur le marché de l'électricité, mais en maintenant certaines restrictions¹⁹⁴, et dans ses interventions ultérieures il en impose d'autres. L'introduction de la concurrence a pu se réaliser grâce : (i) à l'adoption de règles générales structurelles pour le marché de l'électricité et (ii) l'approbation de règles de conduite.

Nous examinerons ces règles, mais aussi les résultats obtenus dans la réalité économique.

1. Règles structurelles pour le marché électrique

Avant d'analyser ces règles, il est nécessaire de donner quelque précisions sur les systèmes du marché de l'électricité. En effet, sur le marché de l'électricité fonctionnent deux systèmes : le Système interconnecté national (SIN) et la Zone non interconnectée (ZNI), chacun avec ses propres règles structurelles.

La ZNI est constituée de vastes aires géographiques où le service public de l'électricité n'est pas fourni à travers le SIN. Situées dans des régions reculées et peu développées du pays, elles représentent 66% du territoire national (754 000 km²), avec une population d'environ 1 500 000 personnes

¹⁹³ H. Palacios, "La competencia y los servicios públicos", *op. cit.* p. 55

¹⁹⁴ U. Ayala et J. Millán, *op. cit.*, p. 18 - 23

réparties dans 1132 localités¹⁹⁵. Font partie de la ZNI les départements suivants : Arauca, Casanare, Putumayo, Archipel de San Andrés, Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés, Vichada, Chocó, Caquetá et Meta¹⁹⁶. D'autre part, dans le SIN certaines aires géographiques présentant les caractéristiques de ZNI sont traitées comme telles. Ce dernier élément a peut-être constitué le motif de la promulgation de la Loi 855 de 2003, qui ne fait pas référence aux départements mentionnés ci-dessus, mais traite en termes généraux des communes, *corregimientos*, *localidades* et *caseríos*¹⁹⁷ non connectés au SIN. Les aires géographiques en question se situent dans les départements mentionnés ou dans d'autres.

Formellement, en termes de la Loi 143, le SIN est un système composé de centrales de production, d'un réseau d'interconnexion, d'un réseau de transport, de réseaux de distribution et des compteurs des usagers. Dans la pratique, il s'agit d'un réseau qui opère dans les parties du pays regroupant la plus forte densité de population et de ressources, autrement dit les zones économiquement développées. Cette réalité est due au fait que l'interconnexion de ces régions, des centrales électriques jusqu'aux points de consommation, est moins coûteuse et plus rentable. Pour les espaces de la ZNI, l'extrême dispersion et la faible densité de la population rendent l'interconnexion extrêmement coûteuse, on a donc imaginé des solutions comme la fourniture locale d'énergie électrique.

Pour cette raison, ces zones fonctionnent selon des normes distinctes du fait que ce sont des espaces spéciaux avec une composition sociale particulière. Ainsi, si les Lois 142 et 143 s'appliquent sur quelques aspects, on a un système normatif spécial formé par les Lois 633 de 2000, 788 de 2002, 732 de

¹⁹⁵ Document 073 du 25 septembre 2003, *Bases conceptuales para la regulación de la prestación del servicio de electricidad en las zonas no interconectadas*, CREG, 2003, <[domino.CREG.gov.co/.../d56ea79ea9f51c9d05256db40076910d/\\$FILE/D.SOPORTE%20RES.%20093.pdf](http://domino.CREG.gov.co/.../d56ea79ea9f51c9d05256db40076910d/$FILE/D.SOPORTE%20RES.%20093.pdf)>.

¹⁹⁶ Loi 788 de 2002 sur la matière fiscale et pénale d'ordre national et territorial, *Journal Officiel* N° 45.046, 27 décembre 2002

¹⁹⁷ Divisions administratives des communes en zone rurale, où l'habitat est extrêmement dispersé.

2002, 812 de 2003 et le Décret 1 140 de 1999. Les ZNI ne sont pas fondées sur la concurrence pour diverses raisons, principalement économiques : le coût élevé de l'interconnexion dû à la dispersion géographique, la précarité du revenu des habitants, la faible utilisation des nouvelles technologies¹⁹⁸. Pour cette raison, dans les ZNI la séparation des activités n'est pas obligatoire, il existe la faculté légale et la mise en œuvre de l'intégration horizontale et verticale. Le système fonctionne avec des entreprises qui développent à la fois dans leur objet social la production, le transport, la distribution et la commercialisation. Dans ces zones, il n'y a pas non plus de marché de gros organisé où on commercialiserait de grands volumes d'électricité et qui, grâce à la concurrence, ferait bénéficier les usagers de meilleurs prix. Il existe un marché où les entreprises intégrées fournissent le service aux usagers finals, conformément aux Lois 142 et 143.

Pour le SIN, le fondement des règles du marché est essentiellement la concurrence. L'analyse des règles générales structurelles du marché électrique se fera donc sur le régime juridique en vigueur dans le SIN.

Il est important de signaler que les règles structurelles du marché au sein du SIN proviennent de la promotion de la concurrence. Le fondement légal de la promotion de la concurrence sur le marché de l'électricité réside dans la concordance entre les articles 2.6 de la Loi 142 et 3 de la Loi 143.

Selon cet ensemble de normes, l'intervention de l'État dans les services publics a comme fin de promouvoir la concurrence dans les activités de ce secteur. Dans cet esprit, la CREG¹⁹⁹ est chargée de promouvoir de façon permanente la concurrence entre les prestataires de services publics afin de conduire graduellement les marchés à la concurrence, l'efficience et la qualité

¹⁹⁸ Document 073 du 25 septembre 2003, *Bases conceptuales para la regulación de la prestación del servicio de electricidad en las zonas no interconectadas*, CREG, 2003, <[domino.CREG.gov.co/.../d56ea79ea9f51c9d05256db40076910d/\\$FILE/D.SOPORTE%20RES.%20093.pdf](http://domino.CREG.gov.co/.../d56ea79ea9f51c9d05256db40076910d/$FILE/D.SOPORTE%20RES.%20093.pdf)>

¹⁹⁹ Article 73 de la Loi 142 de 1994 établissant le régime des services publics, *Journal Officiel* No. 41.433 du 11 juillet 1994

du service, et de garantir une prestation adéquate du service et des prix proches de ceux d'un marché concurrentiel.

Les mécanismes utilisés pour effectuer la promotion dépendent, comme on l'a dit, de la structure de l'activité. En effet, on se trouve face à une double structure : activités en concurrence et activités en monopole²⁰⁰. Pour les premières, les mécanismes de promotion se limitent à préserver et améliorer les conditions de la concurrence²⁰¹, tandis que, pour les secondes, la promotion consiste à créer les conditions pour que le marché monopolistique ressemble, fût-ce virtuellement, à un marché de concurrence²⁰².

Dans les activités en concurrence (production et commercialisation), afin de créer et améliorer les conditions de la concurrence, l'État a régulé certains aspects pour accroître le nombre de participants et créer des efficiences économiques²⁰³: séparation verticale et horizontale des activités, libre entrée sur ce marché et libre sortie, libre accès de tiers aux réseaux, harmonisation et homologation des normes techniques, établissement de règles de conduite. Pour préserver ces conditions de la concurrence, l'État colombien continue à réguler.

Dans les activités en monopole (transport et distribution), afin de créer les conditions de la concurrence, l'État a mis en place la régulation de l'accès et de la connexion du réseau, la régulation des prix ²⁰⁴ et la mise en œuvre de deux

²⁰⁰ G. Ariño, *Principios del Derecho publico economico*, op. cit., p. 561-572. "L'une des conditions ou hypothèses préalables à la construction de la concurrence est la désagrégation (unbundling) des activités compétitives et non compétitives". S. Hunt et autres, *Competition and choice in electricity*, Chichester, John Wiley & sons, 1996, p. 11

²⁰¹ Article 20 de la Loi 143 de 1994 établissant le régime pour la génération, l'interconnexion, la transmission, la distribution et la commercialisation de l'électricité sur le territoire national, des autorisations sont concédées et des dispositions sont émises en matière énergétique, *Journal Officiel* No. 41.434, du 12 juillet 1994.

²⁰² Alinéa 1 de l'article 73 de la Loi 142 de 1994 établissant le régime des services publics, *Journal Officiel* No. 41.433 du 11 juillet 1994.

²⁰³ N. Palomo, *Ley Eléctrica Ley 143 de 1994*, op. cit. et G. Ariño, *Principios del Derecho Público Económico*, op. cit., p. 611 y W. Kip Viscusi, J. Harrington and J. Vernon, *Economics of regulation and antitrust*, London, England The MIT press, 1995, p. 519

²⁰⁴ N. Palomo, *Ley Eléctrica Ley 143 de 1994*, op. cit. et U. Ayala et J. Millán, op. cit., p. 73.

systèmes de promotion: la concurrence par le marché²⁰⁵ et la concurrence comparative.

Il est intéressant de signaler ici que, résultant de l'exercice de régulation pour promouvoir la concurrence, certaines restrictions ou distorsions de la concurrence sont apparues, comme on le verra plus avant dans ce travail de recherche.

Les principaux instruments régulateurs de promotion de la concurrence sur le marché de l'électricité colombien sont : la libre entrée et libre sortie, la séparation partielle des activités, l'intervention de l'État dans les contrats, le régime des réseaux visant à garantir la concurrence, le régime des prix en accord avec la structure du marché, l'organisation du marché de gros et au détail compétitif, les règles sur le changement de négociant. Nous ferons une analyse de chacun d'eux.

a. La libre entrée et sortie conditionnée

L'un des principes ayant inspiré l'article 10 de la Loi 142 est la libre entrée au marché²⁰⁶. La Loi 143 se fonde également sur ce principe (voir les articles 7, 24, 56 et 85). En effet, sur le marché de l'électricité colombien aucun titre d'habilitation n'est exigé à quiconque souhaitant produire de l'énergie ou fournir le service. Autrement dit, chacun peut exercer sur ce marché le droit constitutionnel de la libre initiative.

Soulignons ici que les Lois 142 et 143 traduisent parfaitement l'esprit de la Constitution de 1991 en appliquant strictement dans les services publics le droit de libre initiative. A l'article 365, la Constitution établit les bases de la libre entrée dans les services publics, lesquels "pourront être fournis par l'État

²⁰⁵ B. M. Mitnick, *La economía política de la regulación*, México D.F., Fondode Cultura Económica S.A., 1989, p. 316.

²⁰⁶ H. Palacios, *Derecho de los servicios públicos*, op. cit. p. 173 - 174

directement ou indirectement, par des collectivités organisées ou par les particuliers”. Ces lois reflètent également l’idée que Constitutionnellement aucun service public n’est réservé à l’État. Dans le fond, la Constitution a voulu concéder à la loi la faculté d’approuver ou non la *titularité* de l’État sur les activités des services publics. Les deux lois en question (142 et 143) optent pour ne pas réserver à l’État cette titularité.

Dans cet ordre d’idées, les services publics domiciliaires comme celui de l’électricité sont des activités libres. Cela signifie, premièrement, que l’État n’est pas le titulaire de l’activité et, deuxièmement, que quiconque peut exercer à tout moment le droit constitutionnel de la libre initiative sans avoir préalablement à demander un titre d’habilitation à l’État. Il faut préciser que plusieurs conditions sont imposées dans les activités monopolistiques, en particulier le transport.

En ce qui concerne la libre sortie, cette liberté est garantie, mais sous certaines conditions liées à la continuité du service : l’entreprise souhaitant quitter le marché doit en aviser l’autorité compétente afin que les mesures nécessaires puissent être prises.

b. La séparation partielle des activités

L’article 74 de la Loi 143 est la norme de base de la séparation des activités pour le SIN ; elle n’est pas applicable aux ZNI. Pour le SIN, cette norme ordonne la séparation verticale des activités de production, transport, distribution et commercialisation. On note qu’elle ne mentionne pas leur séparation horizontale.

Dans l’ordre juridique colombien la séparation verticale comprend deux exceptions. La première, selon les articles 74 et 7-alinéa, est l’intégration verticale de l’activité de commercialisation avec la production, ou avec la

distribution. L'intégration peut se réaliser sous deux formes : au sein de la même unité juridique d'entreprise ou au travers d'entreprises filiales²⁰⁷. L'article 80 de la Loi 143 prévoit une autre exception en faveur des entreprises constituées avant 1994 : qui sont autorisées à continuer à exercer dans les mêmes termes et conditions dans toutes les activités de l'électricité. De toute façon, les entreprises intégrées verticalement sont tenues d'établir la séparation comptable prévue à l'article 18 de la Loi 142.

Soulignons que, de toute manière, la séparation des activités tant verticale qu'horizontale résulte de l'application directe du principe constitutionnel de la concurrence comme un droit de tous (article 333 de la Constitution de 1991).

Les règles de séparation verticale s'appliquent uniquement aux entreprises constituées après l'entrée en vigueur de la Loi 143 (12 juillet 1994) ; celles constituées avant cette date sont habilitées légalement à réaliser diverses activités. Pour ce qui est des règles de séparation horizontale, la CREG a accordé un délai de six ans (qui a expiré en 2002) pour leur application aux entreprises²⁰⁸. A la suite de cette séparation des activités, on observe que les activités de production et de commercialisation sont susceptibles de concurrence sur le marché et que celles de transport et de distribution sont des monopoles naturels.

En accord avec cette nouvelle réalité du marché de l'électricité, la CREG, en développement des Lois 142 et 143, établit les règles spécifiques de séparation verticale et horizontale des activités, mais avec une certaine permissivité de l'intégration permise par la Loi 143.

²⁰⁷ L. F. Moreno, "Los grupos empresariales de los servicios públicos de energía eléctrica y gas desde la perspectiva del derecho de la competencia colombiano", *Regulacion Eléctrica: Estudio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 348.

²⁰⁸ Arrêt CREG 128 du 1996 qui énonce les règles sur la participation dans les activités de génération, de distribution et de commercialisation de l'électricité et fixe les limites à la participation actionnaire entre entreprises ayant des activités complémentaires, *Journal Officiel* No. 42.949 du 30 décembre 1996 modifié par l'Arrêt 001 de 2006, *Journal Officiel* numéro 46.170 du 2 février 2006)

On l'a dit, la séparation des activités a permis de constater dans la pratique que, comme le soutient la théorie de la régulation économique²⁰⁹, la concurrence était possible sur le marché pour la production et la commercialisation et ne l'était pas pour le transport et la distribution.

A partir de là, on observe que la politique de régulation colombienne vise, premièrement, à préserver et accroître la concurrence dans les activités de production et de commercialisation, comme le disposent les articles 20 et 23-a de la Loi 143 et, deuxièmement, à mettre en place un système de concurrence sur les marchés en monopole comme le transport et la distribution de l'électricité. Ce qui donne lieu à un double schéma : le schéma de concurrence *par et pour* le marché dans l'activité de transport de l'électricité, en particulier pour la sélection des investisseurs de la construction de nouveaux réseaux de transport, conformément au texte de l'Arrêté CREG N° 218 de 1997, et le schéma de concurrence comparative, où des incitants sont accordés aux entreprises dans les formules des tarifs afin qu'elles soient plus efficaces que la moyenne des autres entreprises, conformément à l'article 92 de la Loi 142.

Malgré ces avancées, les critiques concernant la permissivité de l'intégration verticale de la production avec la commercialisation et la distribution sont nombreuses. Selon les auteurs de l'étude de Fedesarrollo²¹⁰, cette situation résulterait d'un défaut dans la conception de la régulation. Les représentants des entreprises, en particulier des négociants indépendants (ACCE)²¹¹, sont plus sévères, estimant que les problèmes de la concurrence en Colombie résident fondamentalement dans cette intégration autorisée. Toutes les critiques sont d'accord sur un point : cette intégration verticale n'a pas entraîné de bénéfices pour les usagers.

²⁰⁹ M. Lasheras, *op. cit.* p. 276.

²¹⁰ S. Urbiztondo, J. M. Rojas y C. Chahín, *op. cit.*, p. 28

²¹¹ Commentaires corporatifs, <www.acce.com.co>

Voyons brièvement chacune des caractéristiques des activités résultantes à partir de la séparation des activités.

1) Production

Du point de vue juridique, la production est, selon l'article 14.25 de la Loi 142, une activité complémentaire du service public domiciliaire de l'électricité. En même temps, elle est qualifiée comme service public dans les articles 14.20 de la Loi 142 et 5 de la Loi 143. Du point de vue économique, en raison des caractéristiques formelles et structurelles du marché, la production est une activité en concurrence parce qu'elle réunit les conditions économiques suivantes : il y a plusieurs producteurs et négociants; il existe la libre entrée au marché et la libre sortie²¹²; l'électricité est un bien homogène destiné au service public; la détermination des prix est libre, et la fluidité dans l'information est une réalité. Cependant, bien que personne ne l'ait signalé, nous pensons, à partir de la réalité, que cette activité est, compte tenu du degré de rivalité, un marché en concurrence imparfaite qu'il faut réglementer.

En effet, sur le segment de la production, la concurrence existe, mais il s'agit d'une concurrence imparfaite car plusieurs éléments constitutifs de la concurrence sont limités par le marché lui-même ou par l'État. Ces restrictions, comme le démontrent certaines études comme celle de Fedesarrollo²¹³, se présentent dans : la réduction du nombre d'agents économiques, les inégalités compétitives entre les modes de production d'électricité, l'intervention sur les prix, le non-respect par le gouvernement des limites de croissance sur le marché, le degré de compétition entre les entreprises.

²¹² La libre entrée et sortie est conforme à l'esprit de l'article 7 de la Loi 143 de 1994, por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética, *diario oficial* No. 41.434, de 12 de julio de 1994. Toutefois, il existe des conditions minimums à remplir pour entrer au marché : les permis en matière environnementale et sanitaire, usages de l'eau, etc.

²¹³ S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.* p. 28.

Selon des chiffres datant de 2004, il existe 42 générateurs d'énergie qui occupent le marché de gros²¹⁴ où plus de 50% de cette activité est entre les mains du secteur privé²¹⁵. Mais, selon, Fedesarrollo²¹⁶, le marché est en réalité composé de 15 groupes parmi lesquels nous retrouvons: groupe EEPPM, groupe Endesa, Groupe Gouvernement national et groupe Union Fenosa, qui représentent 81% du total en termes de puissance installée et 86% de l'énergie fournie.

La Loi 142 (articles 73-25 et 74-1-a) et la Loi 143 (article 74) autorisent la CREG à fixer des limites à la croissance des entreprises du secteur de l'électricité afin de garantir la séparation verticale et horizontale des activités, promouvoir la concurrence et éviter la concentration actionnaire. A cet effet, la CREG a pris les Arrêtés 128 de 1996, 065 de 1998 et 042 de 1999 (modifiés par la résolution 001 de 2006) pour les limites horizontales et pour les limites verticales c'est l'article 74 de la Loi 143 qui régit.

Limites horizontales: l'Arrêté CREG N° 128 (modifié par la résolution 001 de 2006) ²¹⁷ stipule qu'à partir de 2002 aucune entreprise ne pourra détenir plus de 25% des parts du marché. Le calcul est réalisé selon la formule établie dans l'Arrêté 001 de 2006. Il est important de souligner que le calcul tient compte de l'énergie qui passe dans les liaisons internationales.

Limites verticales: l'article 74 de la Loi 143 de 1994 établit des limites de développement vertical afin de garantir la séparation des activités du secteur. La norme dit qu'il ne pourra pas avoir plus d'une des activités liées à celui-ci, à l'exception de la commercialisation. Veuillez noter que la norme n'explique pas

²¹⁴ R. Ramírez, "Evolución del desarrollo regulatorio en los servicios públicos de electricidad y gas 1994-2004", *Contexto*, Bogotá D. C., Universidad Externado de Colombia, Edición Especial, No 19, septembre 2004, p. 27

²¹⁵ *Ibidem*, p. 29

²¹⁶ S. Urbiztondo, J. M. Rojas et Chahín, *op. cit.*, p. 30, 177-128.

²¹⁷ Article 3 de l'Arrêt CREG 128 du 17 novembre 1996, qui émet des règles sur la participation dans les activités de génération, de distribution et de commercialisation de l'électricité et fixe les limites à la participation actionnaire entre entreprises ayant des activités complémentaires, modifié par l'article 2 de l'Arrêt CREG 001 de 2006, publié dans le *Journal Officiel* N° 46.170 du 12 février 2006.

clairement si l'interdiction porte sur le développement d'autres activités au sein de son objet social ou si elle s'étend à limiter des participations majoritaires ou minoritaires. Selon nous, les entreprises productrices ne pourraient pas développer, dans leur objet social, des activités autres que la commercialisation, ni détenir des participations majoritaires dans des entreprises ayant des activités autres que la commercialisation. Elles ne peuvent développer que l'activité de commercialisation et avoir des participations d'actionnaires minoritaires dans d'autres entreprises, sans tenir compte de l'activité.

A partir de 1994, les producteurs sont donc autorisés uniquement à réaliser conjointement la production et la commercialisation. A cet effet, l'entreprise de production crée une nouvelle unité de négoce dans la même personne juridique, autrement dit elle développe des objets sociaux multiples (entreprise intégrée), ou bien elle participe comme associé, en créant ou en acquérant la nouvelle unité de commercialisation sur le marché, autrement dit une filiale où elle aura une participation majoritaire ou minoritaire lui en assurant le contrôle, ce qui est également une modalité de constituer une entreprise intégrée²¹⁸.

De même, la CREG²¹⁹ a imposé aux entreprises de production qu'elles ne peuvent détenir des actions représentant plus de 15% du capital d'une entreprise de transmission nationale.

En dépit de ces limites légales, dans la pratique on observe un certain nombre d'entreprises intégrées réalisant toutes les activités du secteur de l'électricité sous un même objet social, tout simplement parce que l'article 80 de

²¹⁸ L. F. Moreno, "Los grupos empresariales de los servicios públicos de energía eléctrica y gas desde la perspectiva del Derecho de la Competencia Colombiano", *op. cit.* p. 355 - 357.

²¹⁹ Article 10 de l'Arrêt CREG 04 du 28 janvier 1999, précisant et/ou modifiant les dispositions établies dans l'Arrêt CREG-051 de 1998, selon lequel ont été approuvés les principes généraux et les procédures visant à définir le plan d'expansion en référence du Système de Transmission National et a été établie la méthodologie pour déterminer le revenu régulé pour concept de l'usage de ce Système, *Journal Officiel* No. 43.497, du 09 février 1999.

la Loi 143 autorise les entreprises qui fonctionnaient de la sorte avant l'entrée en vigueur de la loi à poursuivre dans les mêmes conditions.

Paradoxalement, selon l'étude d'Andrés Popayan et autres, on observe que l'État colombien, en sa qualité de producteur d'électricité, ne respecte pas cette limite horizontale et verticale²²⁰.

2) Transport

Du point de vue juridique (Loi 142, article 14.25), le transport de l'énergie est une activité complémentaire du service public domiciliaire de l'électricité. Cette activité est qualifiée de service public aux articles 14.20 de la Loi 142 et 5 de la Loi 143.

Du point de vue économique, le transport, étant une activité de réseaux, est un monopole naturel²²¹. Il s'agit de réseaux de haute tension (égale ou supérieure à 220 kV). Les activités développées par les transporteurs sont la connexion, le transport et l'interconnexion. Ils participent de façon passive au MGE puisqu'ils n'achètent ni ne vendent d'électricité.

Selon l'UPME²²², le secteur du transport comprend 11 entreprises. Dans le Système de transport national (STN) le principal acteur est ISA S.A., propriétaire de 75% des activités du réseau. Des 11 entreprises, comme le signale l'UPME²²³, trois sont des entreprises privées, ce qui veut dire 90% des actifs (réseaux) sont de propriété publique et 10% de propriété privée.

²²⁰ A. Popayán et autres, *Estructura de propiedad en el sector de generación eléctrica en Colombia*, p. 9 – 10, <www.aciem.org/bancoconocimientos/E/>.

²²¹ L. V. Calderón, 'La competencia en la expansión de la transmisión de electricidad en Colombia', *Boletín del Observatorio colombiano de energía*, N° 17, janvier-mars 2005.

²²² Unidad de Planeación Minero Energética-UPME, *Una visión del mercado eléctrico colombiano*, Bogotá D.C., 2004, p. 3-8

²²³ *Ibidem*.

La régulation du secteur du transport vise à contrôler tous les paramètres liés au réseau national : l'offre, la demande et les prix. Comme le transport est une activité en monopole, l'objectif de l'État est d'assurer que l'expansion du Système de transport national (STN) se réalise selon trois critères : efficience, bénéfice des usagers, capacité de satisfaire la demande d'électricité dans les années à venir. En outre, la régulation vise à promouvoir la concurrence. Dans cet esprit, puisqu'il n'est pas possible de promouvoir la concurrence sur le marché, on a mis en place le système de concurrence par le marché (Arrêté 218 de 1997, article 4). On y reviendra plus loin.

Le développement des entreprises de transport de l'électricité, et en particulier celui d'ISA, peut se faire dans les limites suivantes.

Limite horizontale : la règle générale est que les transporteurs doivent se soumettre à la concurrence pour sélectionner l'entreprise qui réalisera la construction d'un nouveau réseau du STN²²⁴. L'article 10-b de l'Arrêté CREG 022 de 2001 prévoit une règle particulière pour ISA : celle-ci ne peut accroître sa participation que lorsqu'elle l'emporte dans les appels d'offres. La création de cette règle s'explique sans aucun doute par le fait qu'ISA détient 75% des actifs du réseau²²⁵.

Limite verticale : elle est consacrée aux articles 32-3 et 74 de la Loi 143 et 3 de l'Arrêté CREG 01 de 1994. Ni ISA ni aucun autre transporteur d'électricité ne peut participer aux activités de production, commercialisation et distribution. Les normes en question ne précisent pas si l'interdiction concerne le développement d'un objet social multiple ou de participations actionnaires, il faut donc comprendre qu'elle s'applique aux deux situations. Par ailleurs, selon l'article 74 de la Loi 143, aucun transporteur, distributeur ou négociant ne peut réaliser l'activité de transport, sauf l'exception prévue à l'article 80 de la Loi 143,

²²⁴ Article 2 de l'Arrêt CREG 085 de décembre de 2002, modifiant les articles 3, 4, 5 et 6 de l'Arrêt CREG-022 de 2001

²²⁵ *Ibidem*.

ni prendre des parts dans une entreprise de transport. Concernant ce dernier cas, la CREG (Arrêté 022 de 2001), en voulant interdire, a en fait habilité ces agents à avoir des actions qui ne dépassent pas 15% du capital d'une entreprise de transport nationale, existante ou future.

3) Distribution

Bien qu'elle y soit mentionnée, on ne trouve pas de définition de l'activité de distribution dans les Lois 142 et 143. Cette définition se trouve dans l'Arrêté 24, article 1 : c'est l'activité de transporter l'énergie électrique par des réseaux de distribution de voltages égaux ou inférieurs à 115 kW. On en déduit, d'une part, qu'il s'agit d'une activité de réseaux permettant un service de transport d'électricité et, d'autre part, que dans le secteur électrique cette activité n'a pas le sens d'activité d'achat et vente (contrairement à ce que soutiennent certains juristes)²²⁶.

Particularité importante à signaler : la distribution est un monopole naturel. Les activités qu'un distributeur peut réaliser sont, entre autres, la connexion et le transport de l'électricité, l'opération et la maintenance des réseaux, la suspension du service²²⁷. Il les réalise sur le MDE.

La distribution est une activité qui se réalise uniquement dans le cadre local ou régional, il n'y a pas de concurrence sur le marché puisque, sur le réseau, il existe un seul opérateur et plusieurs propriétaires. Il peut y avoir plusieurs opérateurs de réseau qui ne sont pas en concurrence, chacun ayant son système de distribution local ou régional.

²²⁶ R. Barreriro, *Derecho de la energía eléctrica*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 250 -253. Cet auteur définit la distribution comme un transport et un approvisionnement électrique, alors que selon nous, ce n'est qu'une activité de transport dans les bas niveaux du réseau.

²²⁷ On peut déduire de l'article 1 de l'Arrêt CREG 024 du 13 juillet 1995, que l'on réglemente les aspects commerciaux du marché de gros de l'énergie dans le système d'interconnexion nationale, qui font partie du Règlement d'Opération, *Journal Officiel* N° 41.937 du 24 juillet 1995 et le point de l'Arrêt 070 de 1998 CREG du 28 mai 1998, établissant le Règlement de distribution de l'énergie électrique, comme partie du Règlement d'opération du système interconnecté national, *Journal Officiel* No. 43.318 du 10 juin 1998.

Pour les distributeurs, la CREG a imaginé un système de *concurrence comparative*, qui incite les entreprises à rivaliser pour bénéficier de l'efficacité imposée dans la formule tarifaire²²⁸. Il y a au total 32 distributeurs²²⁹, dont 70% sont des entreprises publiques et 30% des entreprises privées. Dans la réalité, comme le signale Fedesarrollo²³⁰, il existe dans l'activité de distribution 14 groupes d'entreprises de distribution, dans lesquelles nous avons trouvé quatre groupes principaux par nombre d'utilisateurs connectés: les entreprises publiques de l'État, EEPMP, Codensa, Union Fenosa. Mais, en termes d'énergie transportée, la majorité est concentrée dans le Groupe Union Fenosa y Codensa.

Les objectifs de la régulation sont, ici, de fixer le prix des services, de garantir la qualité et la continuité du service aux utilisateurs et d'établir les règles d'accès de tiers aux réseaux.

Le développement des entreprises de distribution peut se faire dans les limites suivantes : Limite horizontale : l'Arrêt CREG 128²³¹ établissait qu'une entreprise ne pouvait pas posséder plus de 25% des parts du marché de la distribution. Néanmoins, cette règle a été dérogée par l'article 4 de la résolution 001 de 2006. Aujourd'hui, en Colombie, il n'existe aucune limite horizontale pour la croissance des entreprises de distribution.

Limite verticale : selon l'article 74 de la Loi 143, les distributeurs ne peuvent être ni producteurs ni transporteurs. Cependant, dans l'Arrêté 128 la CREG fait une interprétation extensive de cet article en permettant aux entreprises de distribution de détenir jusqu'à 25% du capital d'une entreprise de production d'électricité. Par ailleurs, selon l'Arrêté 04 de 1999, une entreprise

²²⁸ Ce système est implanté sur la base de l'alinéa 2 de l'article 92 de la Loi 142 de 1994, établissant le régime des services publics et émettant d'autres dispositions, *Journal Officiel* N° 41.433 du 11 juillet 1994.

²²⁹ R. Ramirez, *op. cit.*, p. 28.

²³⁰ S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.*, p. 31

²³¹ Article 5 de l'Arrêt CREG 128 du 17 novembre 1996, émettant des règles sur la participation dans les activités de génération, de distribution et de commercialisation de l'électricité et fixant les limites de la participation actionnaire entre entreprises ayant des activités complémentaires. *Journal Officiel* No. 42.949 du 30 décembre 1996 (dérogé par l'article 4 de l'Arrêt CREG 001 de 2006, *Journal Officiel* numéro 46.170 du 12 février 2006)

de distribution peut détenir des actions d'une entreprise de transport à condition de ne pas dépasser 15% du capital.

4) Commercialisation

Selon l'article 14.25 de la Loi 142, la commercialisation est une activité complémentaire reconnue comme service public (concordance des articles 14.20 de la Loi 142 et 5 de la Loi 143). Cette dernière définit uniquement l'activité de commercialisation (les trois autres activités ne sont pas définies). La commercialisation est l'achat et la vente d'énergie électrique à des usagers finals, régulés ou non régulés²³². Nous ajoutons également à cette définition légale la vente sur le marché de gros.

La commercialisation présente la particularité de se développer aussi bien sur le marché de gros que sur celui au détail. Sur le premier, il y a un degré élevé de concurrence. Le second comprend le marché des usagers non régulés, également très concurrentiel, et celui des usagers régulés, avec une faible dynamique de concurrence.

En théorie, la commercialisation est une activité en concurrence vu qu'elle remplit les conditions économiques structurelles suivantes : il y a un grand nombre de négociants, l'entrée au marché et la sortie sont libres²³³, l'électricité est un bien homogène destiné au service public. Dans la pratique, la régulation se justifie car il s'agit d'une activité en concurrence imparfaite pour les raisons suivantes, dont certaines sont également signalées dans l'étude de Fedesarrollo²³⁴: le nombre réduit d'entreprises dans la commercialisation régionale, l'intervention sur les prix aux usagers régulés, le non-respect par le gouvernement des limites de croissance sur le marché, le degré peu élevé de rivalité compétitive.

²³² Article 11 de la Loi 143 du 11 juillet 1994, *Journal Officiel* No. 41.434, du 12 juillet 1994.

²³³ Il existe toutefois des conditions préalables à l'accès au marché : permis en matière environnementale, sanitaire, d'usage des eaux, etc.

²³⁴ S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.* p. 32-35 y 134

Le négociant en électricité développe les activités suivantes : achat et vente d'énergie, mesure, facturation, gestion commerciale, promotion de l'usage efficient et rationnel de l'énergie.

C'est le négociant qui se charge de percevoir les montants payés par les usagers pour le service de l'électricité. Dans le cas des usagers régulés, le montant comprend les éléments **P+T+D+Ac+C** (production, transport, distribution, autres coûts, commercialisation). Les usagers non régulés paient uniquement **P** et **C** au négociant, **T** et **D** étant payés directement ou indirectement selon les cas.

Il y a au total 57 négociants²³⁵, dont 60% sont des entreprises privées et 40% des entreprises publiques. Mais, en réalité, il y a 21 groupes, selon Fedesarrollo²³⁶, parmi lesquels les plus importants sont: groupe Codensa, groupe EEPPM, groupe Union Fenosa et groupe Gobierno Nacional.

Les objectifs de la régulation de la commercialisation sont définis dans la Constitution, la Loi 142 et la Loi 143. Au vu de ces dispositions juridiques, en particulier l'article 73-1 de la Loi 142, il est clair que l'orientation de la régulation est la préservation et l'élargissement de la concurrence et le rejet de l'abus de la position dominante

L'activité de commercialisation présente les limites de croissance suivantes: limite horizontale : depuis 2002, la limite est qu'aucun négociant ne pourra détenir plus de 25% des parts du marché (article 4 de l'Arrêté 128 de 1996). Pour établir le pourcentage, on calcule le quotient entre les ventes d'électricité d'une entreprise et les ventes totales aux usagers finals dans le Système interconnecté national, mesurées en kilowatts heure (kWh). Nonobstant, l'article 3 de la résolution 001 de 2006 change la méthodologie pour

²³⁵ R. Ramirez, *op. cit.*, p. 27

²³⁶ S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op cit.*, p. 32.

calculer ce pourcentage. Or, si on considère l'État entrepreneur en incluant tous les niveaux (national, départemental, municipal), il dépasse la limite de 25% sur ce segment. Une situation qui constitue clairement une pratique d'inégalité compétitive par rapport aux entreprises privées.

Limite vertical : selon el paragraphe de la la Loi 143, les négociants peuvent développer leur objet social en combinaison uniquement avec la production ou la distribution, soit dans la même personne juridique soit à travers de filiales. Depuis l'entrée en vigueur de la loi, les négociants ne peuvent plus développer l'activité du transport, sous aucune forme.

- c. L'intervention de l'État dans les contrats pour les adapter aux conditions de la concurrence

Sur la base de l'article 35 de la Loi 142, la CREG établit alors la procédure de sélection concurrentielle pour les achats d'électricité réalisés par les négociants pour fournir le marché régulé, conformément aux dispositions de l'Arrêté 020 de 1996. Ce même arrêté fixe des règles aux entreprises intégrées (distributeurs et négociants, ou producteurs et négociants) lorsqu'elles passent ou négocient des contrats. Enfin, en matière contractuelle, la CREG examine actuellement la possibilité d'introduire les contrats standardisés et leur formation avec offre et acceptation anonyme²³⁷.

- d. Le régime des réseaux afin de garantir le système de concurrence au sein d'un même réseau :

Le service de l'énergie électrique est fourni par le biais de réseaux. Le service public de l'électricité est donc une *activité de réseaux*. Ceux-ci sont le bien le plus important sur ce marché, mais pas le seul : il y a également les centrales de production, les compteurs, etc.

²³⁷ Document CREG 005 du 16 janvier 2004, <[domino.CREG.gov.co/.../d56ea79ea9f51c9d05256db40076910d/\\$FILE/D.SOPORTE%20RES.%2004.pdf](http://domino.CREG.gov.co/.../d56ea79ea9f51c9d05256db40076910d/$FILE/D.SOPORTE%20RES.%2004.pdf)>

Dans le cas de la Colombie, on peut parler d'un marché de l'électricité puisque des réseaux ont été construits, joignant les points de production aux points de consommation. Les réseaux, objets de propriété privée ou publique, sont des biens à fonction sociale, où l'intérêt général prime sur l'intérêt particulier²³⁸. Sur cette base, le droit colombien conçoit l'accès de tiers aux réseaux comme une question d'intérêt général : il établit donc pour les tiers le droit d'accéder aux réseaux, et pour les propriétaires l'obligation de faciliter l'accès, l'utilisation et l'interconnexion des réseaux²³⁹.

Aux fins d'une meilleure compréhension de la question des réseaux d'électricité dans le droit colombien, nous allons développer les quatre aspects suivants : le droit de construire des réseaux, les réseaux comme biens juridiques, le statut des réseaux, les réseaux destinés à garantir la concurrence.

L'article 28 de la Loi 142 établit le droit de construire et modifier des réseaux. Les entreprises de services publics jouissent donc de ce droit. Comme on le déduit des normes édictées par la CREG, ce droit n'est pas exclusif : toute personne qui le requiert peut également le faire²⁴⁰. Dans la pratique, la personne qui n'est pas un agent spécialisé -comme le sont les entreprises de services publics- ne peut assurer l'opération, l'administration et la maintenance des réseaux, car, en ce domaine s'impose le principe de la sécurité du système électrique. C'est ainsi que ces fonctions ne sont pas du ressort des particuliers mais des entreprises de services publics qui réalisent les activités de transport et de distribution.

²³⁸ Article 11 de la Loi 142 du 11 juillet 1994, établissant le régime des services publics et émettant d'autres dispositions, *Journal Officiel* No. 41.433 du 11 juillet 1994.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ Voir Arrêts CREG 001 du 2 novembre 1994, réglementant le transport de l'énergie électrique par le système de transmission nationale et réglementant la liquidation et l'administration des comptes originaux pour les charges d'utilisation de ce système et Arrêt CREG 070 du 28 mai 1998, établissant le règlement de distribution de l'énergie électrique, comme partie du règlement d'opération du système interconnecté national, *Journal Officiel* No. 43.318 du 10 juin 1998.

Les réseaux sont-ils des biens publics ou privés ? Cette question a fait débat. En fait, les réseaux sont des biens privés affectés à un service public, dont les propriétaires peuvent être des personnes publiques ou des personnes privées. S'il s'agit de personnes publiques, comme la Nation ou les municipalités, les réseaux sont des biens publics ; s'il s'agit de personnes privées ou de particuliers, ils sont clairement des biens privés.

Si les réseaux sont dits "biens privés affectés à un service public", c'est, bien entendu, parce qu'ils sont destinés à la prestation d'un service public et que c'est par leur biais que le service est fourni. De la qualité de bien juridique découlent deux types de droits : réels et personnels. Les droits réels donnent un pouvoir juridique sur un réseau déterminé avec l'obligation pour tous de respecter ce droit : il existe donc un titulaire des réseaux et des personnes qui doivent respecter le titulaire. Les droits personnels signifient que l'entreprise de services publics ou toute autre personne propriétaire de réseau a le pouvoir juridique d'exiger d'une personne déterminée l'accomplissement de l'obligation de donner, faire et ne pas faire : par exemple, le propriétaire d'un réseau a le droit économique de faire payer ceux qui l'utilisent.

Parmi les droits réels, on soulignera surtout le droit de propriété et le droit de servitude. Concernant le premier, on a le droit de disposition, de jouissance et d'usage (cependant, ce dernier élément est affecté par le droit d'usage du réseau par des tiers, comme on le verra à propos des réseaux et de la concurrence). Concernant le second, une entreprise de services publics ou toute personne peut solliciter l'imposition de servitude à des terrains ou des réseaux d'autrui, cette demande sera dressée à la Nation, au département, à la commune, ou à la CREG²⁴¹. Ce droit de servitude peut s'éteindre par inactivité.

²⁴¹ Articles 117 à 120 de la Loi 142 du 11 juillet 1994, établissant le régime des services publics et émettant d'autres dispositions, *Journal Officiel* No. 41.433 du 11 juillet 1994 et article 20 de l'Arrêt CREG 003 de 1994 et Arrêt 003 du 2 novembre 1994, *réglementant le transport de l'énergie électrique par les systèmes de transmission régionale et distribution locale*.

Sur le marché de l'électricité, le statut juridique des réseaux comprend le Statut des réseaux pour le système de transport national et le Statut des réseaux pour les systèmes de distribution régional et national, tous deux s'inspirant des Lois 142 et 143 (dispositions juridiques concernant les règles générales de l'opération du SIN pour les entreprises et les usagers).

Le Statut des réseaux pour le système de transport national se trouve, comme on l'a dit, dans l'Arrêté 25 de 1995. Il comprend quatre codes : planification, connexion, opération et mesure des réseaux.

Le Code de la planification des réseaux du système de transport national définit les objectifs, les critères et les procédures pour l'élaboration du plan d'expansion de référence, dont la réalisation est confiée à l'Unité de planification minière et énergétique (UPME). La planification doit se faire sur la base de la qualité des réseaux, la sécurité du système électrique et la fiabilité du système.

Le Code de la connexion des réseaux fixe les règles que doivent suivre les usagers des réseaux du système de transport national dans la conception, la construction, le montage, la mise en service, l'opération et la maintenance de la connexion. Signalons que le processus de connexion commence au moment de la signature du contrat de connexion et se termine avec la mise en œuvre de ce service.

Le Code de l'opération définit les critères d'opération du système. Il s'agit de répondre à la demande avec les sources d'électricité disponibles. Ce code est obligatoire pour tous les agents : producteurs, transporteurs, distributeurs, agents de commercialisation et centres de dispatching.

Le Code de la mesure comprend deux parties, l'une pour les effets commerciaux, l'autre pour les effets d'opération. La première établit les

conditions de comptabilisation des transactions d'énergie électrique réalisées sur le marché de gros. La seconde couvre les effets de mesure ayant trait à la connexion et l'opération.

Le Statut des réseaux pour le système de distribution régional et local se trouve dans l'Arrêt de la CREG 070 de 1998 et ses modifications. Il concerne la planification de l'expansion des réseaux de distribution, les conditions de connexion, l'opération du système de distribution, qualité et mesure, tout cela afin de garantir la sécurité du système de l'électricité et de disposer d'une infrastructure de réseaux de distribution qui contribue à la concurrence sur un même réseau.

Pour introduire la concurrence sur le marché de l'électricité, on a adopté le système de concurrence sur le réseau. Autrement dit, les différents agents économiques opérant sur ce marché rivalisent sur le même réseau. Pourquoi ce choix ? Étant donné les énormes investissements de capital que cela implique, il ne se justifiait pas (et il ne se justifie pas à ce jour) de disposer de réseaux parallèles.

Un élément essentiel ayant rendu possible la concurrence sur ce marché est l'introduction de la doctrine *essential facilities*²⁴²: on assure un marché de concurrence qui établit le libre accès aux réseaux, mais qui est sujet à des conditions telles que celles mentionnées dans le point précédent : planification, connexion, opération et usage des réseaux. Autre condition: le prix à payer aux propriétaires des réseaux pour la connexion et l'usage par des tiers.

On peut caractériser les réseaux d'électricité colombiens comme des réseaux territorialement distribués avec un réseau général commun : le réseau de haute tension est partagé, et en même temps, les réseaux s'étendent de façon

²⁴² C. Botero et autre, "La doctrina de los productos esenciales en el derecho de la competencia", *Letras jurídicas*, Medellín, EEPP Medellín, Vol. 4, No 1, 1999, p. 215 - 216. Ces auteurs font une description très illustrative de ce que signifie *essential facilities*.

séparée sur différents territoires du pays coïncidant avec la division politique en départements. La grande majorité des 32 départements du pays ont des réseaux régionaux et locaux.

e. Le régime des prix selon la structure du marché prédominante

Le régime des prix fait l'objet de règles que doivent respecter les entreprises du secteur de l'électricité. La Constitution de 1991²⁴³ fixe deux critères de base concernant le régime tarifaire : la prise en compte des coûts, la solidarité et la redistribution du revenu. Il convient de signaler ici que, dans le droit des services publics domiciliaires, on ne parle pas de taux mais de tarif ou prix²⁴⁴ : cette précision est importante puisque le régime que nous allons voir est relatif aux prix.

En développement de ces deux critères, la Loi 142 établit des principes, des régimes, des droits, des obligations et des procédures en rapport avec le régime des prix (ou régime tarifaire). La Loi 143 ("loi de l'électricité") régle différents aspects du régime des prix, visant avant tout à fixer des paramètres concernant les prix de la vente d'électricité aux usagers et ceux de l'accès et utilisation des réseaux.

Dans ces lois plusieurs principes sont énoncés : efficience économique, neutralité, capacité financière, simplicité, transparence, solidarité et redistribution. Les principes d'efficience et de capacité financière étaient prioritaires dans la définition du régime tarifaire jusqu'à l'Arrêt de la Cour Constitutionnelle déclarant sans fondement cette priorité²⁴⁵. Dorénavant, les principes doivent être appliqués en harmonie dans le régime tarifaire, c'est-à-dire aucun ne primant sur les autres.

²⁴³ Article 367 de la Constitution Politique Colombienne

²⁴⁴ L. F. Moreno, *Servicios públicos domiciliarios, Perspectiva del derecho económico*, op. cit., p. 182

²⁴⁵ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-150 de 2003, du 25 février 2003, dossier D-4194.

Les Lois 142 et 143 envisagent deux options : le régime de liberté et le régime de régulation, qui s'appliquent selon le degré de concurrence existant dans les activités du service public de l'électricité. Là où il y a concurrence et où il n'y a pas d'abus de position dominante, prédomine le régime de liberté²⁴⁶. Là où il y a concurrence et abus de position dominante, prévaut le régime de régulation, comme le dispose l'article 88 de la Loi 142.

Le régime de liberté s'applique aux activités de production et de commercialisation aux usagers non régulés. Les entreprises sont libres de déterminer le tarif, étant donné que dans ces deux secteurs il y a concurrence. En outre, dans le cas de la commercialisation à des usagers non régulés, ceux-ci sont libres de choisir entre plusieurs fournisseurs du service, conformément à la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle²⁴⁷.

Dans la pratique, s'ils peuvent négocier librement les prix de la production et de la commercialisation, les usagers non régulés ne peuvent le faire pour les prix du transport et de la distribution et pour les autres coûts régulés. Ces prix régulés, venant s'ajouter au paiement de la contribution, font, qu'en Colombie, le prix de l'énergie électrique pour les usagers non régulés soit très élevé face aux prix standard en Amérique latine²⁴⁸.

Le régime de régulation s'applique aux activités de transport et de distribution, qui sont des monopoles naturels, et à la commercialisation aux usagers régulés (celle-ci est une activité susceptible de concurrence, mais la régulation des prix se veut un mécanisme de protection des usagers). Il présente la caractéristique que, par le biais des commissions de régulation, l'État peut réguler les prix selon trois modalités : le contrôle direct des prix (l'État impose le tarif à appliquer), la liberté régulée (en fonction d'une formule définie par la

²⁴⁶ H. Palacios, *Derechos de los servicios públicos*, op. cit. p. 225. Cet auteur conclut que même s'il existe une liberté tarifaire, l'article 98 de la Loi du 11 juillet 1994, établissant le régime des services publics et émettant d'autres dispositions, *Journal Officiel* No. 41.433 du 11 juillet 1994, établit des limites en réglementant les pratiques tarifaires restrictives de la concurrence.

²⁴⁷ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-389 de 2002, 22 mai 2002, dossier D-3765.

²⁴⁸ S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, op. cit. p.73

CREG, les entreprises d'énergie peuvent déterminer les prix proposés aux usagers) et la liberté sous surveillance (les entreprises d'énergie peuvent fixer librement les tarifs à la condition d'en informer par écrit la CREG). Signalons immédiatement que les première et troisième modalités ne sont pas utilisées sur le marché de l'énergie, seule la deuxième sert à réguler les prix sur ce marché.

Dans le cas de la liberté régulée, une formule ou méthodologie est définie pour chacune des activités du service de l'électricité pour l'utilisateur régulé. Pour réguler le coût de la production, du transport, de la distribution et de la commercialisation, on calcule le montant pour chaque activité, puis leur somme ; on obtient ainsi un prix unitaire qui sera appliqué aux usagers régulés. L'établissement de la formule varie selon l'activité, parmi un éventail de systèmes²⁴⁹: *price cap*, taux de retour, *sliding scale*, *yardstick competition*, prix plancher, coûts croissants à long terme, etc. Par exemple, le secteur du transport de l'électricité applique la méthodologie du taux de retour pour fixer le prix ; celui de la distribution applique le *price cap*. La formule complète (production + transport + distribution + commercialisation) donne lieu à un prix maximum (*price cap*) pour les usagers régulés.

La méthodologie que fixe la CREG a une validité de cinq ans. Conformément à la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle²⁵⁰, la formule n'est adoptée qu'après consultation des usagers lors d'audiences programmées par la CREG.

f. Organisation du marché de gros et au détail compétitif

La Loi 143 établit les bases de l'organisation des deux marchés de l'électricité aux articles 11 et 31.

²⁴⁹ L. F. Moreno, *Servicios públicos domiciliarios, perspectiva del derecho económico*, op. cit., p. 189 - 190. Ce ouvrage présente les conclusions de l'enquête sur les techniques et les méthodologies de régulation des prix dans les services publics.

²⁵⁰ Arrêt C-150 de 2003, 25 février 2003, dossier D-4194.

D'une part, selon cette loi, le marché de gros est celui des grands blocs d'énergie électrique où producteurs et négociants vendent et achètent²⁵¹. Trois éléments découlent de cette définition : il s'agit d'un marché où les transactions portent sur de grandes quantités d'énergie ; sur ce marché, les agents qualifiés pour les achats et les ventes sont les producteurs et les négociants; sur ce marché, les usagers ne sont pas autorisés à effectuer des transactions, sauf s'ils sont représentés par un négociant. Il semblerait que l'article 31 de la Loi 143 ait inclus les usagers non régulés comme participants et agents sur le marché de gros et que l'Arrêt CREG 131 de 1998 les en ait exclus. Néanmoins, le Conseil d'État a confirmé la légalité de cet Arrêt²⁵².

Le marché de gros entre en fonctionnement le 20 juillet 1995²⁵³ (soit un an après l'entrée en vigueur de la Loi 143) grâce au développement de celle-ci dans l'Arrêté CREG 24 de 1995. De cet arrêté on soulignera ce qui suit :

- Nature du marché de gros colombien : c'est un marché qu'on cherche à rendre le plus compétitif possible ; les transactions s'effectuent sous différentes formes (voir ci-dessous) ; il y a liberté d'entrée et de sortie pour les producteurs et les agents de commercialisation, une gestion indépendante du réseau et du dispatching et un libre accès au réseau de l'électricité.
- Transactions : elles se font sous deux formes : les contrats bilatéraux (entre producteurs et négociants, entre négociants, entre producteurs) et

²⁵¹ Article 11 de la Loi 143 du 11 juillet 1994, établissant le régime pour la génération, l'interconnexion, la transmission, la distribution et la commercialisation de l'électricité sur le territoire national. Des autorisations sont concédées et d'autres dispositions en matière énergétique sont émises, *Journal Officiel* No. 41.434, du 12 juillet 1994.

²⁵² Conseil d'État, Arrêt du 29 juillet 2004. Première Section. Ont fait l'objet d'une demande: l'Arrêt CREG 131 du 23 décembre 1998, modifiant l'Arrêt CREG-199 de 1997 et d'autres dispositions additionnelles sur le marché compétitif de l'énergie électrique ont été émises, *Journal Officiel* No 43.465 du 31 décembre 1998; articles 1 et 2 de l'Arrêt CREG 039 du 29 mars 2001, modifiant partiellement les Arrêts CREG-086 de 1996 et CREG-107 de 1998, *Journal Officiel* No.44.395 du 21 avril 2001 et l'Arrêt CREG 141 du 31 octobre 2001, émettant une décision sur la demande de révocation directe déposée par Hernán Puyo Falla, en sa qualité de Vice-président du Commerce Extérieur et de l'Industrie de l'Association Nationale des Industriels - ANDI, à l'encontre de l'Arrêt CREG-039 de 2001, et l'article 4 de l'Arrêt CREG-131 de 1998.

²⁵³ S. Urbiztondo, J. M. Rojas y C. Chahín, *op. cit*, p. 10

les contrats à la Bourse de l'énergie²⁵⁴. Les premiers sont dits "contrats d'électricité à long terme" parce qu'ils portent sur un terme supérieur à 24 heures, les seconds "contrats à court terme" parce que le terme est inférieur à 24 heures.

- Acteurs qualifiés : selon l'Arrêté 24 de la CREG²⁵⁵, seuls les producteurs et les négociants sont qualifiés pour participer au marché de gros. Certes, les transporteurs y interviennent également, mais de façon indirecte (ils n'achètent ni ne vendent de l'électricité, leur rôle se limite à transporter l'énergie jusqu'aux points où commencent les systèmes de distribution régionale et locale).
- Entrée et sortie : s'il y a bien liberté d'entrée et de sortie, il y a cependant des conditions à respecter pour le bon fonctionnement du marché. Les conditions établies par l'Arrêté 24 sont les conditions minimales que producteurs et agents de commercialisation doivent respecter²⁵⁶.

Processus opérationnel et processus commercial : la gestion technique du système et la gestion commerciale sont centralisées et se développent par l'intermédiaire de la société "Expertos en Mercados"- XM, comme nous l'avons déjà indiqué ci-dessus.

Donc, en principe la concurrence existe sur le marché de gros : l'entrée à ce marché et la sortie sont libres, de nombreuses entreprises offrent ou achètent de l'électricité à la Bourse de l'énergie ou au travers de contrats, les prix sont fixés librement dans ces deux modalités.

²⁵⁴ Article 7 de l'Arrêt CREG 24 du 13 juillet 1995, réglementant les aspects commerciaux du marché de gros de l'électricité dans le système interconnecté national, qui font partie du Règlement, *Journal Officiel* No.41.937 du 24 juillet 1995.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ *Ibidem*, article 6

Toutefois, l'État, dans son intervention régulatrice, a imposé certaines limites à la libre entrée, à la libre fixation des prix et à la concurrence entre les agents, restrictions qui réduisent quelque peu le degré de concurrence. En outre, dans la pratique, le marché de gros colombien n'est pas encore un véritable espace concurrentiel, transparent et efficient²⁵⁷ ; par exemple il subsiste des concentrations de la propriété²⁵⁸. Un autre élément qui contribue à affaiblir la compétitivité est le fait que les producteurs -agents de ce marché- obtiennent une rémunération administrative, en l'occurrence le mécanisme appelé *cargo por capacidad*, sur lequel nous reviendrons.

Un bref commentaire sur les restrictions fixées par l'État à la libre entrée. Il s'agit des garanties bancaires préalables, de la non-participation directe des usagers non régulés et de la participation limitée des autoproducteurs et des coproducteurs. Ces exigences réduisent les possibilités de compétition entre offrants et acheteurs d'électricité. Prenons le cas des garanties bancaires : certes, on peut y voir une protection de l'intérêt général (un moyen d'assurer le paiement des transactions), elles n'en constituent pas moins un surcoût qui restreint l'entrée sur le marché. Il existe aussi des situations de pouvoir du marché de la part des producteurs²⁵⁹ qui réduisent le degré de rivalité compétitive.

En ce qui concerne les limites à la libre détermination des prix, la régulation du prix *fuera de mérito* prévue dans l'Arrêté CREG N° 34 de 2001 peut être analysée sous deux angles : les uns y voient une réaction régulatrice aux abus de position dominante qui se sont produits, les autres y voient une restriction à la libre fixation des prix pour protéger la concurrence. Il est intéressant de noter que la justification de l'intérêt général est ici la concurrence. Trois autres normes imposées par la CREG peuvent être considérées comme

²⁵⁷ I. Dyner, "Política y regulación del sector eléctrico 1998-2002", *Boletín del Observatorio Colombiano de Energía*, N° 7, octobre 2002, p. 4.

²⁵⁸ Voir aussi l'étude de S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.*, p. 28 - 35

²⁵⁹ La SSP a dénoncé cette situation lors de l'analyse des cas d'Urrá, TermoTasajero, Chivor et autres.

restreignant la liberté de prix : le mécanisme de *cargo por capacidad*²⁶⁰, les minimums²⁶¹ d'opération et le statut du rationnement²⁶².

D'autre part, le marché au détail²⁶³ constitue les transactions entre le négociant et l'utilisateur pour de petites quantités d'électricité. Selon la condition de l'utilisateur²⁶⁴, il existe un marché régulé²⁶⁵ et un marché libre²⁶⁶. Les processus opérationnel et commercial diffèrent de ceux du marché de gros. Ce marché se caractérise comme suit :

- Acteurs qualifiés : les négociants chargés du processus commercial, les distributeurs chargés du processus opérationnel des réseaux, les usagers. Il convient de rappeler que les producteurs et les distributeurs ont le droit de réaliser l'activité de commercialisation : ils sont donc habilités, dans le cadre d'entreprises intégrées, à fournir le service de l'électricité aux usagers régulés et non régulés.
- Marché libre et marché régulé : le premier concerne les usagers qui consomment au moins 55 MWh par mois²⁶⁷, et le second ceux qui consomment moins de cette quantité. Le premier est un marché hautement libéralisé : le négociant et l'utilisateur peuvent passer des contrats à des conditions spéciales, à des prix et pour des quantités libres, conformément aux articles 42 et 43 de la Loi 143. Fin 1999, ces usagers

²⁶⁰ Arrêt N° 116 de 1996, CREG, réglementant la méthode de calcul de la charge pour capacité sur le marché de gros de l'électricité, *Journal Officiel* N° 42929, 29 novembre 1996

²⁶¹ Arrêt N° 018 de 1998, CREG, relatif aux minima coopératifs, *Journal Officiel* N° 43241, 19 février 1998.

²⁶² Arrêt N° 217 de 1997. CREG, relatif à l'établissement et la réglementation du Statut du Rationnement, *Journal Officiel* N° 43183, 19 novembre 1997.

²⁶³ Il n'existe aucune définition légale du marché de détail, néanmoins, son existence est reconnue par exemple par S. Hun et autres, *op. cit.* p. 65

²⁶⁴ Article 23, alinéa g, de la Loi 142 du 11 juillet 1994, établissant le régime des services publics et émettant d'autres dispositions, *Journal Officiel* No. 41.433 du 11 juillet 1994.

²⁶⁵ Arrêt CREG 31 du 4 avril 1997, approuvant les formules générales qui permettent aux commerçants d'électricité d'établir les coûts de prestation des services aux usagers régulés dans le système interconnecté national. *Journal Officiel* No. 43.025 du 21 avril 1997.

²⁶⁶ Arrêt CREG 131 du 23 décembre 1998, modifiant l'Arrêt CREG-199 de 1997 et émettant des dispositions additionnelles sur le marché compétitif de l'énergie électrique, *Journal Officiel* No 43.465 du 31 décembre 1998.

²⁶⁷ Article 2 de l'Arrêt CREG 131 du 23 décembre 1998, modifiant l'Arrêt CREG-199 de 1997 et émettant des dispositions additionnelles sur le marché compétitif de l'énergie électrique, *Journal Officiel* No 43.465 du 31 décembre 1998.

non régulés étaient 920 et consommaient 22,18% du total de l'énergie électrique²⁶⁸ ; en 2001 ils étaient 3 443. Sur le second, les prix sont régulés conformément aux dispositions de l'article 142-2 de la Loi 143, au travers d'une formule tarifaire approuvée par la CREG (Arrêté 031 de 1997). Par ailleurs, le contrat entre le négociant et l'utilisateur est de conditions uniformes et d'adhésion, selon les règles prévues dans la Loi 142. En 1999 les usagers régulés étaient environ 7 700 000 et consommaient 77,47% du total²⁶⁹ ; en 2001 ils étaient 8 224 032.

- Processus opérationnel et processus commercial : en ce qui concerne le premier, les distributeurs se chargent du transport de l'électricité depuis les points de livraison des réseaux du système national jusqu'aux immeubles des usagers ; ils sont responsables de la qualité des réseaux et de l'électricité. Le second est à la charge des négociants qui vendent l'électricité aux usagers et répondent pour la qualité commerciale.

Quel est le niveau de concurrence sur le marché au détail ? Entre le marché avec des usagers non régulés et celui avec des usagers régulés, la situation est très différente.

Le premier présente un haut niveau de concurrence. On observe une véritable compétition entre les entreprises de commercialisation sur tout le territoire du pays pour s'attacher ce type d'usagers, même s'il existe une certaine segmentation du marché liée à la localisation des entreprises et au pouvoir de marché qu'exercent les entreprises intégrées dans la production et la commercialisation (celles-ci refusent de vendre leur électricité aux producteurs indépendants pour éviter la concurrence sur leurs espaces d'influence²⁷⁰). Les organes de contrôle et de surveillance de l'État paraissent ne pas remarquer les

²⁶⁸ ISA, *op. cit.*, p. 115.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 114.

²⁷⁰ Cfr le document de la CREG concernant l'engagement de consultants pour mettre au point des alternatives de commercialisation au détail du service public électrique en Colombie. Dans ce texte, la CREG reconnaît le problème : certains producteurs-négociants refusent de vendre de l'électricité aux négociants indépendants ou aux nouveaux agents sur le marché.

comportements de ce genre, et donc ne les sanctionnent pas, ce qui affecte l'intérêt général.

Le second (avec des usagers régulés) présente un faible degré de concurrence, dû à deux restrictions à la concurrence imposées par l'État (régulation des prix et changement de négociant). En régulant le prix de la commercialisation au détail (Arrêté CREG N° 031), il a mené les entreprises à mettre en place une stratégie de régionalisation de la prestation du service²⁷¹, d'où la formation d'un marché en cause par régions ou agglomérations avec seulement deux ou trois entreprises en compétition (duopoles ou oligopoles régionaux)²⁷². C'est la régulation des prix qui a conduit à cette structure de marché régional : comme les écarts de prix entre négociants ne sont pas grands, la différence réside surtout dans la qualité du service commercial. Pour arriver à se maintenir sur le marché, les entreprises optent pour prêter le service sur un marché restreint.

Par ailleurs, la régulation sur le changement de négociant favorise également la formation de duopoles ou d'oligopoles. Comme on le verra dans le point suivant, deux exigences limitent le droit des usagers à choisir librement leur fournisseur. Premièrement, l'utilisateur désireux de changer de fournisseur doit également faire changer le compteur, ce qui en décourage plus d'un en raison du coût élevé. Quant au terme minimum de 12 mois, il peut représenter un délai excessif pour les usagers insatisfaits du service fourni.

g. Changement d'agent de commercialisation pour usagers régulés et non régulés

L'article 15 de l'Arrêté CREG 108 de 1997 établit les règles au sujet du changement de négociant (agent de commercialisation). Pour mettre fin unilatéralement au contrat, l'utilisateur doit remplir trois conditions : être resté

²⁷¹ L'idéal serait de disposer d'entreprises de commercialisation présentes dans tout le pays.

²⁷² s.a., ANDESCO et CEDE, *op. cit.*

avec le négociant pendant un terme minimum de douze mois, démontrer qu'il s'est acquitté de toutes les obligations de paiement liées au contrat avec le négociant, faire installer un nouveau compteur. Cette dernière condition, stipulée dans le Code de la mesure (Arrêté CREG 25 de 1995), a eu comme effet, parmi les usagers régulés, de nombreux désistements d'exercer leur droit de choisir librement le fournisseur : en effet, le coût du changement de compteur constitue une barrière au moment de décider de changer de négociant. Sur son site web²⁷³, la CREG informe que cette exigence sera éliminée, le changement de compteur ne sera plus requis lors du changement d'agent de commercialisation.

h. Contrôle des prix sur le marché de gros afin d'éviter l'abus de position dominante

Dans l'usage des facultés qui lui sont conférées dans les articles 73 alinéa 1, 74.1-a et 88.3 de la Loi 142 et des articles 20 et 23-a de la Loi 143, la CREG peut intervenir préventivement (*ex ante*) lorsqu'il y a abus de position dominante ou que les conditions de la concurrence (quand elle est possible) ne sont pas présentes, et prendre les mesures nécessaires pour rendre à nouveau possible la concurrence. Elle est ainsi intervenue sur le marché de gros sur diverses questions : les minimums opérationnels, les prix de réconciliation positive ou négative des producteurs thermiques et hydrauliques, et, récemment, la rémunération additionnelle pour capacité ou fiabilité (*cargo por capacidad*) que les producteurs perçoivent, outre celle perçue pour les contrats bilatéraux et les ventes d'électricité en bourse.

2. Règles sur les conduites

On va analyser les règles sur les conduites qui visent les restrictions provenant des entreprises. Mais il existe aussi certaines dispositions de l'État

²⁷³ <<http://www.CREG.gov.co/noticias>>

qui introduisent des restrictions, et ce sont des règles qui s'appliquent pour défendre la concurrence.

Pour cette raison, il est nécessaire de faire une analyse des actes de l'État et de la manière dont ils restreignent la concurrence. En effet, dans les actes qu'ils édictent (lois, décrets, arrêtés, autres actes de caractère inférieur), les organes de l'État colombien peuvent arriver à affecter le principe de la concurrence comme un droit de tous consacré dans l'article 333 de la Constitution. Certes, l'État édicte ces textes aux fins du développement des principes constitutionnels, mais ce faisant, il arrive qu'il commette une restriction ou une distorsion à la concurrence économique. Les restrictions et distorsions ne proviennent donc pas uniquement des entreprises.

Pour ce type de situation, le système juridique colombien reconnaît aux citoyens quatre recours constitutionnels et légaux afin de rétablir le droit : l'action publique constitutionnelle contre une loi ou un décret ayant force de loi devant la Cour Constitutionnelle, l'action de nullité simple, l'action de nullité simple avec rétablissement du droit contre un acte administratif de l'administration publique devant la juridiction du contentieux administratif, l'action populaire et de groupe pour défendre la concurrence en tant que droit collectif.

La Cour Constitutionnelle s'est prononcée ainsi sur la relation entre intervention de l'État et concurrence économique: "la concurrence ne peut s'ériger en droit absolu ni en barrière infranchissable pour l'activité d'intervention de l'État"²⁷⁴. Elle a réitéré cette doctrine en matière de services publics²⁷⁵ pour justifier la régulation des tarifs par l'État, conformément aux règles établies dans l'article 88 de la Loi 142.

²⁷⁴ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-398 de 1995, 7 septembre 1995, dossier D-1936.

²⁷⁵ *Ibidem*.

Il faut mentionner d'autres actes de l'État susceptibles de provoquer une restriction de la concurrence : les aides de l'État, les titres d'habilitation pour l'entrée dans le marché, les zones de service exclusif, et tout autre type d'avantage ou de privilège concédé par l'État.

En ce domaine, comme nous l'avons déjà signalé précédemment, le système normatif colombien comprend un régime général et un régime spécial, applicables au service public de l'électricité.

Avec, d'un côté, le régime général (Loi 155 de 1959 et Décret 2153 de 1992) et, de l'autre, le régime spécial (Lois 142 et 143 et arrêtés des Commissions de régulation), il y a, à notre point de vue, une inflation de normes concernant le contrôle des conduites contraires à la concurrence dans le service de l'électricité. Il ne nous paraît donc pas utile de continuer à produire des normes sur cette question alors que le régime général de la concurrence peut, avec une pleine efficacité, combler les vides normatifs en la matière. Par contre, ce qui nous paraît utile, c'est la promotion permanente de la concurrence par la voie de la régulation, car il s'agit d'une action préventive, comme on l'a expliqué plus haut.

Selon l'article 37 de la Loi 142, l'application de mesures face aux conduites contraires à la concurrence vise la personne naturelle, la personne juridique et les bénéficiaires réels de ces conduites.

Par ailleurs, il convient de signaler le problème institutionnel et le débat sur l'autorité de compétence. On a, en effet, une structure institutionnelle particulière : on l'a dit, dans le secteur de l'électricité le contrôle et la surveillance des activités sont exercés par la Surintendance des services publics domiciliaires (SSP), tandis que le contrôle des conduites contraires à la libre et loyale concurrence est à la charge de la Surintendance de l'industrie et du commerce (SIC). C'est sur ce point que porte la discussion : pour les uns, le

contrôle des conduites dans les services publics doit être réservé à la SSP qui, comme sa dénomination l'indique, est une autorité spécialisée en ce domaine ; pour d'autres, la SIC, spécialisée en matière de concurrence, doit conserver cette compétence. La solution donnée au problème est la suivante : la SSP est compétente pour le contrôle des conduites contraires à la libre et loyale concurrence (pratiques restrictives de la concurrence et actes de concurrence déloyale), en tant qu'autorité de police administrative ; la SIC est compétente comme autorité juridictionnelle²⁷⁶ pour traiter les plaintes pour actes de compétence déloyale, ainsi que pour approuver ou rejeter les opérations de concentration. Il existe actuellement un projet de changement institutionnel concernant la compétence des deux organismes : la SSP n'aurait plus la faculté de connaître des conduites contraires à la libre et loyale concurrence, seule la SIC serait compétente en cette matière.

Après ces explications, voyons quelles sont les conduites contraires à la concurrence : les pratiques restrictives de la concurrence et les actes de concurrence déloyale.

a. Pratiques restrictives de la concurrence

Elles sont énoncées à l'article 34 de la Loi 142. Celui-ci formule deux prohibitions : la clause générale des conduites (articles 11.2 et 34.1) et les conduites spéciales telles que les accords, les actes, l'abus de position dominante et les concentrations détaillées à l'article 34 alinéas 1 à 6 et aux articles 21, 28, 30, 98 et 133.

²⁷⁶ La Constitution colombienne permet qu'une autorité administrative exerce des fonctions juridictionnelles quand la Loi les lui délègue. Dans ce cas, la SIC se voit déléguer des fonctions juridictionnelles correspondant aux juges sur les plaintes pour actes de concurrence déloyale.

- 1) La Loi 142 établit des normes importantes qui servent de base à la prohibition générale des conduites contraires à la concurrence.

La prohibition générale est un jugement universel incluant toute conduite de cette nature sur le marché des services publics domiciliaires. Les articles 11.2 et 34.1 servent de fondement à cette clause générale. Le premier établit que l'une des fonctions sociales de la propriété des entreprises de services publics est de s'abstenir de toute pratique monopolistique ou restreignant la concurrence lorsque, de fait, existe la possibilité de concurrence. Le second impose aux mêmes entreprises l'obligation d'éviter, dans tous leurs actes et contrats, les privilèges et discriminations injustifiés et de s'abstenir de toute pratique qui aurait la capacité, le propos ou l'effet de susciter une concurrence déloyale ou de restreindre indûment la concurrence.

La Surintendance des services publics, dans l'usage de ses facultés de police administrative en matière de concurrence, a précisé sa position pour le marché de l'électricité à l'occasion de deux cas faisant l'objet des Arrêts 3262 et 3263 de 2003²⁷⁷.

Dans le premier cas, qui met en cause l'entreprise *Urrá S.A. ESP*, le problème juridique qui se pose est le suivant : étant donné l'indisponibilité des réseaux de transport, cette entreprise de production d'électricité a-t-elle effectué une pratique restrictive de la concurrence (prohibition générale) en réalisant à la Bourse de l'électricité des offres sans tenir compte de ses coûts variables ? La SSP établit la doctrine en ces termes :

“...le présumé de l'article 6 de l'Arrêté CREG 055 de 1994 s'applique ici, c'est-à-dire que le prix offert en bourse par le producteur doit refléter les coûts variables de production qu'il s'attend à affronter. *Urrá S.A. ESP* n'a pas reflété les coûts [...] A certaines heures l'entreprise

²⁷⁷ Arrêt 3262 de 2003. “La SSP sanctionne l'entreprise *Urrá S.A. ESP*” - Arrêt 3263 de 2003. “La SSP sanctionne l'entreprise *TermoTasajero S.A. ESP*”.

a offert des prix inférieurs aux coûts variables considérés comme minimums pour les producteurs, et à d'autres heures des prix supérieurs à ses coûts variables [...]

Selon la CREG, à la Bourse de l'électricité les producteurs doivent faire des offres en conformité avec les coûts variables [...] le prix de concurrence à la Bourse de l'électricité devait correspondre à celui d'un marché de caractéristiques concurrentielles [...] les prix offerts par *Urrá S.A. ESP* n'arrivaient pas à couvrir les coûts déclarés minimums pour les producteurs) et moins encore les coûts déclarés par l'entreprise elle-même comme coûts variables et prix d'offre [...] la somme des composants du prix d'offre ne correspond pas au prix d'offre de l'entreprise.

En offrant des prix qui ne reflétaient pas ses coûts variables à des époques de restrictions de transport du système, *Urrá S.A. ESP* a privé les usagers des bénéfices de la concurrence [...] la régulation a établi que la différence entre le dispatching idéal et le dispatching réel représente les surcoûts inévitables de l'opération [...] et se reflète dans la variable Coûts additionnels du marché de gros (OMT) que doivent payer tous les usagers régulés“.

Le deuxième cas, qui concernait l'entreprise *TermoTasajero S.A. ESP*, posait le même problème juridique. La SSP a confirmé sa position.

2) En ce qui concerne les accords contraires à la concurrence

Préalablement à leur description, il est opportun de rappeler que sur le marché de l'électricité les accords entre entreprises ne se produisent pas uniquement dans les activités en concurrence, mais également dans les activités en monopole : si dans le premier cas c'est une situation logique puisqu'il y a

plusieurs offrants, dans le second cas ce l'est moins ; cependant, étant donné les caractéristiques des secteurs du transport et de la distribution sur le marché colombien, des accords de ce type sont susceptibles de se produire.

Dans le régime spécial formé par les Lois 142 et 143 on ne trouve pas de définition de l'accord entre entreprises; on applique donc par analogie celle que propose le régime général : selon l'article 45 du Décret 2153, il s'agit de "tout contrat, convention, concertation ou pratique concertée entre entreprises". Comme on le voit, il s'agit d'affaires ou d'actes plurilatéraux.

Un aspect intéressant de cette définition est qu'elle inclut les pratiques concertées ou consciemment parallèles : le comportement des entreprises sur le marché peut donc être considéré comme restreignant la concurrence sans qu'un contrat ou une convention ait été signé. Les experts en la matière estiment que pour sanctionner ce type d'accords, il faut, d'une part, que soit prouvée l'existence d'un parallélisme -en termes de temps et de conduite- dans le comportement des entreprises sur le marché et, d'autre part, que ce comportement parallèle ne puisse s'expliquer d'après les lois de l'économie, en particulier celles du fonctionnement des marchés.

Comme on le verra plus loin, la SSP a eu l'occasion d'établir la doctrine à propos de la question des pratiques concertées dans l'Arrêt 3261 de 2003²⁷⁸, concernant l'entreprise *Chivor S.A. ESP*.

Les accords peuvent être horizontaux et verticaux. Les normes ne font pas la distinction entre accords horizontaux et verticaux, en termes de leur impact sur la concurrence. Cependant il nous paraît opportun de les différencier. Les accords horizontaux sont ceux où les entreprises d'électricité, opérant dans une même activité, établissent des mécanismes de coopération, comme ce fut le cas dans la pratique concertée de prix de *Chivor S.A. ESP* avec

²⁷⁸ Arrêt 3261 de 2003. "La SSP sanctionne l'entreprise *Chivor S.A. ESP* et d'autres producteurs".

d'autres producteurs. Les accords verticaux sont ceux qui se passent entre entreprises opérant dans des activités différentes, par exemple entre producteurs et négociants.

Les accords entre entreprises, on y insiste, entraînent des bénéfices ; la loi interdit et sanctionne ceux qui sont réalisés dans le but de restreindre la concurrence. L'article 34.3 de la Loi 142, comme régime spécial, envisage divers types d'accords restrictifs de la concurrence, par exemple ceux qui visent à se répartir des quotas ou des types de services ou à établir des tarifs (collusion de prix).

Le cas *Chivor S.A. ESP* et autres producteurs, que nous venons de mentionner, portait sur ce dernier point. La question juridique posée était la suivante : au vu de la similitude des offres réalisées à la Bourse de l'électricité, l'entreprise *Chivor S.A. ESP* a-t-elle participé à une pratique concertée de prix avec d'autres producteurs d'électricité ? La SSP a pris position en ces termes :

...L'examen des prix de la Bourse indique que, pendant la période de vérification, plusieurs des grands producteurs hydrauliques, parmi lesquels *Chivor S.A.*, ont coïncidé dans leurs offres de prix durant des périodes variables de temps, à de nombreuses reprises, en les faisant coïncider avec l'offre la plus basse des centrales thermiques ; il existait également la situation que le reste de la capacité disponible par d'autres producteurs n'était pas suffisant pour satisfaire la demande, ces entreprises acquérant ainsi le pouvoir de fixer le niveau du prix en bourse ; d'autre part, il a été observé qu'en de nombreuses occasions pendant les périodes en question, diverses estimations du prix de l'eau établies par *ISA* indiquaient un prix très bas, voisin de zéro [...] Cela implique que *Chivor S.A.* aurait contribué à influencer les prix de la Bourse vers la hausse en offrant, simultanément avec d'autres producteurs, des prix supérieurs à leurs coûts variables.

Nous en inférons qu'il y a eu une pratique concertée entre *Chivor S.A.* et d'autres producteurs durant les périodes signalées en vue de se répartir des quotas (dans le dispatching idéal) et pour établir des tarifs (prix en bourse) en augmentant les tarifs au-delà de ce qui se passerait en conditions de concurrence (le prix en bourse devait se rapprocher des coûts variables considérés comme minimums compte tenu du coût d'opportunité de l'eau estimé par *ISA*, soit 0.

L'article 34.4 de la Loi 142 envisage une autre situation fautive : l'accord entre concurrents lors d'un appel d'offres, adjudication ou concours public.

Comme les cas envisagés dans la Loi 142 ne représentent pas toutes les situations d'accords contraires à la concurrence, on applique par analogie le régime général de la concurrence qui établit d'autres cas, régulés dans l'article 47, notamment ceux qui auraient pour objet ou effet de : déterminer une commercialisation ou des conditions de vente discriminatoires pour des tiers ; attribuer des quotas de production ou de fourniture ; attribuer, répartir ou limiter les sources d'approvisionnement de facteurs de production ; limiter les développements techniques ; subordonner la fourniture d'un produit à l'acceptation d'obligations supplémentaires qui par leur nature ne constituaient pas l'objet du négoce, sans préjudice d'autres dispositions légales ; s'abstenir de produire un bien ou un service ou affecter ses indices de production.

L'article 14.13 de la Loi 142 a introduit pour la première fois dans l'espace juridique colombien le concept de marché de produit pour définir la position dominante, nous estimons que ce concept est utile également pour les conduites appelées "accords contraires à la concurrence". C'est ce que l'on appelle du point de vue de la doctrine *Marché en cause (relevant market)*²⁷⁹

²⁷⁹ Le concept de *relevant market* est inspiré du droit antitrust des Etats-Unis.

Pour ce qui est des actes contraires à la concurrence, les entreprises peuvent commettre que le marché soit concurrentiel ou monopolistique. Dans la pratique, les autorités compétentes (SSP et SIC) ont eu l'occasion d'entreprendre ou de mener à terme des investigations sur cette conduite.

La Loi 142 ne définissant pas ces actes, on recourt à la définition proposée dans le régime général, à l'article 45 du Décret 2153 : "tout comportement de ceux qui exercent une activité économique". Nous inférons de cette définition que ces actes sont des comportements unilatéraux des entreprises.

Le régime spécial envisage divers cas constituant des actes contraires à la concurrence ; le régime général en présente d'autres, comme suit :

- Actes contraires à la concurrence régulés dans la Loi 142 : il s'agit des actes relatifs aux prix. La loi parle de prix "prédateurs" et de prix discriminatoires. Il s'agit également des actes "d'administration commune" : l'entreprise, sans y avoir été autorisée par la CREG, arrive à avoir des administrateurs communs avec une autre entreprise.

Prix "prédateurs" : ce sont les prix établis inférieurs aux coûts ou frais. Ils sont régulés dans différents articles de la Loi 142 : (34.1) "la fixation de tarifs qui ne couvrent pas les frais d'opération d'un service" ; (34.2) "la prestation gratuite, ou à des prix ou tarifs inférieurs au coût, de services supplémentaires à ceux qu'envisage le tarif" ; (98.1) "offrir aux clients d'un marché concurrentiel ou d'un marché dont les tarifs ne sont pas sujets à régulation des tarifs inférieurs aux coûts opérationnels, spécialement quand la même entreprise fournit des services sur d'autres marchés où elle a une position dominante ou sur lesquels ses tarifs sont sujets à régulation" ; (98.2) "offrir des tarifs inférieurs à ses coûts opérationnels moyens afin de supplanter un concurrent, prévenir

l'entrée de nouveaux offrants ou obtenir une position dominante par rapport au marché ou à des clients potentiels”.

La SSP a analysé des conduites de ce type dans les cas *EmCali* et *GenerCauca S.A. ESP*²⁸⁰. Dans le premier cas, le problème juridique concerne des usagers non régulés, dans le second des usagers régulés. Dans le cas *EmCali*, pour déterminer si l'électricité a été vendue à un prix inférieur aux coûts d'opération, la Surintendance prend comme référence les coûts réels de l'entreprise, ce qui la conduit à conclure que le service a été facturé à un prix inférieur aux coûts. Dans le cas *GenerCauca*, après analyse de la formule tarifaire appliquée exclusivement aux usagers régulés, elle conclut que l'entreprise n'amortissait pas les coûts à chacune des étapes de la chaîne du service comprises dans la formule.

Prix discriminatoires : une entreprise vend un service à différents prix à un nombre indéterminé d'usagers ; la régulation se trouve à l'article 98.3 : “Discriminer à l'encontre de clients qui présentent les mêmes caractéristiques commerciales que d'autres, en offrant aux premiers des tarifs plus élevés qu'aux seconds, et cela même si la discrimination a lieu sur un marché compétitif ou dont les tarifs ne sont pas régulés”.

Il faut préciser ici que le critère de neutralité doit être maintenu seulement lorsqu'il s'agit d'usagers pour lesquels le coût de prestation est égal ; il ne serait pas économiquement raisonnable d'empêcher l'offre d'options tarifaires à des usagers inégaux par les coûts. Dans ce cas, en effet, lorsque les caractéristiques matérielles et formelles de certains usagers mettent en évidence leur différence, il est permis de leur appliquer un traitement différent, conformément à l'article 87.2 : “L'exercice de ce droit ne doit pas empêcher que les entreprises de services publics offrent des options tarifaires et que le consommateur choisisse celle qui convient à ses besoins”. La CREG est

²⁸⁰ SSP, Arrêts 2554 du 27 avril 1998 et 2991 du 2 juillet 2003, respectivement.

conséquence avec cet article lorsqu'elle stipule dans l'Arrêté 056 de 1994, article 6-b, que le principe de neutralité tarifaire peut être rompu uniquement "si les coûts qu'occasionne la prestation du service d'électricité à un client ou usager sont substantiellement égaux à ceux occasionnés par la prestation à un autre client, et les caractéristiques commerciales du service, il faut prendre en compte des facteurs tels que les volumes, voltages, charges, possibilités d'interruption, le lieu, les dates et la durée des actes ou contrats convenus".

- Actes contraires à la concurrence régulés par la CREG dans le service de l'électricité. Il s'agit des actes suivants :

Dans le cas de la société mère et ses filiales : actes ou contrats distincts de ceux utilisés sur le marché, registres comptables qui ne reflètent pas raisonnablement la séparation entre les différents services, utilisation d'information réservée d'une autre entreprise principale ou filiale ou ayant des propriétaires communs, communication d'information réservée à qui n'y aurait pas droit ou absence de mesures appropriées visant à préserver la réserve de l'information (Arrêté 056 de 1994).

Dans le cas des entreprises intégrées : ne pas garantir l'achat de l'électricité au travers d'un appel d'offres et ne pas réaliser l'achat minimum à des tiers (Arrêté 020 de 1996).

Dans les secteurs du transport et de la distribution de l'électricité, des actes contraires à la concurrence ont également été établis (Arrêtés 001 et 003 de 1994).

- Actes contraires à la concurrence régulés par l'article 48 du Décret 2153 de 1992 : la publicité comparative et mensongère, influencer une entreprise pour qu'elle augmente les prix de ses produits ou services ou renonce à son intention de réduire ses prix, représailles pour la politique des prix.

- 3) L'article 34.6 considère un autre type de pratique restrictive de la concurrence : l'abus de position dominante.

Dire que cette pratique est "contraire au marché" signifie que l'abus affecte n'importe lequel des participants : concurrent, usager, fournisseur, acheteur... Le droit colombien distingue entre l'abus de position dominante sur le marché et l'abus de droit²⁸¹. Comme la comparaison entre ces deux notions déborde du cadre de notre étude, nous nous limiterons à développer la première.

Pour caractériser la conduite, il faut prendre en compte les deux extrêmes : la détermination de la position dominante et la détermination de l'abus. Ces extrêmes sont la condition *sine qua non* pour qu'il y ait conduite d'abus de la position dominante. Si l'un des deux n'est pas présent, il n'y a pas commission d'abus.

Détermination de la position dominante : notre position²⁸², fondée principalement sur l'article 14.13 de la Loi 142, c'est qu'il existe trois procédures pour déterminer la position dominante sur le marché de l'électricité en fonction du participant à celui-ci.

La première procédure établit une présomption de droit : une entreprise de services publics par rapport à ses usagers a une position dominante *per se* (article 14.13).

La deuxième procédure est adoptée lorsqu'une entreprise de services publics détient 25% ou plus des usagers qui forment le marché en cause (article 14.13). Ici, il faut déterminer le marché en cause, puis calculer le pourcentage précédent en prenant comme référence les usagers (entendus comme les

²⁸¹ E. Rengifo García, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 353-354.

²⁸² L. F. Moreno, *Servicios públicos domiciliarios. Perspectivas del derecho económico*, op. cit., p. 231-233.

usagers finals, conformément à l'esprit de la loi des services publics). A notre point de vue, cette procédure est applicable aux secteurs de la distribution et de la commercialisation de l'électricité étant donné qu'ils sont en rapport avec les usagers finals²⁸³.

La troisième procédure est adoptée pour les secteurs de la production et du transport de l'électricité, qui ne sont pas en rapport direct avec les usagers finals. La démarche est la suivante : on précise le marché en cause (article 14.13), on calcule la participation des entreprises au marché (article 14.13), on établit si l'entreprise est en mesure de déterminer directement ou indirectement les conditions du marché (article 45.5 du Décret 2153 de 1992). Déterminer les conditions du marché signifie que l'entreprise a la capacité d'imposer des conditions d'offre, de modifier unilatéralement le prix et de déterminer les conditions de la demande sans tenir compte des usagers²⁸⁴.

A ce sujet, il existe des arrêtés et décisions de la Surintendance de l'industrie et du commerce (SIC) fixant les trois paramètres pour déterminer la position dominante sur le marché²⁸⁵ : le marché en cause, le pourcentage de participation au marché, la possibilité de déterminer unilatéralement les conditions du marché. Ces précédents s'appuient sur le développement de la doctrine, et dans une moindre mesure sur la jurisprudence. La doctrine, en effet, fait clairement référence aux trois mêmes éléments²⁸⁶. Moins explicite au sujet de ceux-ci, la jurisprudence affirme que, pour déterminer la position, il faut "que l'entreprise ait le pouvoir ou la force économique qui lui permette individuellement de déterminer efficacement les forces du marché"²⁸⁷.

²⁸³ L'utilisateur final est celui qui reçoit le service de l'électricité dans son immeuble.

²⁸⁴ Cour Constitutionnelle, Sentencia T-240 de 1993, 23 juin 1993, dossier T-9665 et Arrêt C-616 de 2001, 13 juin 2001, dossier D-3279.

²⁸⁵ SIC, Arrêt 15.653 du 10 mai 2001, Décisions 031 du 26 août 1996 et 013 du 17 avril 1997.

²⁸⁶ D. Gómez Leyva, *De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*, Bogotá D.C., Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, p. 52. et M. Velilla, *Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante. Derecho de la competencia*, Bogotá D.C., El Navegante, 1998, p. 185.

²⁸⁷ Cour Constitutionnelle, Arrêt T-240 du 23 juin 1993, dossier T-9665.

Au vu des précédents doctrinaux, jurisprudentiels et conceptuels de la Surintendance, il est donc établi que, pour déterminer la position dominante dans la production et le transport de l'électricité, les trois éléments en question doivent être réunis, sans lesquels on ne peut parler de l'existence de ce type de situation.

Il est important de souligner que la position dominante sur le marché n'est pas interdite, mais qu'elle est soumise à certaines règles, précisées dans la Loi 142. L'article 35 établit certaines conditions pour les entreprises de services publics se trouvant en position dominante dans la distribution des biens et services : elles sont tenues d'acquérir le bien ou le service selon une procédure garantissant l'égalité de conditions et de concurrence aux éventuels candidats. L'article 74.1-a reconnaît aux commissions de régulation la faculté d'appliquer des règles de comportement différencié aux entreprises en position dominante.

Abus : en concordance avec l'article 333 de la Constitution, la Loi 142, articles 2.6, 11.2, 30 et 34.6, sanctionne l'abus et non la position dominante. Cette position est réitérée dans la Loi 143, article 43, qui considère comme abus de position dominante toute pratique empêchant une entreprise ou un usager non régulé de négocier librement ses contrats de fourniture, ou toute tentative de fixer les prix au travers d'accords préalables entre vendeurs et acheteurs. Ce dernier élément convertit un accord de prix en un abus de position dominante collective.

Sur le marché de l'électricité, l'abus de position dominante peut se présenter à trois niveaux : contre les concurrents, contre les usagers et sur le plan contractuel.

Abus de position dominante *contre les concurrents* : la Loi 142 ne mentionne pas de conduites spécifiques à ce sujet, elle signale que, dans tous leurs actes et contrats, les entreprises doivent éviter d'abuser de la position

dominante. Il convient donc de recourir au régime général qui énumère diverses conduites à l'article 50 du Décret 2153 de 1992 : prix prédateurs, pratiques discriminatoires, ventes liées, pratique discriminatoire horizontale, prix prédateurs régionaux

A ce sujet, le Conseil d'État a analysé le supposé abus de position dominante d'*Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP* (une entreprise intégrée dans les secteurs de la production et de la commercialisation) contre ses concurrents producteurs²⁸⁸. Le problème juridique est le suivant : *EEB* a-t-elle abusé de sa position dominante en faisant un appel d'offres pour l'achat de 20% de ses besoins en électricité pour le marché régulé, alors qu'elle était obligée d'effectuer l'achat de 80% ? *EEB* se défend en arguant qu'elle a acheté 20% sous le couvert d'une raison de force majeure d'ordre budgétaire et financier. Le Conseil d'État confirme l'existence de l'abus de la position dominante, dans les termes suivants :

... les accusations qui lui sont imputées sur le fond en constituent une seule, qui se résume en l'exercice d'une pratique restrictive de la concurrence, en ne permettant pas que d'autres agents économiques fassent des offres pour combler une part importante de la demande à satisfaire [...] la conduite réalisée par *EEB* est caractérisée comme une faute à l'article 43 de la Loi 143 de 1994 et il est clair qu'elle enfreint également les articles 4, 5, 6 et 7 de l'Arrêté 009 de 1994 de la CREG, réglementant les contrats d'électricité dans les entreprises intégrées. Selon cette norme, les entreprises de ce type doivent demander et donner à d'autres entreprises de production et à d'autres agents privés l'occasion de présenter des propositions de fourniture, ce qui s'entend comme le respect du principe de transparence et de concurrence [...].

²⁸⁸ Conseil d'État, Arrêt 21, septembre 2000, N° 4301.

Abus de la position dominante *contre les usagers* : l'article 133 de la Loi 142, en concordance avec l'article 34.6, envisage plusieurs cas. Selon l'article 133.1, la portée de l'abus de la position dominante se manifeste dans les contrats entre les entreprises et les usagers lorsque les premières incluent des clauses abusives contre les seconds. Une interrogation surgit immédiatement : qu'en est-il des abus précontractuels contre les usagers?

Il est important de rappeler que l'article 133 établit une présomption d'abus de la position dominante ; celle-ci est levée si on peut démontrer que le contrat inclut des obligations spéciales assumées par l'entreprise et qui équilibrent la relation, et que la commission de régulation respective a rendu un avis préalable sur les contrats de services publics.

La SSP a étudié plusieurs plaintes pour abus de la position dominante contre les usagers. De son côté, dans l'Arrêté 108 de 1997, la CREG répète sans nécessité les présumés abus des entreprises de services publics contre les usagers développés dans la Loi 142.

Abus de la position dominante *contractuel* : dans ce type d'abus l'existence d'une relation de concurrence n'est pas indispensable ; il peut se produire contre un fournisseur, contre un acheteur, contre un vendeur. Cela ne signifie pas qu'il n'y ait pas infraction contre le marché, ce serait nier l'existence de différents participants au marché, les uns concurrents, les autres non : quand cette conduite se produit, il y a toujours une évidente violation du marché.

Sur ce point, nous ne partageons pas la position de certains analystes, notamment Mauricio Velandia²⁸⁹, pour qui le thème de l'abus de position dominante contractuel ne fait pas partie du droit des marchés, et ce genre de conduite doit être porté devant les juges. A notre avis, il confond la figure juridique de l'abus de la position dominante, qui est affaire d'intérêt général, et

²⁸⁹ M. Velandia. *Ambito Juridico*, 5 au 18 août 2002.

celle de l'abus du droit, qui est affaire d'intérêt particulier ou des parties, comme le démontre clairement Ernesto Rengifo²⁹⁰.

Il est important également de préciser le sens de l'article 34.6 de la Loi 142, dont la rédaction peut conduire à deux interprétations : selon la première, l'article établit la modalité de l'abus de la position dominante uniquement contre les usagers ; selon la seconde, il admet en outre cette modalité dans tout type de contrat différent du contrat de services publics passé entre l'entreprise et l'utilisateur. Dans l'Arrêté 4867 du 13 juillet 1998, c'est la seconde interprétation que choisit la SSP :

Il convient de rappeler à l'entreprise ce qui suit : l'abus de la position dominante ne se présente pas seulement en rapport avec l'entreprise de services publics et avec l'utilisateur, comme elle l'a interprété trop rapidement ; en effet, l'article 34.6 de la Loi 142 de 1994 établit clairement que l'abus de la position dominante auquel se réfère l'article 133 de cette loi se produit quelle que soit la partie contractante et dans tout type de contrats ; il signale que ce n'est pas uniquement dans les relations contractuelles entre le fournisseur et l'utilisateur, mais en tout type de contrat et avec toute partie [...]. Ce qui démontre qu'une entreprise de services publics peut être en position dominante par rapport à ses fournisseurs.

Autre débat : est-il nécessaire de prouver la position dominante ou celle-ci est-elle une position *per se* ? Nous penchons pour la thèse que la position dominante doit être déduite d'après l'activité impliquée. Autrement dit, il convient d'analyser chaque cas où une entreprise de services publics abuse de cette situation dans ses relations contractuelles avec d'autres entreprises ou personnes.

²⁹⁰ E. Rengifo García, *op. cit.* p. 368.

Rappelons que l'abus de la position dominante contractuel d'une entreprise de services publics donne lieu à une situation de désavantage pour les fournisseurs, les acheteurs, les vendeurs dans les relations d'affaires ou contractuelles lorsque cette entreprise profite de sa position pour établir des conditions discriminatoires et subordonner le contrat à l'acceptation de conditions supplémentaires, qui ne constituent pas la nature du négoce juridique initial (contrats liés).

Selon deux experts en la matière, J.J. Almonacid et N.G. García, les antécédents de l'acceptation de la figure de l'abus de la position dominante contractuel se trouvent, du point de vue légal, dans les articles 50.2 du Décret 2153 de 1992, 98 du Statut organique du système financier et 133 de la Loi 142, et du point de vue jurisprudentiel, dans l'Arrêt du 19 octobre 1999 de la Chambre de Cassation civile de la Cour suprême de justice et celui du 27 mars 1998 (N° 4798) de la Cour suprême de justice.

4) Concentration d'entreprises

Bien qu'une partie de la doctrine n'envisage pas la concentration d'entreprises comme une pratique restrictive de la concurrence, dans notre interprétations elle l'est vraiment. Les articles 2, 3, 11 et 73.25 de la Loi 142 et l'article 74 de la Loi 143 constituent les normes de base qui régulent les aspects substantiels de l'entreprise d'énergie électrique.

A partir de ces dispositions juridiques, la CREG a fixé des limites aux concentrations d'entreprises dans les Arrêtés 128 de 1996 (acte administratif qui a reçu l'aval du Conseil d'État²⁹¹), 065 de 1998 et 042 de 1999 (ce dernier a reçu le même aval²⁹²).

²⁹¹ Conseil d'État, Arrêt du 12 mars 1998, N° 4.443.

²⁹² Conseil d'État, Arrêt du 7 décembre 2000, N° 6.022, Première section.

Ici aussi, conformément à l'article 5 de la Loi 57 de 1887, il est possible de combler les vides grâce aux normes générales sur les concentrations d'entreprises consacrées dans la Loi 155 de 1959 et les Décrets 1302 de 1964 et 2153 de 1992. Ce renvoi analogique amène à se demander si l'objectif du droit de la concurrence est de défendre la pluralité des agents économiques ou l'efficacité économique. En effet, selon le Décret 2153, une opération de concentration d'entreprises ne pourra être contestée lorsqu'il est démontré qu'elle entraîne une amélioration significative de l'efficacité économique : on établit ainsi un critère subjectif, contradictoire avec le propos des Lois 142 et 143 et des arrêtés de la CREG d'établir des critères objectifs pour contester ou non les opérations de concentration sur le marché de l'électricité, et de défendre ainsi le principe de pluralité des entreprises. Quoi qu'il en soit, sur ce marché, ce sont les critères établis par les lois et arrêtés mentionnés qui prévalent.

Dans ce cadre juridique, les concentrations d'entreprises dans le service public de l'électricité sont restrictives de la libre entreprise quand elles affectent l'offre, réduisent le nombre d'agents, et en général facilitent l'intégration verticale et horizontale, non permise, des entreprises.

Avant de poursuivre, rappelons que concentration d'entreprises signifie qu'une ou plusieurs entreprises indépendantes, ou une ou plusieurs entreprises qui détiennent déjà le contrôle d'une entreprise, acquièrent, de façon directe ou indirecte, le contrôle partiel ou total d'une entreprise, selon les cas.

Formes de réalisation des opérations de concentration : les acquisitions minoritaires ou majoritaires du capital et des actifs d'autres entreprises, la fusion, la scission et, dans une moindre mesure, la coopération d'entreprises. Ces institutions juridiques provenant du Code du commerce impliquent la réalisation de structures de concentration horizontale, verticale et conglomerée. Les concentrations de type horizontal et vertical ne sont pas permises si elles entraînent une réduction du nombre de concurrents sur le marché ; toute

opération d'acquisition, fusion ou scission doit donc notifiée à l'autorité de contrôle compétente.

Calcul de la limite de concentration : les mêmes normes mentionnées ci-dessus fixent des limites aux concentrations verticales et horizontales. En ce qui concerne les premières, les arrêtés de la CREG interdisent de concentrer plus de 25% dans chacun des secteurs de la production, de la commercialisation et de la distribution ; dans le secteur du transport, l'entreprise *ISA S.A.* ne peut augmenter sa participation que lorsqu'elle l'emporte dans les processus de sélection pour l'expansion du réseau. Quant aux secondes, les articles 167.3 de la Loi 142 et 74 de la Loi 143 interdisent catégoriquement ce type de concentration entre les entreprises réalisant des activités différentes du service de l'électricité, à l'exception de la commercialisation qui peut s'effectuer en combinaison avec la production ou la distribution.

Selon une lecture littérale, le propos de la norme est d'éviter qu'il y ait des entreprises avec plus d'une activité au sein d'une même unité juridique et qu'elles aient des filiales développant des activités verticales, sauf l'exception signalée.

Cependant, comme on l'a signalé, la même Loi 143, à l'article 80, permet aux entreprises de distribution intégrées à une autre activité de continuer à fonctionner dans les mêmes conditions qu'avant l'entrée en vigueur de cette loi. Par ailleurs, la CREG elle-même, sous le propos de limiter la concentration verticale, fait en réalité une lecture extensive des Lois 142 et 143 lorsqu'elle détermine qu'une entreprise de production ne peut détenir plus de 25% du capital social d'une entreprise de distribution, et vice-versa qu'une entreprise de distribution ne peut détenir plus de 25% du capital d'une entreprise de production (Arrêté CREG 128 de 1996, article 6). Réellement, cette norme n'est ni nécessaire ni opportune dans la mesure où il existe une interdiction tangente dans les Lois 142 et 143.

Notification des opérations : avant de commencer une opération de concentration (acquisition, fusion, scission, et même coopération), toute entreprise du secteur de l'électricité doit en informer la SIC et solliciter l'autorisation, conformément aux Décrets 1302 de 1964 et 266 de 2000. Après étude des limites fixées par les Lois 142 et 143 et des actes administratifs édictés par les commissions de régulation, lorsque celles-ci établissent de telles limites, la Surintendance rend sa décision dans le délai prévu par la loi²⁹³.

Analysons maintenant le deuxième type de conduites, les actes de concurrence déloyale.

b. Actes de concurrence déloyale

Ce type d'actes est régulé par la Loi 256 de 1996. En matière de concurrence déloyale, la Loi 142, article 34, renvoyait aux conduites décrites dans le Décret 410 de 1971 (Code du commerce), Livre I, Titre V, mais ces articles ont été abrogés par la Loi 256.

Le régime général contenu dans cette loi prévoit une prohibition générale et caractérise divers actes de concurrence déloyale. Il est intéressant d'observer que l'interdiction générale sert à interpréter les actes caractérisés aux articles 8 à 19 et il est utile également pour investiguer et porter devant la justice des conduites qui ne sont pas décrites dans ces articles.

Les principes généraux pris en compte pour établir un acte de concurrence déloyale sont les suivants :

Actes se réalisant sur le marché : dans le concept de marché, l'important ici est qu'il est plus économique que juridique. Quand on se réfère au marché, il

²⁹³ Nous avons relevé 5 demandes d'approbation d'opérations de concentration dans le service public de l'électricité.

faut prendre en compte toutes ses caractéristiques et analyser le marché concret où se produisent les effets de la conduite. Pour établir l'existence de l'acte de concurrence déloyale, certains experts estiment donc qu'il serait utile d'envisager l'application du concept de marché en cause²⁹⁴, du marché au sens large.

Fins concurrentielles : l'acte ou la conduite doit avoir une finalité concurrentielle. Ce qu'établit l'article 2 de la Loi 256, c'est une présomption. On veille à ce que la conduite n'affecte pas le fonctionnement normal du marché. La structure et les relations du marché peuvent être altérées, ainsi que la position concurrentielle des agents du marché.

Il n'est pas indispensable qu'il y ait un rapport de concurrence entre le sujet infracteur et le sujet préjudicié. Dans la description des conduites, la Loi 126 ne mentionne pas les sujets. Toutefois, selon l'article 3 de la Loi 256, qui décrit le cadre subjectif d'application, le sujet agent actif peut être une personne naturelle ou juridique participant au marché, concurrent ou non, et le sujet passif une personne naturelle ou juridique participant au marché, concurrent ou non.

Voyons maintenant les conduites au sujet desquelles il existe des décisions importantes de la SIC et des tribunaux judiciaires.

1) Prohibition générale

Celle-ci est envisagée à l'article 7 de la Loi 256. Le critère de base est le principe de la bonne foi commerciale. Selon Delio Gómez²⁹⁵, cette position générale permet d'élargir les hypothèses des conduites déloyales car les conduites typiques établies dans la Loi 256 peuvent être insuffisantes face à

²⁹⁴ J. Massaguer, *Comentarios a la ley de competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1999, p. 122-123.

²⁹⁵ D. Gómez Leyva, *op. cit.*, p. 313-314.

l'évolution et au développement de l'activité économique et commerciale du pays.

La Surintendance applique cette prohibition générale dans l'Arrêté 07981 du 21 octobre 1998, dans les termes suivants :

“L'entreprise *Flores II* a agi sur le marché en établissant, pour l'électricité qu'elle a déclarée disponible, des prix d'offre très supérieurs à ceux reflétant réellement le coût d'opportunité des ressources nécessaires pour produire cette électricité”.

Il y a là une évidente violation de l'article 7 de la Loi 256 : la conduite de *Flores II* est contraire à la bonne foi commerciale. En effet, sur le marché de gros de l'électricité, pour déterminer les prix d'offre de la part des producteurs participants, on se base habituellement sur le principe que ces prix reflètent les coûts d'opportunité des ressources utilisées.

2) Conduites spécifiques

La Loi 256 de 1996 en prévoit 19. Ici nous allons en décrire 7 au sujet desquelles les autorités ont eu l'occasion de se prononcer.

Premièrement, les actes de détournement de la clientèle (article 8). Certes, le détournement de la clientèle est normal sur le marché, mais quand, dans ce but, l'un des acteurs du marché recourt à des stratégies forçant le libre choix des consommateurs, sa conduite va à l'encontre des saines coutumes mercantiles.

Juridiquement, cet acte se confond avec les autres actes de concurrence déloyale envisagés par la Loi 256, dont la plupart impliquent un détournement déloyal de la clientèle. Ce type d'actes a été étudié à la fois par la SSP en sa qualité de police administrative et par la SIC dans ses fonctions

juridictionnelles. Sur cette question, les quatre cas que nous avons relevés présentent des aspects communs : l'acte a été réalisé par le négociant (indépendant ou intégré), il concerne majoritairement des usagers régulés. Au-delà de ces similitudes, chaque cas pose un problème juridique particulier.

Dans le premier cas, *Cedelca S.A. ESP* et *Epsa S.A. ESP* contre *Dicel S.A. ESP* (tous les trois négociants en électricité), le problème juridique est le suivant : la conduite de *Dicel* à l'égard de *Cedelca* et *Epsa* a-t-elle été loyale quand elle a conduit les usagers des deux autres à mettre fin au contrat en les informant qu'ils pouvaient cesser le contrat de conditions uniformes sans tenir compte de la durée du contrat et des termes établis pour la cessation de celui-ci, et qu'elle a offert à ces usagers un contrat de fourniture d'électricité comme s'il s'agissait d'usagers non régulés alors qu'elle ne remplissait pas les conditions exigées à cet effet ? La Surintendance se prononce ainsi²⁹⁶ :

... Effectivement, *Dicel* a réalisé des actes qui constituent un détournement de clientèle [...] en induisant les usagers à violer le contrat avec un autre négociant [...] Profitant du fait que les usagers ne connaissent pas la régulation du secteur, elle ne pouvait informer ceux-ci qu'ils peuvent mettre fin à un contrat de conditions uniformes sans tenir compte de la durée et des termes établis pour la cessation unilatérale de ce contrat ; elle ne pouvait pas non plus induire l'utilisateur à commettre une fraude dans l'installation d'électricité de son immeuble, comme ce fut le cas avec *Industrias de Envases S.A.*

Dans le deuxième cas, *Dicel S.A. ESP* contre *Codensa S.A. ESP*, la question juridique est : la conduite de *Codensa* a-t-elle été loyale quand, en sa qualité de distributeur et négociant, elle a empêché les usagers de *Dicel* d'accéder aux prestations de ce négociant parce que le contrat de distribution

²⁹⁶ Arrêt SSP N° 2.479 du 20 avril 1998.

entre négociant et distributeur n'est pas établi ? La position de la Surintendance est la suivante²⁹⁷ :

...lorsqu'il n'y a pas de contrat, les parties doivent se régir par la norme mentionnée (Arrêt CREG 070 de 1998) [...] Sur cette base, *Codensa* a enfreint les normes concernant la concurrence déloyale, spécifiquement les articles 8 et 18 de la Loi 256 de 1996 [...] l'article 8 (qui empêche le développement de la volonté de transférer des usagers du service de l'électricité) en détournant la clientèle de *Dicel* vers *Codensa*.

Dans le troisième cas, *Energía Confiable S.A. ESP* contre *ElectriCaribe S.A. ESP*, se pose le problème suivant : la conduite d'*ElectriCaribe*, en sa double condition de distributeur et négociant, a-t-elle été loyale quand elle a imposé des exigences à des usagers ayant sollicité une connexion au réseau et informé de leur choix d'*Energía Confiable* comme négociant, avec la conséquence que le contrat entre ces usagers et *Energía Confiable* n'a pu être exécuté ? La Surintendance tranche comme suit²⁹⁸ :

...En connectant en tant que ses clients *Ciudad Real* et *Centro Empresarial de las Américas*, *ElectriCaribe* a violé le contrat de services publics entre un usager et un négociant qui doit avoir une durée minimum de 12 mois [...] Il est démontré que l'exigence des autorisations et les contrats pour établir des frontières commerciales individuelles n'étaient pas nécessaires, obstruant ainsi l'activité de commercialisation d'*Energía Confiable* et surtout méconnaissant les droits de l'utilisateur [...] il convenait de fixer une seule frontière commerciale face au marché de gros et non une pour chaque appartement, comme si *Energía Confiable* allait fournir le service à ces six appartements seulement [...] Sur la base de ces observations il y a bien eu une offre déloyale lorsque *ElectriCaribe*, par sa conduite, a empêché de

²⁹⁷ Arrêt SIC N° 0163323, 18 août 1999.

²⁹⁸ Arrêt SIC N° 41461 de 2001.

manière illégale *Energía Confiable* de signer un contrat avec ses clients et de les servir, pour que finalement ces clients soient servis par *ElectriCaribe* [...].

On a enfin le cas de *Codensa S.A. ESP* contre *ConEnergía S.A. ESP* et le problème juridique suivant : *ConEnergía* a-t-elle agi de façon déloyale contre son concurrent *Codensa* en présentant aux clients objectifs un dépliant qui contenait une information imprécise ? Voici la position de la SIC²⁹⁹ :

... Il n'est pas suffisant que l'objectif (potentialité du dommage) existe ou que l'effet de détourner la clientèle soit atteint. Il faut en outre vérifier que l'entreprise agit de façon contraire aux saines coutumes mercantiles ou aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. Ces deux éléments sont les plus importants de l'article de référence. Dans le cas qui nous occupe [...] les faits réalisés par *ConEnergía* ne sont pas vus comme contraires à la bonne foi (élément prépondérant dans la conduite analysée). Comme l'existence d'un usage honnête ou d'une coutume mercantile, dans les termes de la loi, n'est pas prouvée, on ne peut donc dire non plus que les actes faisant l'objet de ce débat les contrarient [...] De toute façon, le contenu du dépliant de *ConEnergía* est une simple manifestation qui est loin d'être malsaine, car on tomberait alors dans la situation absurde de n'accepter aucun type de publicité qui, en soi, admet un certain degré de suggestion et d'exagération. Pour déterminer le caractère malsain d'une pratique, il faut se demander si, au travers de cette pratique, on réussit à susciter -dans ce cas chez les récepteurs du dépliant- une désinformation capable de nuire, du fait de l'intention de tergiverser l'information véritable. Par ailleurs, nous avons observé [...] que *ConEnergía* offre réellement un tarif plus économique, et donc ce qui est dit dans le dépliant n'est pas contraire à la vérité.

²⁹⁹ Arrêt SIC N° 10765 de 2002.

Deuxièmement, les actes de désorganisation (article 9). Le fait juridique décrit dans la norme est la conduite visant la désorganisation interne de l'entreprise du concurrent en utilisant toute sorte de moyens pour atteindre ce résultat. Cet acte tend à se confondre avec l'acte d'induction à la rupture contractuelle. Nous avons relevé trois cas d'intervention de la SSP à ce sujet.

Dans le premier, *Dicel S.A. ESP contre Cedelca S.A. ESP et Epsa S.A. ESP*, la SSP conclut qu'il y a eu un acte de désorganisation³⁰⁰ :

La conduite de *Dicel* a entraîné la désorganisation sur le marché de l'électricité dans la zone des départements du Valle del Cauca et du Cauca, étant donné que son comportement, contraire aux normes et à la régulation, a désorganisé les prestations mercantiles de *Cedelca* et d'*Epsa*. [...] Tout cela a entraîné une désorganisation sur le marché : en effet, les usagers se trouvent face à différentes prestations et à différentes versions de la régulation du service en vigueur, provenant de chacun des négociants (l'ancien et le nouveau), ce qui cause un préjudice aux usagers. Cette situation ne se serait pas présentée si *Dicel* avait agi dans le cadre de la régulation en vigueur [...].

Le deuxième cas, mettant en cause le producteur thermique *Flores II Ltda S.A. ESP & Cia Sca ESP*, pose le problème juridique suivant : ce producteur a-t-il agi de façon déloyale en augmentant sans justification (sans qu'ils reflètent ses coûts variables) ses prix d'offres à la Bourse de l'électricité avec le but et l'effet de tirer profit économiquement de sa certitude d'être dispatché étant donné l'intervention sur les prix des producteurs effectuée par la CREG ? La SSP tranche ainsi³⁰¹ :

³⁰⁰ Arrêt SSP N° 2 479 du 20 avril 1998.

³⁰¹ Arrêt SSP N° 4 341 du 23 juin 1998.

...L'interprétation, ou mieux la déduction, de l'entreprise, que la concurrence déloyale affecte uniquement un concurrent particulier et que le marché n'arrive pas à être affecté par une conduite de ce type est erronée. En effet, si dans la plupart des cas, c'est un concurrent qui se voit directement préjudicié par les actes de concurrence, il n'en est pas moins vrai que le marché subit également un préjudice : dans le cas en question, on crée la confusion, on trompe, on enfreint des normes afin d'obtenir des bénéfices. [...] En fixant un prix d'offre très supérieur à celui reflétant ses coûts variables (conformément à l'Arrêté CREG 055 de 1994), *Flores II* a influencé les prix de l'électricité à la Bourse, désorganisant ainsi les prestations mercantiles, dans ce cas la livraison d'électricité sur le marché de gros.

Dans le troisième cas, impliquant *Corelca S.A. ESP*, c'est le même problème juridique qui est posé. Confirmant la position adoptée dans le cas précédent, la SSP conclut que la conduite de l'entreprise en question a non seulement désorganisé le marché de gros mais également causé directement un préjudice à ses concurrents³⁰².

Troisièmement, les actes de confusion (article 10). Ces actes altèrent le libre choix du consommateur sur l'activité, les prestations mercantiles ou l'établissement d'autrui.

Les conduites de *Flores II* et de *Corelca* entrent également dans cette catégorie. Dans ses Arrêtés 4341 du 23 juin 1998 et 7981 du 21 octobre 1998, la SSP applique dans un sens élargi l'article 10 de la Loi 256 et donne une interprétation extensive de la conduite quand elle considère qu'il y a eu un acte de confusion dans l'activité d'achat et vente d'électricité sur le marché de gros, sans prendre en compte que la confusion concernait les usagers.

³⁰² Arrêt SSP N° 7 981 du 21 octobre 1998.

Quatrièmement, les actes de tromperie (article 11). La tromperie vise le consommateur avec des stratégies de publicité mensongère ou d'autres moyens. Sont également des conduites déloyales l'utilisation ou la diffusion d'indications ou d'affirmations incorrectes ou fausses et l'omission des indications vraies.

Dans l'Arrêté 4341 de 1998, la SSP définit l'acte de tromperie de la manière suivante, qui représente une interprétation large de l'article 11 : "On entend par tromperie induire en erreur les personnes auxquelles on s'adresse, celles-ci étant entendues comme les agents participant au marché de gros".

Dans le cas *Flores II*, la SSP résout ainsi le problème juridique déjà mentionné (cf. désorganisation, 2ème cas) :

L'entreprise *Flores II* [...] offre alors des prix qui ne reflètent pas les coûts variables qu'elle enregistre, envoyant de la sorte un signal trompeur au marché. Ce signal est trompeur par le fait que *Flores II* n'a pas fixé les prix en bourse à des valeurs proches du prix plancher, ce qui détermine, sur la base de l'article 3 de l'Arrêté CREG 217 de 1997, une possibilité élevée qu'un rationnement soit décrété dans les jours suivants. Il est intéressant de rappeler que, selon les projections réalisées à cette époque par *ISA*, on espérait couvrir de façon satisfaisante la demande jusqu'en avril 1998, ce qui était contraire au signal que donnaient les prix en bourse offerts par *Flores II*.

La même question est posée dans le cas *Corelca* (cf. désorganisation, troisième cas) et résolu de façon identique par la SSP.

Cinquièmement, les actes de discrédit (article 12). Il s'agit d'une forme de dénigrement à l'encontre du concurrent en recourant à des indications ou des affirmations incorrectes ou fausses qui discréditent l'activité, les prestations

mercantiles ou l'établissement d'un tiers. L'acte de discrédit tend à se confondre avec l'acte de comparaison ; chacun cependant a sa propre entité légale.

Voyons à ce sujet le cas *Dicel S.A. ESP contre Epsa S.A. ESP* résolu en dernière instance par le Conseil d'État³⁰³. La question posée est la suivante : la conduite d'*Epsa* était-elle de bonne foi et non concurrentielle quand l'entreprise a donné des affirmations incomplètes à certains de ses usagers qui l'avaient informée de leur décision de choisir *Dicel* comme négociant d'électricité, compte tenu qu'à la suite de ces affirmations, ces usagers sont revenus sur leur décision de passer contrat avec *Dicel* ? La réponse de la Chambre du contentieux administratif est la suivante :

... [l'entreprise *Epsa*] a été sanctionnée pour avoir réalisé des pratiques de concurrence déloyale en discréditant *Dicel* auprès de l'entreprise *Industrias de Envases S.A.* Pour parler de discrédit, ne sont nécessaires ni la divulgation à des tiers des indications ou affirmations fausses ou incorrectes, ni l'omission des vraies. En effet, l'article 12 de la Loi 256 de 1996 emploie le verbe *diffuser* mais aussi le verbe *utiliser*, qui est approprié à la conduite du plaignant quand il a omis certaines informations, notamment que *Dicel*, à la date du 2 septembre 1997, avait passé des contrats d'achat d'électricité en disposant d'un délai pour les enregistrer auprès de la SIC, et que la CREG, à l'article 2 de l'Arrêté 117 de 1997, autorise les nouvelles entreprises à servir le marché régulé avec les tarifs fixés par l'ancien négociant. [...] Par sa conduite, [*Epsa*] visait (ce qu'elle a d'ailleurs réussi) à laisser sans effet le contrat de service de l'électricité passé entre *Dicel* et *Industrias de Envases S.A.*, ce qui met en évidence la finalité concurrentielle de cette conduite, c'est-à-dire maintenir sa participation au marché en faisant croire à l'utilisateur du service que *Dicel* ne pouvait lui fournir ce service de façon efficiente, ce qui, par ailleurs, est contraire au principe de la bonne foi commerciale.

³⁰³ Conseil d'État, Arrêt N° 6 180, 26 juillet 2001, N° 6.180.

Un autre cas intéressant est la plainte déposée par *Codensa S.A. ESP* contre *ConEnergía S.A. ESP* pour acte de discrédit. Le même problème juridique est posé à la SIC, qui tranche le cas ainsi³⁰⁴ :

Des affirmations faites par *ConEnergía* dans le dépliant qui est à l'origine du problème, il ressort très clairement qu'il n'y a pas eu d'acte de discrédit caractérisé : ce document ne fait pas allusion à l'activité, aux prestations mercantiles ou à l'établissement de *Codensa*. Une condition *sine qua non* pour constituer la figure du discrédit comme forme de concurrence déloyale est que les affirmations se réfèrent à un tiers [...] Il est clair pour nous que le service fourni par *ConEnergía* est réellement moins cher que celui de son concurrent [...] Il ne s'agit pas d'établir si les affirmations sont précises ou imprécises, mais que le supposé discrédit découlant de ces affirmations ne vise pas expressément *Codensa*, son activité, son établissement, sa prestation mercantile [...] Certes, il y a bien dans le dépliant en question certaines imprécisions, à la lumière des dispositions de l'article 15 de l'Arrêté CREG 108 de 1997, mais vu l'objet ou l'effet de la pratique, nous considérons qu'elles ne visent pas à causer du tort et n'ont pas comme effet de discréditer *Codensa* dans le cadre de la concurrence déloyale.

Sixièmement, les actes de comparaison (article 13). En soi, la comparaison est licite lorsqu'il s'agit d'une comparaison analogue, significative et démontrable, dans la mesure où elle contribue à rendre le marché plus transparent et aide le consommateur dans ses choix grâce à une information plus complète. L'article 13 envisage deux cas : d'un côté, il s'agit d'indications ou d'affirmations incorrectes ou fausses ; de l'autre, l'acte est déloyal quand il se réfère à des extrêmes qui ne sont ni analogues ni démontrables. Il n'est pas inutile d'ajouter que la comparaison doit être publique.

³⁰⁴ Arrêt SSP N° 10 765 de 2002.

Ce type de conduite est abordé par la SIC dans le cas rapporté ci-dessus de la plainte de *Codensa* contre *ConEnergía*. Du même Arrêté N° 10.765 fixant la position de la SIC, nous extrayons les lignes suivantes :

... l'enquête démontre que l'entreprise *ConEnergía* n'a pas exprimé d'indications ou d'affirmations qualifiables de fausses ou d'incorrectes, et s'il est vrai que le dépliant contient des imprécisions sur certains points, celles-ci n'établissent aucunement une comparaison expresse ou tacite avec un tiers déterminé, *Codensa* en l'occurrence.

Septièmement, l'infraction aux normes (article 18). Lorsque l'infraction aux normes entraîne un avantage compétitif significatif, elle constitue un acte de concurrence déloyale. Dans ce cas, en effet, elle suppose une rupture des conditions d'égalité dans la rivalité économique et provoque un fonctionnement anormal du marché.

Tant la SSP (police administrative) que la SIC (fonctions juridictionnelles) ont été amenées à se prononcer sur ce type de conduite.

Pour la SSP, nous avons relevé trois cas. Dans les deux premiers (*Flores II* et *Corelca*) se pose le même problème juridique que dans le deuxième cas, mentionné plus haut, d'acte de désorganisation :

Par conséquent cette infraction aux normes a conduit *Flores II* à obtenir un avantage significatif face aux autres producteurs : sa conduite a fait monter considérablement le prix de la Bourse où cette entreprise vendait la totalité de son produit, affectant ainsi toutes les entreprises et tous les usagers qui achetaient de l'électricité en bourse (Arrêté 4 341).

Avant tout, il convient de rappeler que les caractéristiques du marché en gros de l'électricité sont distinctes de celles d'autres marchés traditionnels. En réalisant son offre, *Corelca* acquiert un avantage face aux autres agents du marché ; en faisant une offre à un prix très supérieur à ses coûts variables de production, elle enfreint automatiquement les Arrêtés CREG 055 de 1994 et 24 de 1995 (Arrêté 7 981).

Le troisième cas, opposant *ElectroTolima S.A. ESP* à *GenerCauca S.A. ESP*, pose le problème juridique suivant : l'avantage compétitif obtenu par *GenerCauca* en offrant des tarifs d'électricité inférieurs à ses coûts opérationnels à des usagers régulés pour lesquels elle était en concurrence avec *ElectroTolima*, était-il légal et significatif ? La SSP répond dans les termes suivants :

...L'entreprise *GenerCauca* a établi sur le marché de commercialisation d'*ElectroTolima* des tarifs qui ne s'ajustaient pas aux régimes tarifaires et de contributions prévus dans les articles 4 et 5 de l'Arrêté CREG 244 de 1997 et l'article 64 du Décret 955 de 2000 ; ce faisant elle a obtenu un avantage compétitif significatif face à ce concurrent [...] Lorsqu'un agent commence à commercialiser de l'électricité sur un nouveau marché, tous les usagers constituent des clients potentiels [...] L'énergie électrique est considérée comme un bien homogène, de sorte que l'usager du service a l'option de choisir entre plusieurs fournisseurs, la variable prix est l'une des plus déterminantes dans sa décision et une différence de prix de 15 à 30% est plus que significative pour influencer la décision de l'usager, ce qui finit par affecter la libre et loyale concurrence [...] l'avantage étant fondé sur l'infraction au régime tarifaire [...] De toute évidence *GenerCauca* a tiré un avantage significatif [...] en enfreignant le régime tarifaire, situation dont elle a profité pour occuper une meilleure position sur le marché [...] (Arrêté 2 291 de 2003).

Quant à la seconde autorité, la SIC, elle s'est prononcée en trois occasions sur la conduite d'infraction aux normes, dans les Arrêtés 16 323 de 1999, 10 765 de 2002 et 29 843 de 2003.

Le premier cas, mentionné plus haut (cf. détournement de la clientèle) oppose *Dicel S.A. ESP* à *Codensa S.A. ESP*. Il restait à étudier la question de la conduite déloyale dans le cadre d'un contrat de transport d'électricité. La SIC tranche dans les termes suivants :

...Lorsqu'il n'y a pas de contrat, les parties doivent se régir par la norme mentionnée (Arrêté CREG 070 de 1998). Ainsi le distributeur doit garantir le libre accès à ses réseaux [...]. En effet, dans le cas d'une entreprise intégrée de distribution et commercialisation qui sert des usagers existants et dont on présume qu'elle remplit toutes les obligations techniques, cette exception à la règle n'est pas admissible [...]. De son côté, le négociant accepte les obligations établies avec le distributeur avec le seul usage du réseau [...] Sur cette base, *Codensa* aurait commis une faute [...] L'article 18, tel qu'il est énoncé, empêche le libre choix de l'utilisateur en ce qui concerne le négociant, ce qui va à l'encontre de la liberté de choix consacrée dans les articles 42 de la Loi 142 de 1994 et 8 de la Loi 143 de 1994, ainsi que de l'article 15 de l'Arrêté CREG 108 de 1997 et de l'Arrêté CREG 070 de 1998 (Arrêté SIC N° 16 233 de 1999).

Le deuxième cas, déjà mentionné également (cf. détournement de la clientèle) oppose *Codensa S.A. ESP* et *ConEnergía S.A. ESP* à la suite d'un dépliant commercial contenant une information imprécise. La SIC prend position ainsi :

...Les arguments présentés par le plaignant ne sont pas recevables dans la mesure où la violation de la norme à laquelle se réfère l'article 18 ne peut être logiquement cet article 18, ni d'ailleurs aucun article de la Loi 256 de 1996. Ce qui signifie que pour la configuration de l'article 18 *ibidem*, la démonstration effective de la transgression d'une régulation autre que celle de la concurrence déloyale est requise. Ainsi, au moment de l'exposé des preuves, l'infraction à une norme juridique distincte n'a pas été démontrée, et donc les présupposés nécessaires pour la caractérisation de l'article susmentionné ne sont pas présents. Cependant, hypothétiquement, même si cette infraction avait été démontrée, de toute façon la conduite ne serait pas configurée étant donné que l'avantage compétitif, autre élément requis par la norme, n'a pas été prouvé (Arrêté SIC N° 10 765).

Dans le troisième litige, opposant *Energía Confiable S.A. ESP* à *ElectriCaribe S.A. ESP*, le problème juridique posé est le suivant : la conduite d'*ElectriCaribe* était-elle loyale vis-à-vis de son concurrent *Energía Confiable* lorsqu'elle a offert à ses clients non régulés des tarifs inférieurs à ses coûts opérationnels qui ne couvraient pas une des composantes de la formule tarifaire ? Voyons des extraits de la réponse de la SIC :

...Il y aurait violation de l'article 98.1 de la Loi 142 de 1994, qui interdit aux prestataires des services publics de proposer aux clients d'un marché concurrentiel ou dont les tarifs ne sont pas sujets à régulation des tarifs inférieurs aux coûts opérationnels, s'il était démontré que les tarifs offerts par le négociant en électricité, ici *ElectriCaribe*, sont inférieurs à la quantité résultant de la somme de tous les facteurs qui composent les coûts opérationnels entraînés par la prestation du service de l'énergie. Dans son exposé des preuves, *Energía Confiable* se limite à démontrer qu'*ElectriCaribe* a fait payer à ses usagers au titre de coûts opérationnels supplémentaires [...], dus spécialement aux restrictions, une somme

inférieure à celle établie par la loi [...] pour le paiement de ces coûts, en utilisant pour faire le calcul qui l'amènent à cette conclusion, les formules établies dans l'Arrêté CREG 031 de 1997 [qui] sont applicables seulement au marché des usagers régulés. Le plaignant commet donc une erreur en calculant les prix opérationnels d'*ElectriCaribe* pour le marché d'usagers non régulés, basé uniquement sur le facteur OMT [...] (Arrêté SIC N° 29 843 de 2003).

TROISIÈME PARTIE

VERS UN RÉGIME DE CONVERGENCE ENTRE L'INTERVENTION DE L'ÉTAT ET LA CONCURRENCE

Nous nous sommes proposés de décrire dans la première partie et dans la seconde partie de ce travail de recherche, l'évolution des sources de droit, les principaux instruments des sources de droit en vigueur et les caractéristiques du modèle de monopole public (le cas du Mexique) et du modèle de concurrence (le cas de la Colombie), afin de connaître leur état actuel depuis la réforme des années 1990 jusqu'à nos jours.

En effet, on a pu démontrer, premièrement, que l'évolution des modèles d'organisation du marché de l'énergie électrique en Amérique latine a été cyclique, puisque nous sommes passés du modèle de l'initiative privée de la fin du XIX^e siècle au modèle du monopole d'État des années 1945, pour arriver finalement aux deux modèles actuellement en vigueur : le monopole public et le modèle de la concurrence (la coexistence). Deuxièmement, on a également pu démontrer que le modèle de concurrence pure n'existe ni n'est possible pour l'organisation du marché de l'énergie électrique compte tenu des conditions technologiques, sociales et économiques actuelles en Amérique latine qui requièrent l'intervention de l'État.

Au cours de cette troisième partie de la structure de la thèse, nous analyserons tout d'abord, sur la base de la connaissance des prémisses précédentes, les résultats des modèles d'organisation du marché de l'énergie électrique en vigueur. Or, on peut d'ores et déjà constater qu'il n'est pas souhaitable de maintenir ou de reprendre en Amérique latine le monopole public, bien qu'il puisse présenter certains avantages. Le modèle de concurrence (cas de la Colombie) qui se traduit par la coexistence de l'État et de la concurrence, bien qu'il présente l'inconvénient que l'intervention de l'État et la

concurrence ne poursuivent pas en réalité les mêmes buts, constitue la cause de l'existence des tensions que nous allons analyser. On parvient à cette conclusion après une révision et une analyse de la jurisprudence et de la doctrine de chacun des modèles.

Ensuite, en réponse à ce qui vient d'être énoncé, nous présenterons comme une possible solution du cas colombien, le régime de la convergence de l'intervention de l'État et de la concurrence, qui représente l'harmonisation des principes que la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle colombienne a adopté pour résoudre les tensions entre les intérêts public et privé ou entre la prépondérance de l'intérêt général sur la liberté économique, c'est-à-dire sur la libre entreprise et la libre concurrence. Il est précisé que ce régime, postulé comme thèse, est exclusivement applicable au cas de la Colombie. Néanmoins, il pourrait être une référence de droit comparé pour orienter la législation du marché de l'énergie électrique des autres pays d'Amérique latine dans les causes du régime de convergence.

I. LES MODÈLES D'ORGANISATION DU MARCHÉ DE L'ÉLECTRICITÉ EN VIGUEUR : ANALYSE DES RESULTATS

A. Le monopole public

Après avoir décrit les caractéristiques du modèle de monopole public du Mexique et montré la dérogation de la concurrence et le comportement de l'État comme unique agent de prestation, régulation, contrôle et planification de l'énergie électrique, nous allons présenter une analyse critique dans la perspective du droit économique. Comme méthode de réflexion, on analysera, en premier, le modèle à partir de la jurisprudence et de la doctrine pour démontrer ses résultats ou son développement dans la pratique. Puis, nous analyserons les solutions proposées face aux déficiences du modèle.

1. *Analyse du modèle à partir de la jurisprudence*

Bien que l'on affirme que la période allant de la cinquième à la neuvième époque (de 1917 à nos jours) est celle qui constitue la jurisprudence applicable³⁰⁵, nous pensons que la seule jurisprudence véritablement liée au modèle de monopole public dans le service public de l'énergie électrique est la Controverse Constitutionnelle 22/2001³⁰⁶. C'est, pour le dire ainsi, la seule jurisprudence de référence qui analyse le modèle en vigueur, et en particulier la participation du secteur privé dans les activités non cataloguées de services publics, introduit en 1992, au moment de la réforme de la loi du service public de l'énergie électrique de 1975³⁰⁷.

Cette Controverse Constitutionnelle 22/2001³⁰⁸ a été le meilleur document pour connaître l'opinion de la Cour de Cassation³⁰⁹, surtout au moment où les partis politiques et la société civile étaient divisés³¹⁰. De la plainte déposée par le Président et le Secrétaire de la Commission Permanente du Sénat et de la Chambre des Députés du Congrès de l'Union contre le Décret présidentiel daté du 22 mai 2001³¹¹, qui réformait et ajoutait plusieurs dispositions du règlement de la loi du service public de l'énergie électrique, nous pouvons extraire plusieurs éléments de la jurisprudence sur le modèle : (i) reconnaissance de l'existence du modèle de monopole public de l'énergie électrique, tel qu'il a été structuré par la réforme Constitutionnelle de 1960; (ii)

³⁰⁵ J. Cossio y J. Cortés, *El concepto de servicio publico: el caso del sector eléctrico*, ITAM. Cet auteur affirme que la jurisprudence applicable est celle de la cinquième à la neuvième époque (de 1917 à nos jours).

³⁰⁶ La demande a été déposée le 4 juillet 2001 par le Président et le Secrétaire de la Commission Permanente du Sénat et de la Chambre des Députés du Parlement de l'Union à l'encontre du Président de la République, des Secrétaires de Préfecture et de l'Énergie et de la Commission Régulatrice de l'Énergie. Il a été demandé la constitutionnalité des réformes aux articles 126 et 135 du Règlement de la Loi et du Service Public de l'Énergie Électrique. Il a été signalé dans la demande la violation des articles 49; 73, fraction X; 89, fraction I et 134 de la Constitution. .

³⁰⁷ La Loi du service public de l'énergie électrique entrée en vigueur en 1975 ne parlait pas de la participation du secteur privé dans les activités non cataloguées comme services publics.

³⁰⁸ SCJN, 13 juin 2002, Controverse Constitutionnelle 22/2001, Congrès de l'Union contre le Président Constitutionnel des États-Unis du Mexique, du Secrétaire de l'Énergie de la Commission Régulatrice de l'Énergie et du Secrétaire de Préfecture.

³⁰⁹ Il est important de préciser pour notre analyse qu'il y a eu, dans la controverse Constitutionnelle, une position majoritaire et une position minoritaire qui diffèrent sur les conclusions.

³¹⁰ S. Valencia, *Las controversias constitucionales instrumento regulador del Estado mexicano*, <www.bibliotecajurica.org/libros/4/1510/37.pdf>

³¹¹ Décret présidentiel publié dans le quotidien officiel de la Fédération le 24 mai 2001.

insécurité juridique que produit la décision de la Cour de Cassation sur la participation des particuliers dans les activités non cataloguées comme services publics.

Mais avant d'entrer en matière, il est important de synthétiser le problème juridique provoqué par la décision de la Cour Suprême. En effet, on se demande si le Décret présidentiel du 22 mai 2001, qui réforme les articles 126 et 135 du règlement, modifie le pourcentage que les autofournisseurs et les cogénérateurs d'énergie électrique peuvent vendre à la CFE. Or, cette situation implique non seulement une violation des articles 36 et 36 bis de la Loi du Service Public d'Énergie Électrique, car le concept essentiel d'autoconsommation et de cogénération est réfuté, et aussi parce qu'il y a infraction aux articles 25, 27 partie finale du sixième paragraphe et 28 paragraphes 4 et 5 de la Constitution, dans la mesure où l'on considère que la prestation du service public de l'énergie électrique est privatisée, alors que dans le système juridique, l'électricité est un secteur stratégique et que sa prestation correspond exclusivement à la Nation.

La décision majoritaire de la Cour Suprême déclare l'invalidité des articles 126 paragraphes 2 et 3 et 135 fraction II et avant dernier et dernier paragraphes du règlement de la loi du service public de l'énergie électrique (réformés et ajoutés selon le décret présidentiel à l'étude). Mais il faut également mentionner quelques voix minoritaires au sein de cette même Cour qui servent de support à notre argumentation postérieure. Nous analyserons donc ce qui suit:

D'une part, il faut dire que la décision prise par la Cour de Cassation défend le modèle de monopole public dans la mesure où elle rejette toute possibilité de privatisation de la prestation du service public de l'énergie électrique et ne permet pas de réfuter, dans l'autofourniture et la cogénération,

la condition d'autoconsommation se transformant dans l'idée que, *«tout ce qui pourra être produit et ne sera pas consommé»*³¹².

Les arguments de la Cour seront organisés de la manière suivante: premièrement, elle rattache la réforme des articles 126 et 135 du règlement de la Loi du service public (décret présidentiel du 22 mai 2001) à l'article 36 de la loi du service public de l'énergie électrique et dit que la réforme dépasse la loi car elle viole les concepts d'autoconsommation et de vente des excédents d'énergie à la CFE des projets d'autofourniture et de cogénération pour les transformer en une activité permanente de génération d'énergie, alors que, tel que nous le verrons ci-après, la loi étudiée n'établit aucune limite pour les ventes des excédents d'énergie à la CFE .

C'est pourquoi nous ne partageons pas la position majoritaire et rejoignons la position des votes minoritaires de cette même Cour, car nous défendons la thèse selon laquelle l'article 36 de la Loi du service public de l'énergie électrique n'établit aucune limite pour la vente des excédents à la CFE³¹³, ces limites figurant plutôt à l'article 135 fraction II du règlement réformé. En conséquence, si *«la loi du service public et de l'énergie électrique ne prévoit en elle-même aucune limite»*³¹⁴ comment le règlement réformé peut-il violer la loi pour élargir soi-disant la participation des autofournisseurs et des cogénérateurs pour la vente à la CFE. Bien au contraire *«c'est dans le règlement et non pas dans la loi»*³¹⁵ que ces limites sont établies». Tout ce qui vient d'être annoncé indique que l'invalidité des normes signalées n'aurait jamais dû être déclarée, comme le disent les magistrats du vote minoritaire, étant donné que cette

³¹² SCJN, 13 juin 2002, Controverse Constitutionnelle 22/2001, Congrès de l'Union contre le Président Constitutionnel des États-Unis du Mexique, du Secrétaire de l'Énergie de la Commission Régulatrice de l'Énergie et du Secrétaire de la Préfecture.

³¹³ SCJN, 13 juin 2002, Controverse Constitutionnelle 22/2001, Congrès de l'Union contre le Président Constitutionnel des États-Unis du Mexique, du Secrétaire de l'Énergie de la Commission Régulatrice de l'Énergie et du Secrétaire de la Préfecture.

³¹⁴ Position des votes minoritaires, SCJN, 13 juin 2002, Controverse Constitutionnelle 22/2001, Congrès de l'Union contre le Président Constitutionnel des États-Unis du Mexique, du Secrétaire de l'Énergie de la Commission Régulatrice de l'Énergie et du Secrétaire de la Préfecture.

³¹⁵ C'est également une affirmation des votes minoritaires dans la SCJN, 13 juin 2002, Controverse Constitutionnelle 22/2001, Congrès de l'Union contre le Président Constitutionnel des États-Unis du Mexique, du Secrétaire de l'Énergie de la Commission Régulatrice et du Secrétaire de la Préfecture.

réforme contribuait à définir les limites de la délivrance des autorisations d'autofourniture et de cogénération.

Deuxièmement, la Cour de Cassation rattache la réforme des articles 126 et 135 du règlement de la Loi du service public (Décret présidentiel du 22 mai 2001) aux articles 25, 27 et 28 de la Constitution et conclut que la réforme s'éloigne des principes constitutionnels de propriété publique du service public, car le but des projets d'autogénération et de cogénération n'est pas l'autoconsommation, mais la vente d'électricité pour le service public, ce qui, de toute évidence, privative de fait et de droit, selon la Cour de Cassation, la prestation du service public de l'énergie électrique.

Il est important ici de citer les réflexions de Cossio et Cortés³¹⁶ à ce sujet car pour ces auteurs, la controverse Constitutionnelle ne dégage pas expressément le concept de service public. Ils disent que « *l'analyse de la Cour ne permet pas de savoir si l'on entend par service public que l'État doit réaliser absolument toutes les activités ou si les particuliers peuvent développer certaines de ces activités avec l'État* ».

Nous pensons que la Cour se prononce bel et bien, et précisément elle confirme que, sur la base des principes constitutionnels des articles 25, 27 et 28 de la Constitution, c'est l'État en exclusivité qui peut générer, conduire, transformer, distribuer et fournir l'énergie électrique ayant pour objet la prestation du service public. C'est-à-dire que la Cour confirme l'existence du modèle de monopole public dans la prestation du service public de l'énergie électrique. Là où nous ne sommes pas d'accord avec la Cour, c'est sur la vente des excédents³¹⁷ pour le service public de la part des autofournisseurs et des cogénérateurs car la Cour ne peut pas en conclure que cette autorisation entraîne la privatisation de la prestation du service public de l'énergie

316 J. Cossio y J. Cortes, *El concepto de servicio público: el caso del sector eléctrico*, ITAM, op. cit. p. 16.

317 O. Sanchez, *Ni vencedores ni vencidos*, México D.F., Universidad Autónoma de México, 2002. "La Cour n'a pas cherché à savoir si les fournisseurs et les cogénérateurs d'énergie électrique avaient pu générer de l'énergie électrique pour eux-mêmes, elle s'est intéressée à leurs excédents"

électrique, alors que selon nous, le modèle de monopole public reste intact, malgré cette autorisation, étant donné que les ventes d'excédents d'énergie au service public se font uniquement à l'entreprise publique, c'est-à-dire à la CFE qui détient les droits spéciaux et exclusifs de prêter le service. Alors, nous nous posons la question de savoir si cette autorisation conduit à la privatisation. La réponse claire et nette est non.

Alors, si le modèle en vigueur n'a pas été violé, nous ne comprenons pas comment la réforme aux articles 126 et 125 du règlement³¹⁸ a pu être déclarée invalide alors que, comme le disent les membres du vote minoritaire³¹⁹, on contribue à la prestation du service public quand l'autoconsommation fonctionne et comme l'évoquent Cossio et Cortés³²⁰, ne serait-on pas en train de privatiser si l'on permettait aux producteurs indépendants et aux petits producteurs de vendre en permanence de l'énergie pour le service public.

En tout cas, nous pensons qu'il est indispensable de défendre l'article 3 de la loi du service public de l'énergie électrique et les articles 126 et 135 de son règlement, malgré la déclaration d'invalidité d'une partie de son contenu, car en réalité, cette autorisation de la génération privée du service public contribue à garantir la fourniture et la continuité du service public de l'énergie électrique au Mexique, sans affecter à aucun moment le modèle de monopole public.

Par ailleurs, nous tenons à dire que la décision de la Cour entraîne une insécurité juridique aux particuliers qui développent des activités non cataloguées de service public car, en dehors du fait qu'elle n'admet pas la modification des ventes d'excédents d'énergie de l'autogénération et de la cogénération pour le service public en déclarant la validité de la réforme, elle y

318 Comme cela a été réitéré à maintes reprises, elle accroît les pourcentages que les autofournisseurs et les cogénérateurs peuvent vendre à la CFE.

319 SCJN, 13 juin 2002, Controverse Constitutionnelle 22/2001, Congrès de l'Union contre le Président Constitutionnel des États-Unis du Mexique, du Secrétaire de l'Énergie de la Commission Régulatrice de l'Énergie et du Secrétaire de la Préfecture.

320 J. Cossio y J. Cortés, *El concepto de servicio publico: el caso del sector eléctrico*, op. cit., p. 17.

jette l'interdit, en général, sur toutes les ventes d'énergie pour le service public que réalisent les producteurs indépendants, les petits producteurs, les autofournisseurs et les cogénérateurs en affirmant que cet organisme judiciaire a constaté que la loi du service public de l'énergie électrique pourrait contenir des dispositions contraires à la Constitution. Cossio et Cortés le signalent également.

La crainte manifestée dans la jurisprudence est la privatisation, comme si le Mexique vendait les entreprises publiques, alors qu'en réalité ce qu'il a fait, d'une certaine manière, c'est libérer partiellement l'activité de production, ce qui n'affecte en rien, répétons-le, le monopole public du service de l'énergie électrique, étant donné que les particuliers qui vendent de l'énergie la vendent aux entreprises publiques qui détiennent les droits spéciaux et exclusifs de la prestation du service public.

En conclusion, nous pensons que la jurisprudence défend le modèle du monopole public dans la controverse constitutionnelle 22/2001³²¹, mais elle laisse beaucoup d'interrogations sur la réforme de 1992 à la Loi du service public de l'énergie électrique qui, comme nous l'avons dit, est une ouverture au secteur privé pour produire de l'énergie en vue de l'autoconsommation et de la vente pour le service public. Ainsi, le pouvoir judiciaire entre, sans intervenir, dans la division des législateurs et de la société civile sur la participation des particuliers dans l'énergie électrique³²².

2. *Analyse du modèle à partir de la doctrine*

Comme on l'a déjà signalé, face au modèle en vigueur au Mexique la société civile mexicaine est divisée : certains secteurs acceptent sans réserve ce modèle, d'autres réclament un changement. Nombreux sont ceux qui protestent

³²¹ Il est réitéré que c'est la seule décision sur laquelle cet organisme judiciaire s'est prononcé directement sur le modèle régnant à cette époque pour le service public de l'énergie électrique.

³²² S. Valencia, *op. cit.*, p 913.

contre les tarifs exagérés et leur impact sur le budget familial, et contre les salaires élevés des fonctionnaires des entreprises d'État.

La classe politique également est divisée entre partisans et adversaires du statu quo. Le discours le plus réformiste prône la libéralisation du marché de l'électricité, la privatisation et l'introduction de la concurrence sur certains segments de ce marché. Au PRI, le puissant parti qui a dominé la scène politique mexicaine pendant plusieurs décennies, on souligne les bienfaits de l'exclusivité de l'État dans la prestation du service public de l'électricité et de l'intégration verticale et horizontale des entreprises publiques. On estime que la participation du secteur privé doit se limiter à l'activité de production, de façon exceptionnelle et complémentaire (en aucun cas, elle ne doit se substituer à l'activité des entreprises publiques CFE et LFC). On considère également comme une mesure positive la possibilité offerte aux grands usagers d'autoproduire, coproduire ou importer de l'énergie électrique.

Du côté du PAN, un parti de tendance libérale actuellement au pouvoir, on voit surtout les désavantages du modèle en vigueur depuis des décennies, on prône la séparation verticale et horizontale des activités et la participation du secteur privé à toutes les activités (production, transport, distribution, commercialisation), sans pour autant privatiser les entreprises d'État. Pour ce parti, l'introduction de la concurrence sur le marché électrique mexicain est la solution pour résoudre les problèmes de financement et trouver les énormes investissements nécessaires pour faire face à la forte augmentation de la demande d'électricité, liée à la croissance économique du pays.

Mais, à cet égard, que dit la doctrine qui est précisément chargée d'interpréter la société et de donner des opinions scientifiques? A l'image de l'ensemble de la société, elle est également divisée puisque certains mentionnent les avantages et d'autres les désavantages du modèle. Il est important de signaler que la doctrine dont nous parlons est générale et non pas

particulièrement juridique, étant donné qu'elle s'est assez peu penchée sur ce thème.

a. Avantages selon une partie de la doctrine

Le modèle de monopole public présente plusieurs avantages, comme le préconise un certain secteur de la doctrine: G Serrato, Claudia Sheinbaum, Victor Rodríguez, José Antonio Almaza, Maria Teresa Sánchez, Miguel Breceda et Jacinto Viqueira. Ces auteurs présentent les avantages du modèle sur la base de données statistiques et de résultats: l'efficacité dans l'accomplissement de certains objectifs publics, le respect de la souveraineté nationale dans la conception et mise en œuvre de la politique du service public de l'électricité et la force patrimoniale des entreprises publiques.

Notons que l'ensemble de la doctrine défend le modèle de monopole public en lançant des attaques contre le modèle de concurrence, alors que d'autres défendent le modèle en vigueur en se basant sur des chiffres et des résultats, c'est-à-dire que les premiers défendent le modèle en vigueur davantage sur la base d'une position idéologique que sur une défense scientifique.

1) Efficacité dans l'accomplissement de certains objectifs publics

Pour les défenseurs du monopole public, grâce au modèle adopté en matière de service public de l'électricité, le Mexique a obtenu des résultats exceptionnels en couverture, en qualité, en sécurité et en approvisionnement. En particulier, une couverture supérieure à 95%³²³ (79% dans les zones rurales

323 G. Serrato Ángeles, *op. cit.* p 453. Ce même chiffre est présenté par M. Breceda, *Propuesta de cambio estructural de la industria eléctrica en México*, Commission pour la Coopération environnementale de l'Amérique du Nord, Toronto Canada, 2000. p 5-10-33. <http://www.cec.org/files/pdf/Breceda-s_ES.PDF>. Cet auteur dit qu'actuellement, près de 95% de la population a accès au service électrique, l'un des pourcentages les plus élevés au monde.

et 97% dans les zones urbaines). En ce qui concerne la qualité du service, elle est au moins égale à celle d'autres pays ayant adopté un autre modèle³²⁴. Par ailleurs, un contrôle a été mis en place afin de garantir la sécurité du système³²⁵.

En outre, en citant les sources officielles, la capacité de production est garantie jusqu'en 2025, mais selon Serrato³²⁶, ceci ne sera pas suffisant à plus long terme. On constate que toutes ces avancées, supérieures à celles observées dans d'autres pays de la région, ont pu être réalisées grâce aux sacrifices budgétaires de l'État pour soutenir le modèle.

Il est vrai, en effet, que les tarifs de l'électricité sont très élevés comparativement à ceux des pays de la région qui appliquent le modèle de la concurrence³²⁷. Toutefois, ce facteur n'affecte pas directement les usagers en raison de la généreuse politique généralisée de subventions appliquée par l'État³²⁸.

Objectifs publics atteints (du moins les plus importants tels que la couverture, la qualité, les tarifs accessibles grâce aux subsides, la sécurité) contredisent la thèse selon laquelle tout monopole public est mauvais *per se* et qu'il n'est pas possible d'atteindre les objectifs publics en appliquant ce type de modèle. Mieux encore, il faut reconnaître que dans tous les pays latino-américains où ce modèle a été adopté à un moment de leur histoire, des avancées importantes ont été réalisées en matière d'interconnexion électrique, de couverture, etc.

³²⁴ M. A. Abdala et A. Chambouleyron, *Transmission Investment in Competitive Power Systems, Decentralizing Decision in Argentina*, Banque Mondiale, 1999, <<http://rru.worldbank.org/PublicPolicyJournal/Summary.aspx?id=192>>. Selon cette étude, l'Argentine présente une qualité du service inférieure à celle du service fourni par la CFE.

³²⁵ G. Serrato Angeles, *op. cit.*, p 453

³²⁶ *Ibidem*, p 453

³²⁷ G. Perry, *Instituciones, competencia y desigualdad: similitudes y diferencias de Mexico con el resto de América Latina*, Banque Mondiale, décembre 2006, p. 4, <http://72.14.209.104/search?q=cache:g5jpyWj13N4J:siteresources.worldbank.org/INTMEXICOINSPANISH/Resources/perry-ponencia.pdf+Instituciones,+competencia+y+desigualdad:+similitudes+y+diferencias+de+mexico+con+el+resto+de+America+Latina&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=co&lr=lang_es>

³²⁸ C. Sheinbaum y V. Rodríguez, *op. cit.*, p 37.

Donc, au vu de ces résultats, on aurait tendance à conclure que le modèle de monopole public sur le marché électrique mexicain fonctionne bien et qu'il pourrait fonctionner également dans d'autres pays. Malheureusement, comme le reconnaissent certains des défenseurs du modèle comme Serrato³²⁹, il n'est pas sûr que cet excellent niveau de résultats dans la rencontre des objectifs publics puisse être maintenu à long terme étant donné l'extrême dépendance du budget de l'État (43% des dépenses fédérales en 2001³³⁰), ce qui affecte les ressources destinées à d'autres postes essentiels tels que l'éducation, la santé et d'autres services publics. Sans compter la circonstance aggravante de la dépendance des finances publiques sur le pétrole³³¹, sachant que ce rapport est volatil.

2) Souveraineté dans les décisions de l'État

Le Mexique ne s'est pas laissé influencer par l'idéologie néolibérale³³² dans la première génération de réformes en Amérique latine (libéralisation, privatisation, introduction de la concurrence) imposée dans la région par les organismes multilatéraux (Fonds monétaire international, Banque mondiale, Banque interaméricaine de développement). Sur l'énergie électrique, le pays a élaboré un concept de souveraineté nationale qui a permis sur le plan intérieur la légitimité interne des entreprises publiques (CFE et LFC)³³³, et sur le plan extérieur l'autonomie face aux organismes internationaux et aux investisseurs étrangers³³⁴. Il faut admettre toutefois que cette souveraineté nationale

³²⁹ G. Serrato Ángeles, *op. cit.*, p. 453

³³⁰ D. Pérez-Jácome F., conférence présentée au Congrès sur le thème: "Sector eléctrico mejicano: cambio y desarrollo", Mexico, août 2001.

³³¹ G. Perry, *op. cit.*, p. 4

³³² V. Rodriguez-Padilla, *op. cit.*

³³³ G. Serrato Ángeles, *op. cit.* p 454

³³⁴ J. Almaza, *El dogma de la privatización eléctrica. Seminario internacional. Impactos de la privatización eléctrica a nivel mundial: estado, desarrollo y soberanía*, Mexico D.F., 1999, <http://www.laneta.apc.org/seminario_privatizaciones/almazan.html>. Cet auteur dit: Selon la mappemonde des multinationales électriques élaborée par l'Internationale des Services Publics, le marché électrique mondial, mais également l'eau et le gaz, est dominé par une poignée de 43 grandes multinationales, dont 29 sont présentes sur au moins 2 continents. Dans ce groupe, 12 grandes

s'explique aussi par les puissants intérêts particuliers des syndicats et des partis politiques.

Jusqu'à quand le Mexique réussira-t-il à préserver sa souveraineté dans les décisions en matière électrique ? Difficile de répondre à cette question. Des éléments d'analyse à prendre en compte sont le montant élevé de la dette extérieure du pays et la pression exercée par les organismes internationaux de crédit vers une libéralisation du marché électrique, seule voie à leurs yeux pour limiter la soumission de celui-ci au budget fédéral.

En résumé, la souveraineté nationale constitue un avantage du modèle dans la mesure où le Mexique a su organiser un marché électrique en accord avec les priorités nationales et la libre détermination de l'ordre juridique. Mais certains détracteurs du modèle soulignent qu'il s'agit en fait d'une organisation favorable aux intérêts des syndicats, des partis politiques, du secteur agricole et d'autres secteurs qui en tirent largement profit.

3) La force patrimoniale des entreprises électriques publiques

En dehors de la défense évidente et active du syndicat des travailleurs et des dirigeants de la CFE et de LCF, une doctrine qui défend la force patrimoniale et sa légitimité, ceux-ci ont démontré que les stratégies des gouvernements, du président Zedillo au président Fox, ont visé à affaiblir peu à peu ces entreprises pour en justifier la privatisation³³⁵.

En réalité, aussi bien la CFE que la LCF ont procédé à des changements visant à être plus efficaces³³⁶, mais en même temps, le gouvernement leur a imposé des charges qui affectent sensiblement les finances des entreprises et a

multinationales sont présentes sur quatre continents: la National Power, AES, Edison International, Enron, Suez Lyonnaise, Tractebel, GdF, EDF, GPU, NRG, Vivendi et Union Fenosa.

335 M. Sánchez y otros, *La inversión privada en el sector eléctrico en México: antecedentes, características y estructura territorial*, p. 89
<<http://indy2.igeograf.unam.mx/instituto/publicaciones/boletin/bol54/b54art5.pdf>>.

³³⁶ M. Breceda, *op. cit.*, p. 65.

effectué des coupes budgétaires³³⁷. Dans un rapport cité de l'Audit Supérieur de la Fédération (ASF)³³⁸, il est démontré que la CFE génère les ressources nécessaires pour financer le développement de l'industrie électrique, mais les obligations et les charges de cette entreprise sont telles qu'elle apparaît comme une société en difficulté. C'est pourquoi nous sommes davantage partisans de maintenir les entreprises publiques, mais en leur retirant les droits spéciaux et exclusifs afin qu'elles puissent entrer en concurrence avec d'autres entreprises.

La solution pour le Mexique, selon ce secteur de la doctrine, c'est qu'il faut poursuivre le modèle actuel du monopole public pour la prestation du service public de l'énergie électrique. En particulier, certains spécialistes du secteur électrique du Mexique considèrent que le modèle actuel doit être préservé mais en améliorant certains aspects. Par exemple, Jacinto Viqueira Landa³³⁹ propose des entreprises intégrées décentralisées par région, avec une participation privée mexicaine minimum dans le capital de ces entreprises. D'autres, comme J Sain Mejia et autres³⁴⁰ proposent d'éliminer les autorisations aux privés pour développer des activités non considérées comme des services publics. G Serrato³⁴¹, quant à lui, propose de maintenir l'intégration verticale, mais que les tarifs reflètent les coûts du service. Sheinbaum et Rodriguez³⁴² proposent de restructurer les entreprises publiques sans renoncer à leur caractère public et à la rationalisation des subsides, etc. D'autres spécialistes encore défendent le modèle en vigueur au Mexique, mais attaquent sévèrement les réformes libérales et le modèle de concurrence sur des positions plus idéologiques avec des arguments qui démontrent les avantages de la structure du monopole public.

³³⁷ M. Sánchez y otros, *op. cit.*, p 88

³³⁸ J. Sainz Mejía y otros, *Electricidad de Mexico, frente de trabajadores de la energía*, p. 3 <<http://www.fte-energia.org/pdf/E403.pdf>>.

³³⁹ J. Viqueira, *Propuesta alternativa de reestructuración del sector eléctrico*, <http://www.rosenblueth.mx/fundacion/Numero13/politicapensamiento13_propuesta.htm>.

³⁴⁰ J. Sainz Mejía y otros, *op. cit.*, p 87

³⁴¹ G. Serrato Ángeles, *op. cit.*, p 463-464

³⁴² C. Sheinbaum y V. Rodríguez, *op. cit.*, p. 40-42.

Selon ce qui a été démontré jusqu'à présent par un secteur de la doctrine, on constate en effet que la structure du monopole public présente des avantages. Bien que ces opinions soient très respectables, nous pensons que l'idée de la non - durabilité du modèle de monopole public se maintient pour le Mexique et, en général, pour n'importe quel pays en voie de développement qui fera dépendre la survie du service public de l'énergie électrique du budget de l'État, la fragilité du modèle dépendant complètement de la volatilité des prix du pétrole. En outre, ce modèle est maintenu à un coût budgétaire et social très élevé. Ceci nous conduit à penser que l'opposition au monopole public ne trouve pas ses origines dans des raisons idéologiques mais dans des raisons pratiques et économiques comme nous le verrons au point suivant.

b. Désavantages selon une autre partie de la doctrine

Aux yeux d'un autre secteur de la doctrine (Quintanilla et Fernandez, Diaz-Bautista, José Ramon Cossio y Josefina Córtes), les bienfaits du modèle exposés ci-dessus ne sont pas suffisants. Ils mettent en évidence les aspects négatifs du monopole d'État dans le service public de l'électricité. Situation qui est à l'origine de vives tensions au sein de la doctrine mexicaine.

Compte tenu des critiques exprimées, nous avons identifié quatre désavantages du modèle proposées par la doctrine: la non - durabilité à long terme pour atteindre les objectifs publics, l'inefficacité dans la redistribution du revenu, les limitations du plein exercice des droits économiques, la perte de légitimité face aux processus régionaux d'intégration en cours en matière d'énergie électrique.

- 1) Non - durabilité à long terme pour atteindre les objectifs publics.

La cause principale de cette non-durabilité est la question du financement³⁴³. En principe, celui-ci pourrait être résolu avec des ressources publiques ou des investissements privés. Chacune de ces deux options présente des problèmes particuliers.

L'option actuellement appliquée, le financement public (sur le budget fédéral), n'est pas suffisante pour faire face à la forte croissance de la demande intérieure d'électricité. A court et moyen terme d'énormes investissements seront requis, se chiffrant en dizaines, voire en centaines de milliards de dollars³⁴⁴. La dépendance du budget fédéral fragilise le modèle, les objectifs publics à long terme risquent de ne pas être rencontrés, les investissements dans d'autres secteurs prioritaires comme l'éducation et la santé sont sacrifiés³⁴⁵. Le coût social du modèle est donc très élevé.

Concernant la seconde option, l'investissement privé, divers aspects sont à prendre en compte. Comme on l'a vu, la réforme de la Loi des services publics de 1975, développée par le Décret du 23 décembre 1992, a ouvert aux investisseurs privés la participation à l'activité de production d'électricité selon les modalités d'autoproduction, coproduction, petite production et production indépendante pour la vente à la CFE. A ce jour, divers obstacles subsistent pour

³⁴³ Quintanilla y Fernández, *Diez mitos sobre la participación privada en la industria eléctrica, seminario internacional impactos de la privatización eléctrica a nivel mundial*, p. 19. <<http://www.cddhcu.gob.mx/bibliot/publica/inveyana/econycom/secelec/cuadec28.html>>. Ils montrent également le problème de financement l'OCDE, *Revisión de la OCDE sobre la reforma regulatoria en México (síntesis)*, p. 29, 2004. <<http://www.apps.cofemer.gob.mx/documentos/pdf/sintesis.pdf>>. G Serrato Angeles, *op. cit.*, p 9-14 un défenseur du modèle en vigueur se prononce dans le même sens, et Diaz- Bautista signale également le problème du financement, *op. cit.*, p. 44.

³⁴⁴ Cfr J. A. Medina, *Perspectivas del sector energía en México. Presentación*, Mexico, 2004. <<http://www.ises.org/CDM/Ross.pdf#search=%22Perspectivas%20del%20sector%20energ%C3%ADa%20en%20M%C3%A9xico%22>>. Selon cet analyste, 34 milliards de dollars devront être injectés dans le secteur dans les prochaines années. Pour sa part, M. Breceda-Lapeyre estime ces investissements à 74 milliards de dollars, distribués ainsi : 26 pour la production d'électricité, 17 pour le transport, 14 pour la distribution, etc. Quant à D. Pérez-Jácome, *op.cit*, il évalue à 590 milliards de dollars (soit 43% du budget des dépenses de la Fédération) les investissements requis dans le secteur électrique.

³⁴⁵ *Revisión de la OCDE sobre la reforma regulatoria en México (síntesis)*, *op. cit.*, p 29 et Quintanilla et Fernández, *op. cit.*, p. 20.

les candidats investisseurs à l'autoproduction et la coproduction³⁴⁶. En outre, les producteurs indépendants doivent signer des contrats à long terme garantis par l'État, transférant les risques au secteur public. Comme Serrato³⁴⁷ le souligne, arguments à l'appui, une réforme est devenue indispensable afin d'ouvrir réellement l'espace aux investisseurs privés.

L'alternative est la suivante : ou bien, on restructure en profondeur, ou bien, on procède à une réforme restreinte. La première voie correspond grosso modo au projet de réforme proposé par le Président Fox, projet toujours bloqué à ce jour et qui, d'une certaine manière, est défendu par la doctrine en question. Dans le second cas, on se limiterait à effectuer une réforme législative pour éliminer les obstacles à l'autoproduction et à la coproduction d'électricité.

Selon Diaz- Bautista³⁴⁸, retarder l'ouverture de la participation privée dans la prestation du service public de l'énergie électrique « impliquerait de mettre en danger l'offre d'électricité dans un avenir proche et par suite de compromettre le potentiel de progrès matériel et le bien-être de tous les Mexicains. Cela impliquerait également de mettre en danger la capacité de l'État à donner une réponse, avec les mêmes ressources globales, aux besoins d'investissement social et d'expansion d'autres types d'infrastructure basique ».

Pour notre part, nous estimons que c'est la première voie (restructuration à fond) qu'il faudrait choisir pour résoudre la crise de financement qui affecte le service de l'électricité. La levée des barrières aux deux modalités mineures de production d'électricité ne suffira pas, une transformation du modèle de monopole public est indispensable. Sans quoi la dépendance du budget fédéral continuera, avec les corollaires négatifs signalés plus haut.

³⁴⁶ CRE, *Cambios en el mercado mundial de energía: caso México*, 2002. <<http://www.cre.gob.mx/discursos/2002/001-DPJ-CERA%20160102.pdf>>

³⁴⁷ G. Serrato, *op. cit.*, p. 14.

³⁴⁸ A. Díaz- Bautista, *op. cit.*, p 44

2) Inefficacité du modèle

L'inefficacité du modèle se manifeste de différentes façons: des tarifs qui ne reflètent pas les coûts réels³⁴⁹, une faible productivité dans l'industrie électrique³⁵⁰, des subsides octroyés qui grèvent lourdement les finances des entreprises publiques³⁵¹, des salaires des travailleurs du secteur au-dessus de la moyenne nationale.

Cette inefficacité existe car dans une certaine mesure, les critères politiques prédominent sur les critères économiques et commerciaux³⁵², l'État mexicain maintient le statu quo au prix fort. L'inefficacité réside dans le niveau élevé.

En effet, lorsque l'on dit que les tarifs ne reflètent pas les coûts réels, c'est parce que les entreprises publiques CFE et LFC ont des charges qui, pour la plupart, ne sont pas transférées aux usagers, ce qui provoque évidemment chez ces entreprises des problèmes d'efficacité. Cette situation empire lorsque l'on sait que les tarifs actuels, selon Quintanilla et Fernández³⁵³ ne sont pas suffisants pour couvrir les coûts opérationnels et effectuer les investissements requis pour maintenir la qualité du service. Bien que ces faits soient des éléments d'inefficacité du modèle, ses défenseurs attribuent l'existence de cette situation à une politique du gouvernement délibérée visant à justifier les réformes du secteur électrique³⁵⁴.

³⁴⁹ *Cambios en el mercado mundial de energía: caso México, op. cit.*, p 30-31.

³⁵⁰ Quintanilla y Fernández, *op. cit.*, p. 20

³⁵¹ J. Suárez Villaseñor y A. Pierdant, *México: eficiencia y rentabilidad del sector eléctrico*, Mexique, <<http://www.xoc.uam.mx/~polcul/pyc17/05-suarez.pdf>>

³⁵² *El marco regulatorio en el sector energético: experiencias internacionales y situación en México*, 2002. <<http://www.cre.gob.mx/discursos/2002/003-Consultoria-DPJ-200502.pdf#search=%22El%20marco%20regulatorio%20en%20el%20sector%20energ%C3%A9tico%3A%20experiencias%20internacionales%20y%20situaci%C3%B3n%20en%20M%C3%A9xico%22>>

³⁵³ Quintanilla y Fernández, *op. cit.*, p. 20

³⁵⁴ L. Vargas, *op. cit.*, p. 6

Ces mêmes auteurs montrent que les indices de productivité de l'industrie électrique sont inférieurs à ceux des États-Unis et du Chili, ce qui constitue pour eux un élément de remise en cause du modèle.

En ce qui concerne les subsides octroyés aux usagers, le Mexique est le pays qui consacre la part la plus élevée du budget national à ce poste. Ces subsides sont accordés à tous les usagers³⁵⁵ (alors que dans d'autres pays, en Colombie par exemple, ils s'adressent uniquement aux usagers à faibles revenus³⁵⁶).

En outre, le modèle a généré des coutumes néfastes, notamment la négociation politique des tarifs. Des tarifs préférentiels sont accordés à certains secteurs électoralement influents, le secteur agricole et les usagers officiels notamment³⁵⁷. Quant aux employés des deux entreprises d'État CFE et LFC, ils sont exemptés de tout paiement.

Les travailleurs des entreprises publiques d'énergie électrique constituent un secteur particulièrement favorisé par le modèle. Ils jouissent de salaires largement supérieurs à la moyenne nationale et de prérogatives diverses, ce qui est considéré par beaucoup comme des situations de privilège difficilement acceptables.

Certes, grâce au pétrole, le pays dispose de ressources immenses, mais celles-ci devraient être réparties de façon plus équitable dans toute la société. Le pays présente encore des niveaux élevés de pauvreté et de sous-développement

³⁵⁵ Cfr le quotidien *Diario Olmeca*, "CFE subventionne 66% de la lumière". Dans cet article, on explique que pour chaque peso que coûte la production d'électricité à la CFE, le secteur agricole paie seulement 34 centimes, le secteur domestique 45, celui des services 87, les PME 89, les grandes entreprises 88 et le secteur commercial 99.

³⁵⁶ Avec quelques cas exceptionnels : par exemple, en 2000 le Congrès de la République a approuvé, pour une seule fois, un subside aux usagers des districts d'irrigation (qui ne sont pas précisément des usagers à faibles revenus).

³⁵⁷ Autre exemple: le quotidien *El Diario* informait récemment que le Gouverneur de l'État Chihuahua négociait des tarifs préférentiels d'électricité pour sa région.

dans plusieurs régions, et ce sont ces populations qui devraient prioritairement bénéficier des avantages du modèle.

En fin de compte, l'État et la société mexicaine sont les 'victimes' du modèle : d'un côté, le monopole public affecte gravement les dépenses publiques, de l'autre il entraîne des privilèges inéquitables.

En dépit des coûts sociaux consentis pour maintenir le modèle, la population mexicaine reste réticente aux privatisations. Nombreux sont ceux qui pensent qu'elles ne fonctionnent pas et ne contribueraient pas à améliorer la situation. Cette méfiance se fonde sur les expériences de privatisation menées dans d'autres secteurs, notamment les télécommunications, où les prix, loin de baisser, ont augmenté³⁵⁸.

3) Limitation du plein exercice des droits économiques

Pour prélation au concept de souveraineté nationale, on sacrifie l'exercice des droits économiques comme les libertés économiques et l'exercice des droits de propriété dans les activités cataloguées comme services publics, Il existe surtout, comme l'exprime Josefina Castro³⁵⁹, une coexistence d'interventionnisme de l'État et de libéralisme qui impose obligatoirement l'intégration pour garantir les droits et les libertés des particuliers. Cette intégration, qui se reflète à partir de la réforme, en 1992, de la Loi du service public de l'énergie électrique qui permet aux particuliers de générer de l'énergie électrique considérée comme n'appartenant pas au service public, est actuellement remise en cause non seulement par un secteur de la doctrine, ce

³⁵⁸ M. Breceda-Lapeyre, *Inversión privada en el sector eléctrico de México*, 2002. <http://www.cec.org/files/PDF/ECONOMY/ELEC-INVyTEC_es.pdf>. Cet auteur identifie quatre points de préoccupation des opposants à la réforme du secteur électrique mexicain : la tradition Constitutionnelle du Mexique, la crise du secteur électrique privatisé en Californie, l'échec des expériences de privatisation menées au Mexique dans trois secteurs : banque, télécommunications et autoroutes, et enfin le caractère exagéré des projections de la demande électrique faites par le gouvernement.

³⁵⁹ J. Castro, *Integración económica y realidad normativa: el caso de México*, p. 13. <<http://www.ibergop-mx.org/documentos/1/3/0/art/archivos/armdz4vl.pdf>>

qui est normal, mais aussi par la jurisprudence, conformément à l'analyse faite de l'étude de la controverse constitutionnelle 22/ 2001.

4) Perte de légitimité face aux processus régionaux d'intégration en matière d'énergie

La doctrine s'intéresse assez peu à l'analyse des effets des processus d'intégration électrique en cours (l'Accord de libre-échange nord-américain-ALÉNA et le Plan Puebla-Panama) dans le monopole public du service de l'énergie électrique. Néanmoins, on peut citer O. Angeles³⁶⁰ pour qui les négociations et l'ALÉNA lui-même sont une indication des effets des processus d'intégration dans l'industrie électrique.

Nous pensons que la consolidation de ces processus d'intégration électrique constitue pour le modèle électrique mexicain actuel une grande menace. Ces processus régionaux d'intégration, qui se développent de plus en plus vigoureusement, exercent une pression de plus en plus forte en vue d'un changement de modèle.

Un premier pas, en ce sens, comme nous l'avons déjà signalé, a été accompli en 1993 avec l'entrée en vigueur de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) entre le Canada, les États-Unis et le Mexique. Certes, le Mexique a pu conserver le monopole public de l'électricité, mais dès le début des négociations du traité en 1992, il s'est engagé à modifier la Loi du service public de l'électricité (LSPE) et à autoriser l'entrée du secteur privé dans l'activité de production, selon les modalités exposées plus haut.

Une plus nette avancée vers le changement se produira avec l'interconnexion internationale des réseaux, déjà engagée comme on a vu plus haut. Celle-ci donnera lieu à une libéralisation du marché électrique

³⁶⁰ O. Angeles, *op. cit.*, p. 304-305.

intracontinental. A travers l'importation et l'exportation d'énergie électrique, le marché mexicain devra s'ouvrir à la concurrence sans pour autant renoncer à l'intervention de l'État.

Les processus d'intégration entraînent inévitablement un réaménagement du marché intérieur, un élargissement du 'marché en cause', et des pertes de compétence de l'État. En effet, les traités internationaux encadrant l'intégration énergétique prévoient des règles du droit concernant la promotion de la concurrence. Ces règles produiront nécessairement des changements dans le marché et l'intervention de l'État. Ainsi, par exemple, dans l'Accord-cadre du Marché électrique de l'Amérique centrale signé par les pays voisins du Mexique³⁶¹, la concurrence est un principe directeur qui se convertit en une source d'obligations pour les États membres. Ceux-ci sont induits à libéraliser le marché pour les transactions commerciales d'électricité et à respecter les règles imposées par les organismes régionaux de régulation et d'opération.

Le modèle monopolistique mexicain pourrait survivre dans les processus d'intégration régionaux : tout dépend de la forme d'intégration énergétique choisie et des réserves négociées par les pays membres. Il existe plusieurs formes d'intégration énergétique : interconnexion internationale des réseaux, zone de libre-échange, marché commun régional. C'est sous cette dernière forme que le modèle mexicain se trouverait le plus en péril. En effet, outre le principe de libre circulation des biens et services, le marché commun prévoit la liberté de circulation des capitaux et d'établissement des entreprises, ce qui va bien au-delà d'une simple zone de libre-échange. Sur la base de ces principes, cela permet à des entreprises d'autres pays membres d'entrer en concurrence avec les entreprises nationales tant sur le marché de gros que sur celui au détail. Ces aspects ont, bien entendu, une incidence sur l'organisation du marché et l'intervention de l'État - nation.

³⁶¹ Cet Accord-cadre a été signé le 30 décembre 1996 par les six pays de la région: Costa Rica, Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua et Panama. L'objectif est la formation graduelle d'un marché électrique régional concurrentiel.

Donc, tant que le Mexique ne s'engagera pas dans un processus d'intégration conduisant à un marché commun et qu'il établira les réserves nécessaires, le modèle en vigueur peut survivre. A plus long terme, nous considérons qu'il lui sera difficile, voire impossible, de se soustraire aux changements imposés par les processus d'intégration, c'est-à-dire:

- l'harmonisation normative, indispensable pour que le marché régional puisse fonctionner,
- le réaménagement du marché intérieur : les traités incluent des règles imposant des conduites directes aux sujets habilités à prêter le service public de l'électricité,
- l'élargissement du 'marché en cause' résultant de l'intégration physique des réseaux.

Tout cela dépend, bien entendu, du mode d'organisation du marché commun régional : dans l'expérience européenne, par exemple, il y a eu une libéralisation graduelle du marché de gros et au détail de l'électricité.

L'ALÉNA, dont fait partie le Mexique, établit une zone de libre-échange et se limite à fixer des règles concernant les importations et exportations pour les agents du marché des pays membres (cfr dans le chapitre précédent, la description des règles d'interconnexion énergétique et de commerce international). Étant donné la réserve mentionnée, l'intervention de l'État et la structure du marché ne sont pas remises en cause par l'ALÉNA.

Par contre, les interconnexions mises en œuvre avec les pays voisins, en particulier le Plan Puebla - Panama, vont plus sûrement conduire le Mexique à

adapter son modèle, dans la mesure où ces projets d'intégration entraînent le marché électrique vers le modèle de la concurrence.

La solution que présente la doctrine face aux désavantages est l'introduction du modèle de concurrence, tel que l'a proposé le Gouvernement de Fox. Bien que l'on ait envisagé un marché de l'énergie électrique libéralisé et en concurrence, la doctrine n'a pas cherché à proposer des idées visant à concilier les intérêts publics et privés qui ne manqueraient pas de se présenter dans le cadre de ce nouveau marché de l'énergie électrique³⁶².

3. *Ce modèle n'est pas durable à long terme*

En analysant le monopole public en vigueur sur le marché de l'énergie électrique au Mexique et dans d'autres pays d'Amérique latine, nous avons voulu démontrer, jusqu'à maintenant depuis une perspective objective et non idéologique, que le modèle possède des avantages car il a permis d'atteindre certains objectifs publics, mais qu'il n'est pas durable à long terme et qu'il peut même affecter ces mêmes objectifs recherchés, en ne permettant pas l'exercice du droit à la libre entreprise et à la libre concurrence dans la prestation du service public de l'énergie électrique.

Telles sont les positions en présence dans la doctrine. En ce qui nous concerne, nous estimons qu'en dépit de certains avantages qu'il présente, le monopole public dans l'organisation du service de l'électricité n'est pas un modèle à suivre pour les pays de la région. Nos deux arguments principaux sont les suivants:

362 M. Breceda, *Integración económica y realidad normativa: el caso de Mexico op. cit.* Depuis la sphère gouvernementale, les promoteurs du MC considèrent que l'ouverture envisagée n'impliquerait pas un affaiblissement de l'État ou de sa capacité directrice ou de la défense des intérêts souverains de la nation. Mais, pour certains défenseurs du MA, cette initiative s'inscrit dans un processus d'affaiblissement de l'État et de perte graduelle de souveraineté.

- ce modèle n'est pas soutenable à long terme dans la poursuite des objectifs publics ;
- le concept de souveraineté nationale, fondement philosophique du modèle, est de jour en jour dépassé par l'intégration physique, économique et politique des États latino-américains ; aujourd'hui les pays ne peuvent plus rester isolés ni agir sans prendre en compte l'élargissement des 'marchés en cause' (*relevant markets*).

Sur la base de ce qui vient d'être énoncé, nous constatons que les pays comme le Mexique, qui utilisent actuellement ce modèle, pourraient adopter, face aux extrêmes, un régime dans lequel les pouvoirs d'intervention de l'État n'excluent pas la concurrence et où l'introduction de la concurrence n'exclut pas les pouvoirs d'intervention de l'État.

B. Le modèle de concurrence

Les chapitres précédents ont montré que dans le modèle de concurrence appliqué au marché électrique colombien coexistent intervention de l'État et concurrence. D'un côté, l'État régule, contrôle, planifie, prête le service public et octroie des aides ; de l'autre, la concurrence se développe, à la fois créée et réelle, mais imparfaite, partielle et incomplète en raison des restrictions provenant du marché lui-même, des entreprises et de l'État. Un autre aspect significatif est la prépondérance de l'intervention de l'État face à la concurrence quand il s'agit de répondre à des faits économiques³⁶³ tels que l'organisation du marché, le pouvoir du marché sur certains segments (production, distribution, commercialisation), la sécurité de l'approvisionnement d'électricité, la défense du consommateur (prix et qualité), les mesures face aux attentats contre les infrastructures réalisés par la guérilla, la solution des crises financières que traversent les entreprises publiques, etc.

³⁶³ Théoriquement, on parle des défaillances du marché comme causes de l'intervention de l'État.

Dans la réaction de l'État à d'autres situations, les objectifs s'expriment moins clairement, et certains faits économiques ne semblent pas être pris en compte, comme la perte du pouvoir d'achat des classes moyennes et pauvres, la segmentation du marché liée au relief accidenté du territoire colombien, les déplacements massifs de population à cause de la violence... Par ailleurs, on observe que, malgré diverses restrictions, l'introduction de la concurrence a permis l'arrivée d'un nombre appréciable d'entreprises privées dans le secteur. Leur présence a contribué au développement de la concurrence et les investissements réalisés ont permis d'alléger les charges de l'État.

Cette coexistence du cas colombien existe également dans d'autres pays d'Amérique latine qui ont introduit le modèle de concurrence. Mais il est également important de souligner, comme nous l'avons fait auparavant, qu'en Amérique latine ni le modèle de concurrence en vigueur ni l'intervention de l'État ne sont un modèle unique³⁶⁴, compte tenu de leurs différentes formes. Chaque pays possède sa propre évolution jurisprudentielle et doctrinaire sur ce thème. Pour développer ce travail de recherche, on analysera les résultats du modèle de concurrence en Colombie à partir de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle et également à partir de la doctrine faisant référence au cas de la Colombie.

1. Analyse du modèle à partir de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle.

Comme nous l'avons signalé ci-dessus, notre analyse se limite à l'étude de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle. Il est important de souligner que la Cour Constitutionnelle n'effectue pas une analyse particulière du modèle de concurrence sur le marché de l'énergie électrique, mais en général sur tous les services publics.

³⁶⁴ Les différents modèles de concurrence introduits par les pays d'Amérique latine sur le marché de l'énergie électrique sont: acheteur unique, concurrence sur le marché de gros, concurrence sur le marché de détail.

Signalons tout d'abord que la Cour Constitutionnelle a précisé, dans le jugement C-398 de 1995³⁶⁵, que le modèle économique introduit dans la Constitution de 1991 n'est ni exclusif, ni excluant, ni déterminé, et elle a ajouté dans le jugement C- 601 de 2001 que l'État de droit en Colombie était fondé sur un système d'économie mixte et sur un modèle d'économie sociale de marché. Conformément à ces prémisses et à d'autres apportées par la Cour dans ces jugements, nous pouvons en conclure que la liberté économique établie à l'article 333 de la Constitution (libre concurrence et libre entreprise) ainsi que l'intervention de l'État établie à l'article 334 de la Constitution forment la clé de voûte du système économique. Tout naturellement, la Cour arrive à la conclusion de synthèse suivante sur le modèle de la concurrence dans les services publics: la liberté économique est limitée par l'État pour rechercher le bien commun et pour protéger l'intérêt général, mais l'intervention de l'État est également limitée car elle ne peut affecter le noyau essentiel de ces libertés.

Sur cette hypothèse du modèle économique dans la Constitution politique de 1991, la Cour a défini une ligne jurisprudentielle sur la coexistence de la concurrence et de l'intervention de l'État dans les services publics en Colombie, qui commence par le jugement C-398 de 1995, qui se prononce sur le *problème juridique* consistant à savoir si l'article 4, alinéa ñ), du Décret 1279 de 1994 (secteur agricole) est anticonstitutionnel du fait qu'il méconnaît la liberté économique et la libre concurrence en conférant la fonction au ministère de agriculture et du développement rural de fixer les règles, avec le ministère du développement économique, auquel doit être soumise la fixation des quotas d'absorption obligatoire de matières premières de production nationale de la part de l'industrie et de conditionner l'établissement de licences d'autorisation

365 Cour Constitutionnelle, Jugement C-398 de 1995, 7 septembre 1995, dossier D-865. La Cour déclare. "La Charte politique n'a pas adopté un modèle économique déterminé, exclusif et excluant, ni que ses normes doivent être interprétées de manière harmonieuse et cohérente, en évitant des positions absolues. En conséquence, la liberté de l'individu est adaptée dans le précepte constitutionnel à la prédominance de l'intérêt collectif (article 1), pour les compétences d'intervention et de réglementation à la charge de l'État (articles 333, 334 et 335 C.P.) et par les principes de raison et de proportionnalité adoptés par cette Cour."

d'importation et les autorisations d'exportation (lorsque les uns ou les autres seront applicables) au respect des conventions que doivent conclure les intéressés à propos des quotas d'absorption fixés pour l'achat ou la vente de ces dites matières premières. Dans les *considérants* du jugement C-398 en question, on construit initialement, comme nous l'avons constaté auparavant, une ligne sur la base que la concurrence n'est pas un droit absolu ni une barrière infranchissable pour empêcher l'intervention de l'État lorsque celui-ci parvient à d'autres fins et à d'autres valeurs Constitutionnelles. Nous pensons que ce jugement est une réponse à l'idée de la préférence de la concurrence comme un droit absolu, compte tenu du contexte néolibéral dans lequel se plaçait le pays à ce moment-là. Ce jugement, qui est applicable au secteur agricole, est applicable en matière de services publics depuis le jugement C - 176 de 1996³⁶⁶ qui évoque le *problème juridique* consistant à savoir si la Loi 10 de 1990 article 1 alinéa K (sur le service public de santé) est anticonstitutionnelle dans la mesure où elle établit l'intervention absolue de l'État en violation de la liberté économique (libre entreprise et libre concurrence). Dans les *considérants*, la Cour adopte la thèse selon laquelle la concurrence n'est pas un droit absolu face à l'intervention de l'État, au point qu'elle accepte que l'intensité de l'intervention de l'État dans les services publics soit telle qu'elle puisse éliminer la concurrence.

Cette intensité de l'État est réitérée dans le jugement C-616 de 2001³⁶⁷ qui évoque le *problème juridique* consistant à savoir si les articles 156, 177, 179, 181 et 183 de la Loi 100 de 1993 (service public de sécurité sociale) violent la liberté économique établie à l'article 333 de la Constitution. Bien que des arguments contradictoires soient présentés dans les *considérants*, elle laisse ouverte la possibilité que l'État élimine ou non la concurrence. Il faut bien reconnaître que ce jugement précise le concept de concurrence et de libre

³⁶⁶ Cour Constitutionnelle, Arrêt C- 176 de 1996, 30 avril 1996, dossier No. D-1043. Arrêt qui a soulevé un problème juridique sur le service public de la santé.

³⁶⁷ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-616 de 2001, 13 juin 2001, dossier D-3279

concurrence, comme nous avons déjà eu l'occasion de le signaler dans les aspects conceptuels de l'introduction de ce travail de recherche.

L'entrée en vigueur du jugement C- 615 de 2002 a permis de changer l'idée d'accepter que l'intensité de l'intervention de l'État dans les services publics puisse éliminer la concurrence. Ce jugement évoque le *problème juridique* de savoir si l'article 65 (partiel) de la Loi 715 de 2001 (service public de sécurité sociale) est anticonstitutionnel pour établir que les institutions privées ne pourront pas être contractées avec des ressources du système général de sécurité sociale lorsqu'elles réaliseront des investissements en dehors du plan biennal de santé, sachant que ces plans ne peuvent s'appliquer qu'aux entreprises publiques et non privées. Il est rendu, dans les *considérants*, un jugement de proportionnalité dans lequel on établit que l'intensité de l'intervention de l'État dans les services publics est possible à condition qu'elle n'élimine pas le noyau essentiel de la concurrence et qu'elle s'inscrive dans la régulation, la surveillance et le contrôle comme l'ordonne la Constitution à son article 365. Cette nouvelle position de la Cour Constitutionnelle est conséquente ainsi que sa conception de l'application du principe de proportionnalité de non exclusion de principes, avec les critères intégrationnistes des intérêts public et privé.

Dans ce jugement, la Cour admet que l'intervention de l'État dans les services publics provoque des tensions entre la liberté économique et la prédominance de l'intérêt général, ou en d'autres termes, entre l'intérêt public et l'intérêt privé. Mais en même temps, la Cour offre sa propre solution à ces tensions car, non seulement elle préconise qu'une conciliation est possible entre l'intérêt public et l'intérêt privé, mais elle propose également des critères selon lesquels l'État doit intervenir pour faire prévaloir l'intérêt général sans éliminer la liberté économique (libre entreprise et libre concurrence). À cet effet, la Cour propose la méthode suivante pour réaliser l'intervention de l'État dans les services publics: i) qu'elle se fasse en vertu de la loi, ii) qu'elle n'affecte pas le

noyau essentiel de la liberté économique, iii) qu'elle obéisse à des raisons adéquates et suffisantes justifiant la limitation de la garantie en référence, iv) qu'elle obéisse au principe de solidarité et v) et qu'elle réponde à des critères raisonnables et de proportionnalité.

Selon, la doctrine juridique, cette proposition jurisprudentielle de conciliation d'intérêts donne l'impression d'être influencée par la pensée néolibérale, mais en réalité, elle résout le problème de l'intervention de l'État dans les services publics sans limites, bien que son seul but soit de respecter les objectifs et de protéger l'intérêt général.

L'approfondissement de cette ligne est réalisé grâce au jugement 915 de 2002³⁶⁸, dans lequel la Cour propose l'harmonisation. En effet, cet organe de contrôle constitutionnel arrive à ces conclusions en raison du *problème juridique* suivant, consistant à savoir si les articles 46, 51 et 65 (partiels) de la Loi 715 de 2001 (services publics de santé et d'éducation) sont anticonstitutionnels parce qu'ils violent la concurrence et l'initiative privée, dans la mesure où ces normes obligent les entités qui gèrent les ressources de régime subsidiaire de santé, à contracter les institutions prestataires de services de santé publique d'ordre municipal ou au niveau des arrondissements de l'entité territoriale siège du contrat, à au moins 40% de l'unité de paiement subsidiée ou à au moins 50% lorsqu'il existera dans l'entité territoriale des hôpitaux publics de moyenne et haute complexité. La Cour réitère, dans les *considérants*, que le droit à la concurrence n'est pas un droit absolu et que ce droit trouve ses limites dans les principes de services publics, précisément afin que les principes des services publics limitent la concurrence. La Cour propose pour la première fois dans la jurisprudence colombienne *l'harmonisation de la libre concurrence et liberté d'entreprise avec les pouvoirs d'intervention de l'État et les principes des services publics*.

³⁶⁸ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-915 de 2002, 29 octobre 2002, dossier D-4014.

Bien que la Cour ne présente pas de méthodologie pour l'application de l'harmonisation, c'est de toute façon un progrès car nous passons de l'exclusion mutuelle de l'intervention État, de la concurrence et des principes des services publics à leur harmonisation. Il n'est pas interdit de penser que, derrière toute cette évolution jurisprudentielle, on cherche à limiter la concurrence et que cette limite n'est pas tracée par le concept abstrait et indéterminé de l'intérêt général comme dans les jugements précédents, mais par le concept des principes des services publics. Cette concrétisation est plausible, mais c'est uniquement dans des jugements postérieurs que sont définis ces principes du service public.

La Cour réaffirme et consolide l'harmonisation face aux tensions dans le jugement C-974 de 2002³⁶⁹, dans lequel elle évoque le *problème juridique* de savoir si le paragraphe 1 (partiel) de l'article 54 de la Loi 715 de 2001 est anticonstitutionnel dans la mesure où il établit que les projets d'investissement élaborés par les institutions prestataires de santé de caractère privé doivent être soumis à l'approbation du ministère de la santé et que cette approbation de l'État était une limitation à la liberté économique de ces entités privées. Dans ces *considérants*, la Cour déclare que les entités de l'État et les particuliers qui concourent à la prestation de services publics sont subordonnés au principe d'efficacité, d'universalité et de solidarité. En outre, la Cour soutient que le modèle en vigueur dans la prestation des services publics établi à l'article 365 de la constitution politique, peut se développer dans une ambiance de liberté économique congruente avec les principes d'universalité, de solidarité et d'efficacité. La Cour décide que la norme demandée est restrictive de la liberté économique car elle considère que cette liberté peut être canalisée vers les objectifs d'intérêt social et qu'elle permettra de parvenir à l'efficacité, à la couverture et à la qualité des services. Ainsi, selon la Cour, on peut parvenir à ce que l'État, de par sa nature même, et l'initiative privée s'orientent vers des objectifs d'intérêt social.

³⁶⁹ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-974 de 2002, 13 novembre 2002, dossier D-4025.

Mais réellement, c'est dans le jugement C- 150 de 2003³⁷⁰ qu'il apparaît que les libertés économiques sont garanties, et que leurs limites sont imposées par l'État en raison des principes de services publics et que celui-ci a des limites matérielles et formelles. Ce jugement présente le *problème juridique* de l'anticonstitutionnalité de plusieurs normes de la Loi 142 car le système tarifaire contenu dans les normes mises en accusation qui régissent l'exercice d'une fonction spécifique des commissions de régulation, subordonne les fins sociales de l'État à la liberté économique et à la durabilité financière des entreprises prestataires de services publics et privilégie le marché, au détriment du mandat d'intervention de l'État dans l'économie pour la réalisation des fins sociales inhérentes aux services publics. Dans ses *considérants*, la Cour fait le point sur la compatibilité «des services privés qui agissent comme moteur de l'activité économique, avec la satisfaction des besoins collectifs» dans le même sens que la conception de l'harmonisation. Comme cela a déjà été dit, pour ce jugement, les libertés économiques sont garanties, mais l'État leur impose des limites en raison des principes du service public, et celui-ci à son tour a des limites matérielles et formelles. Il faut accrédi-ter ce jugement de préciser que les buts sont non seulement les objectifs d'intérêt social ou les principes du service public, mais aussi les objectifs économiques.

Il est important de signaler que dans des jugements postérieurs comme les jugements C-654 de 2003³⁷¹, C- 741 de 2003³⁷² et C-516 de 2004³⁷³, la Cour Constitutionnelle a affiné son critère d'harmonisation de la libre concurrence et de la libre entreprise avec les pouvoirs d'intervention de l'État et les principes du service public, contrairement au Jugement C-578 de 2004³⁷⁴ de la même époque qui recule dans la soi-disant harmonisation.

³⁷⁰ Cour Constitutionnelle, Arrêt C- 150 de 2003, 25 février 2003, dossier D-4194

³⁷¹ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-654, 5 août 2003, dossiers D-4413.

³⁷² Cour Constitutionnelle, Arrêt C-741 de 2003, 28 août 2003, dossier D-4405.

³⁷³ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-516 de 2004, 25 mai 2004, dossier D-4998.

³⁷⁴ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-578 de 2004, 8 juin 2004, dossier D-5060

Enfin, il faut également citer le Jugement C-075 de 2006³⁷⁵ car il établit que, bien que les modalités d'intervention de l'État cherchent principalement à assurer l'accomplissement des objectifs sociaux, elles cherchent également corrélativement à corriger les imperfections du marché. Dans ce sens, le jugement 075 réitère le jugement C-150 selon lequel les fins ou les objectifs des services publics ne sont pas uniquement sociaux, ils sont également économiques.

L'analyse jurisprudentielle ci-dessus nous conduit aux réflexions suivantes:

- Effectivement, dans le modèle de la concurrence du service public en Colombie, l'intervention de l'État et la concurrence coexistent au sein d'une tension permanente.
- Dans ses différents jugements sur l'intervention de l'État et la libre concurrence dans les services publics, la Cour Constitutionnelle a créé une ligne jurisprudentielle qui résout ces tensions en harmonisant la concurrence, les pouvoirs d'intervention de l'État et les principes du service public et fonde cette harmonisation sur un jugement de limite. Ce jugement se concrétise sur le fait que la concurrence n'est pas un droit absolu car elle a ses limites dans les principes du service public et en conséquence l'État doit intervenir pour protéger ces fins d'intérêt général et, en outre, parce que la concurrence est subordonnée à la fonction sociale, et en second lieu que l'État, en faisant prévaloir l'intérêt général, ne peut pas violer le noyau essentiel de la liberté économique (libre concurrence) car ce droit est également une affaire d'intérêt public. En d'autres termes, la Cour fixe les limites à la liberté économique et à l'intervention de l'État.

³⁷⁵ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-075 de 2006, 8 février 2006, dossier D-5747

- Que les principes méthodologiques de proportionnalité et de rationalité ne sont pas les seuls éléments de valeur de la modulation entre l'intervention de l'État et les libertés économiques (liberté d'entreprendre et libre concurrence) en matière de services publics, étant donné que la Cour dessine un système de jugements comptant plus d'éléments, parmi lesquels figure la proportionnalité. Ces éléments sont : que la mesure qui sera prise ne viole pas le noyau essentiel de la concurrente, que les avantages d'adopter la décision dépassent les restrictions et les charges, que les mesures adoptées obéissent à des objectifs publics et que la décision soit appliquée au nom de la Loi. En outre, il est important de préciser que le principe méthodologique de proportionnalité en matière de services publics est utilisé pour résoudre des conflits de principes, sans exclure ni éliminer le principe en conflit.
- Enfin, bien que l'évolution de la ligne jurisprudentielle donne l'impression de l'existence de différentes postures isolées de la Cour et sans systématisation, nous reprenons l'idée de l'harmonisation de la libre concurrente avec les pouvoirs intervention de l'État et les principes des services publics, car c'est le ciment de notre thèse de la convergence comme nous allons le développer ci-après.

2. *Analyse du modèle à partir de la doctrine*

Nous allons examiner la doctrine colombienne qui est divisée entre ceux qui attribuent des avantages au modèle de concurrence et ceux qui y voient des désavantages. Il est important de préciser qu'il existe en Colombie une absence lamentable de doctrine juridique sur ce thème, c'est pourquoi nous faisons appel à la doctrine générale qui, d'ailleurs, n'est pas non plus très abondante .

Ceux qui proposent les avantages attribuent des bénéfices au modèle de concurrence, mais en même temps, ils montrent certaines failles structurelles qui seront imputées aux failles et à l'intervention excessive de l'État; ils sont partisans de réformes structurelles qui améliorent les conditions de la concurrence et réduisent le rôle de l'État. Parmi ces extrêmes, nous trouvons: l'étude de Fedesarrollo, l'étude de Andesco et Cede, Pauline Beato, Ayala et Millan. D'un autre côté, ceux qui proposent les désavantages du modèle centrent leurs arguments sur les failles de la concurrence, sur le manque de génération de bénéfices et qui sont donc partisans d'une plus grande ingérence de l'État compte tenu de l'existence de ces failles. On compte dans leurs rangs: Carlos G. Alvares, Angel L Herreño, et Juan M. Ospina.

En ce qui nous concerne, nous pensons qu'il existe dans le modèle de concurrence des tensions entre les intérêts public et privé, qui mettent en danger le modèle même, ce que nous démontrerons après avoir terminé d'examiner les critères de la doctrine.

a. Avantages du modèle selon une partie de la doctrine

Regroupons dans ce secteur de la doctrine : l'étude de Fedesarrollo, l'étude de Andesco et Cede, Paulina Beato, Ayala et Millan.

Selon la doctrine citée, le modèle (tel qu'il fonctionne : coexistence de la concurrence et de l'intervention publique) présente les principaux avantages suivants: il permet de réduire le poids du secteur électrique dans les finances publiques ; le modèle a permis d'atteindre plusieurs objectifs publics, a entraîné la présence d'un nombre significatif d'acteurs sur le marché, ce qui a aidé à réduire le poids du secteur électrique dans les finances nationales³⁷⁶.

³⁷⁶ C'est une des conclusions importantes des études menées par S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.*

- 1) Le modèle permet de réduire le poids du secteur électrique dans les finances publiques.

A partir des années 90, le secteur électrique n'est plus une charge fiscale pour l'État colombien³⁷⁷. Néanmoins, pour l'étude d'Andesco et de Cede, d'un côté et de l'autre, Olaya et Millan, et même pour l'étude de Fedesarrollo, le secteur électrique pèse encore mais pas dans les proportions qui étaient celles d'avant la réforme. Aujourd'hui, le secteur électrique utilise des ressources publiques importantes pour financer des opérations de rachat de la nation des entreprises publiques électriques, les déficits des entreprises, les subsides et la constitution de fonds spéciaux de financement³⁷⁸.

Pour ce secteur de la doctrine, bien que des ressources publiques y soient consacrées, le modèle présente des avantages face au modèle d'État où de monopole public où l'État finit par financer avec ses maigres ressources, et pour des raisons quelquefois idéologiques, le secteur électrique au détriment d'autres acteurs sociaux.

Le modèle permet d'atteindre certains objectifs énoncés dans Les lois 142 article 2 et 143 articles 3 et 4

Les défenseurs des avantages ne sont pas tous d'accord entre eux. Par exemple, Ayala et Millam et Andesco et Cede disent que, dans le cadre du modèle tel qu'il est appliqué, divers objectifs énoncés dans les Lois 142 (art. 2) et 143 (art. 3 et 4) ont d'ores et déjà été atteints: qualité, couverture et bas tarifs. Alors que les études de Fedesarrollo montrent le contraire pour défendre l'idée en fin de compte qu'il faut renforcer la concurrence. Examinons chacun de ces buts ou objectifs dont on dit qu'ils ont été atteints complètement ou partiellement.

³⁷⁷ *Ibidem*, p 36-139.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 37

Premier objectif public : la qualité du service. Selon l'étude d'Andesco et de Cede³⁷⁹, les progrès réalisés en ce domaine sont notables, alors que, selon l'étude de Fedesarrollo³⁸⁰, les standards de qualité restent peu élevés, tant pour le produit que pour le service technique et commercial. Dans la réalité, les obligations fixées par l'État en matière de qualité ne sont pas totalement remplies : de nombreux usagers, en particulier les industriels, se plaignent des problèmes récurrents sur le réseau de distribution.

Deuxième objectif : des tarifs bas. Ayala et Millan³⁸¹ et Andesco et Cede³⁸² disent que les tarifs ont baissé par rapport à ceux qui existaient avant la réforme, néanmoins, l'étude de Fedesarrollo³⁸³ montre que la réalité est plus nuancée : les tarifs sont relativement élevés pour les usagers industriels, et similaires ou supérieurs à la moyenne latino-américaine pour les usagers résidentiels et commerciaux³⁸⁴. Selon nous, les tarifs sont moins accessibles que souhaité, ils ont fortement augmenté, du fait qu'ils sont fixés sur le critère du coût économique conformément à l'article 367 de la Constitution. Pourquoi les prix ne baissent-ils pas si la concurrence existe sur les segments de la production et de la commercialisation ? Deux éléments de réponse : les entreprises ne sont pas totalement efficaces et il y a des coûts supplémentaires.

Troisième objectif : la couverture du service. En ce domaine, les avancées sont remarquables, selon l'étude d'Andesco et de Cede³⁸⁵. Mais, selon l'étude de Fedesarrollo³⁸⁶, la couverture a été affectée par l'incohérence des plans d'expansion de l'UPME et des entreprises. Pourtant, une part significative

³⁷⁹ *Ibidem*, p 56

³⁸⁰ *Ibidem*, p 78-143.

³⁸¹ U. Ayala et J. Millán, *op. cit.*, p 73

³⁸² ANDESCO et CEDE, *op. cit.*, p 56

³⁸³ S. Urbiztondo, J. M. Rojas y C. Chahín, *op. cit.*, p 76-141

³⁸⁴ Une étude sur les prix réalisée par UPME (Union des PME) et ANDI (Association nationale des industriels) met en évidence l'incidence sur le prix final de la contribution imposée aux usagers des secteurs aisés (*strates* 5-6) et aux secteurs industriel et commercial. Rappelons que cette contribution est la mise en pratique du principe constitutionnel et légal de solidarité.

³⁸⁵ ANDESCO ET CEDE, *op. cit.*, p 46-47 et 60

³⁸⁶ S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.* p 79-143.

de la population du pays n'a pas encore accès au réseau. En 1994, au moment de la promulgation de la 'réforme électrique' (Loi 143), la couverture était de 80%³⁸⁷. Aujourd'hui, elle atteint 90% dans les zones interconnectées et 34% dans les zones non interconnectées³⁸⁸. Mais, cette extension de la couverture a été réalisée grâce à l'intervention de l'État par le biais des fonds spéciaux de cofinancement³⁸⁹. Dans l'optique de notre travail, cette extension de la couverture, rentable ou non, devrait constituer une obligation des entreprises (voir plus loin la modulation que nous proposons).

Quatrième objectif : garantir une opération efficiente, sûre et fiable sur tous les segments du secteur électrique. Cet objectif a été atteint à tel point qu'il existe une perception de sécurité en approvisionnement, surtout dans la capacité de génération. En cela, plusieurs parmi ceux qui défendent les avantages du modèle³⁹⁰, sont d'accord.

Cinquième objectif : la liberté de concurrence et la non - utilisation abusive de la position dominante. Sur ce dernier aspect, tous les défenseurs des avantages coïncident sur le fait qu'il n'a pas été possible de parvenir totalement à un environnement de concurrence et accuse l'état de cette faille, chacun ayant ses propres raisons comme nous le verrons plus en avant .

En résumé, ce secteur de la doctrine propose que plusieurs objectifs publics ont été pleinement atteints, d'autres partiellement, au prix d'investissements publics finalement modérés, grâce à la participation du secteur privé, rendue possible par l'introduction de la concurrence. La seule intervention de l'État aurait impliqué des apports budgétaires plus élevés et le sacrifice d'objectifs sociaux (éducation, santé et sécurité sociale). Le bilan est donc acceptable.

³⁸⁷ Chiffres cités dans l'exposé des motifs de la Loi 143.

³⁸⁸ s.a. *Visión Colombia II Centenario*, DNP (Département National du Plan), s. I., 2006.

³⁸⁹ Fonds FAER, FNR et FAZNI. On y reviendra en traitant les aides publiques.

³⁹⁰ S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.* p 26.

- 2) Le modèle permet d'augmenter le nombre d'entreprises sur le marché

Avec l'introduction de la concurrence sur le marché électrique colombien, on est passé de 30 entreprises (publiques)³⁹¹ à 73 (publiques et privées)³⁹². Selon l'étude de Fedesarrollo³⁹³, la propriété privée représente 34,7% dans le STN, avec un degré de contrôle de 44% dans les activités de générations, de distribution et de commercialisation. L'arrivée d'une majorité d'entreprises privées a réduit fortement la charge du secteur électrique dans le budget national. A ce sujet, on a mentionné plus haut des chiffres significatifs (incidence du secteur sur la dette publique, 66%, et sur l'investissement public, 30%).

Néanmoins, ces analystes signalent que, malgré la participation notable du secteur privé, on relève des indices de manque d'intérêt pour continuer à réaliser des investissements sur le marché de l'énergie, ce qui constitue une faille qui est attribuée comme dans les points précédents à l'État, en particulier à la persistance de maintenir l'État en tant qu'entreprise.

Selon nous, si la multiplication d'entreprises privées intervenant sur le marché électrique est un bon indicateur des avancées de la concurrence, cependant, elle ne reflète pas la réalité de ce marché. En effet, elle n'est pas allée de pair avec une compétition effective sur les segments de la production et de la commercialisation, où le degré de concurrence reste bas.

Ainsi donc, pour ce secteur de la doctrine, malgré les progrès, il existe certaines failles qui sont attribuées exclusivement à l'intervention de l'État. Paulina Beato³⁹⁴ dit qu'il n'y a pas eu de restructuration effective du secteur.

³⁹¹ *Ibidem*, p 85

³⁹² Chiffres officiels de la Surintendance des services publics.

³⁹³ *Ibidem*, p. 144

³⁹⁴ P. Beato, "Liberalization of the Gas Sector in Argentina, Colombia, and Mexico", *Second-Generation Reforms in infrastructure Services*, Washington D.C., F. Basañes and R. Willig.

L'étude d'Ayala et de Millan³⁹⁵ attribue cela au manque de légitimité et de crédibilité des institutions. L'étude de Fedesarrollo³⁹⁶ rend responsable des failles de la régulation d'origine, des failles de la réglementation secondaire et des failles de la surveillance et du contrôle. L'étude de Andesco y Cede³⁹⁷ s'en prend aux changements de règles du jeu de la part de l'État. Très récemment, Millan attribue la problématique à la gouvernabilité des entreprises de l'État. On retrouve dans toutes ces études un point commun qui est le problème de l'État - entreprise.

Pour cela, ils proposent que le meilleur modèle serait de réduire l'État-entreprise et de réaliser des réformes structurelles pour approfondir ou consolider la libéralisation du marché de l'énergie électrique vers la concurrence.

b. Désavantages selon une autre partie de la doctrine

Regroupons dans ce secteur de la doctrine: Carlos G. Alvares, Angel L. Herreño et Juan M. Ospina.

Malgré les aspects positifs exposés ci-dessus, un autre secteur de la doctrine dit que le modèle de concurrence présente des désavantages qu'on peut formuler ainsi en termes généraux. Premièrement, il n'a pas pu atteindre les objectifs publics sociaux. Deuxièmement, la concurrence n'a pas généré les bénéfices espérés.

1) Le modèle n'a pas réussi à atteindre les objectifs publics sociaux

Se fondant sur ces observations, certains remettent en cause le modèle de concurrence, qui n'a pas produit de bénéfices réels pour les usagers. En

³⁹⁵ U. Ayala et J. Millán, *op. cit.*, p. 97

³⁹⁶ S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.*, p. 146-148

³⁹⁷ ANDESCO et CEDE, *op. cit.*, p. 57

outre, on remet en cause le manque d'accomplissement de la qualité, la couverture, l'équité et les bas prix dans un environnement de concurrence.

Pour Carlos G. Alvarez et Juan M. Ospina, certains éléments permettent de conclure à un manque de protection des usagers. Carlos G. Alvarez³⁹⁸ affirme par exemple que les usagers ont vu leurs tarifs s'accroître de 100 % en termes réels en moins de 10 ans, ce qui s'est vérifié dans les tarifs de Medellin³⁹⁹ pour les couches sociales 3 et 4 (strates de classe moyenne). Pendant ce temps, Juan M. Ospina⁴⁰⁰ note que les maillons du secteur comme la génération, la transmission, la distribution et la commercialisation ont été blindés, mais que les usagers, qui sont le dernier maillon de la chaîne, ont été les plus imposés puisque ce sont eux qui subissent ces tarifs. Nous pensons que tout ce qui vient d'être énoncé est juste, mais qu'il ne faut pas oublier que l'article 367 de la Constitution politique réglemente les services publics selon des critères de coûts du service, ce qui fait que les usagers assument inévitablement tous les coûts associés à la prestation du service.

Mais, reconnaissons que cet objectif est partiellement atteint parce que, même si les usagers jouissent de droits précis concernant l'information, le mesurage et la qualité, par contre en matière de procédure, les avancées sont insuffisantes. Les normes ne précisent pas les procédures et les recours pour obtenir une protection effective. En outre, la SSP (organe compétent en la matière) ne se consacre pas exclusivement à la protection des usagers. Dans la pratique, les entreprises du secteur électrique ne respectent pas rigoureusement les normes, loin s'en faut. Le nombre de plaintes et de recours en appel déposés par les usagers contre les décisions des entreprises intervenant dans le service public de l'électricité est très élevé.

³⁹⁸ *Ibidem*, p 11

³⁹⁹ Medellin est la deuxième ville de Colombie, la plus peuplée après Bogotá D.C., la capitale du pays.

⁴⁰⁰ J. Ospina, "Los cambios en la política general de servicios públicos", *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado*, compilateur Marco Antonio Velilla, Bogotá D.C., Biblioteca Millennium, s.f., p. 258-259.

Quant à la qualité du service d'énergie électrique, Juan M. Ospina⁴⁰¹ considère que les résultats sont contradictoires car, dans certaines régions, on a pu atteindre un bon service de qualité alors que dans d'autres non. Par ailleurs, la qualité s'est améliorée davantage pour les grands usagers que pour les petits. Nous pensons que la qualité est garantie au moins du point de vue normatif, grâce à la régulation de l'État, où des paramètres de qualité⁴⁰² ont pu être établis. Or, comme le montre l'étude de Fedesarrollo, on ne peut pas arriver à des conclusions définitives sur ce sujet étant donné que nous ne disposons pas d'information précise et récente, bien que l'on reconnaisse que Juan M. Ospina ait raison de mentionner des problèmes de qualité du service public dans certaines régions du pays.

À propos de la couverture, Carlos G. Alvarez et Juan M. Ospina présentent leur propre thèse qui contraste avec l'opinion de l'autre secteur de la doctrine qui défend les progrès en matière de couverture. Pour le premier auteur⁴⁰³, les chiffres de couverture nationale qui sont présentés officiellement cachent la couverture régionale défailante. Pour le second des auteurs cités⁴⁰⁴, l'extension de la couverture s'est faite grâce au Fonds National des Primes de départ (fonds de l'État) bien que ce coût soit compris dans les tarifs que paient tous les usagers. Ceci est bien la preuve que certains objectifs publics sociaux ont pu être atteints, même partiellement, grâce davantage à l'intervention de l'État qu'aux conditions de concurrence sur le marché.

Un autre thème qui, selon Carlos G. Alvarez⁴⁰⁵ et Juan M. Ospina, va à l'encontre du modèle de concurrence, est le fait de penser que l'on a atteint l'idéal d'avoir de bas tarifs. Ceux qui, en réalité, en ont le mieux profité sont les

⁴⁰¹ *Ibidem*, p 254

⁴⁰² En cela, nous sommes d'accord avec une position officielle exprimée par H. Pacheco de León, "La Comisión de Regulación de Energía y Gas", *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado* compilateur M. Velilla, Bogotá D.C., Biblioteca Millennium, s.f.

⁴⁰³ C. Alvarez, "Las reformas liberales de los servicios públicos. El caso de la reforma eléctrica colombiana", *Observatorio de la Economía Latinoamericana* N° 29, 2004, p 10, <<http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/co/cgah-sp.htm>>

⁴⁰⁴ J. Ospina, *op. cit.*, p. 255.

⁴⁰⁵ C. Alvarez, *op. cit.*, p 10,- 12

usagers non réglementés (grands usagers), car les autres, qui sont la majorité, voient leurs tarifs augmenter de manière importante. C'est dans ce sens que va l'étude de Fedesarrollo, mais pour les auteurs de cette étude, les causes obéissent davantage aux failles de l'intervention de l'État.

- 2) Les résultats ne sont pas ceux que l'on attendait pour des causes attribuables à la concurrence

On argumente que les objectifs publics sociaux n'ont pas été atteints pour diverses raisons qui sont attribuables à la concurrence. Par exemple, pour Carlos G. Alvarez⁴⁰⁶, il n'est pas possible que 7 générateurs contrôlent 75 % de la production et que la CREG ait dû intervenir à plusieurs reprises pour limiter les abus de position dominante dans la fixation des prix de la bourse. Par rapport à ce qui vient d'être annoncé, Angel L. Herreño⁴⁰⁷ remet en cause le modèle qui prétendait générer la concurrence. Or, dans la pratique, on est passé d'un monopole public à un monopole privé et on peut donc se demander: quels sont les véritables avantages que les usagers ont pu tirer de cette situation? Mais ils ne sont pas les seuls à remettre en cause les progrès en matière de concurrence, l'étude de Fedesarrollo le fait aussi, et accepte l'existence de certaines failles de la concurrence, mais attribuées aux failles de l'intervention de l'État, une affirmation qui va à l'encontre de celle de leurs contradicteurs qui signalent que l'origine de failles est propre à la dynamique prise par la concurrence en Colombie.

Enfin, il est souligné que ce secteur de la doctrine propose comme solution une plus grande ingérence de l'État dans les affaires du marché de l'énergie électrique pour parvenir à une plus grande équité face à l'efficacité. Cette solution, ainsi que celle visant à renforcer la libéralisation du marché vers

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ A. Herreño, *El modelo privatizador de los servicios públicos domiciliarios: contra el bienestar general y los derechos colectivos*, p. 9-10 <<http://www.ilsa.org.co/IMG/pdf/Ponencia.pdf>>

la concurrence, sera analysée au point suivant, depuis notre perspective sur le sujet débattu.

3. *Le modèle provoque des tensions entre l'intérêt général et l'intérêt particulier.*

De l'analyse de la jurisprudence et de la doctrine, il ressort deux questions fondamentales: (i) le modèle de concurrence (compris comme la coexistence de l'intervention de l'État et la concurrence) provoque-t-il des tensions entre l'intérêt général et l'intérêt particulier? (ii) les propositions de solution de la jurisprudence et de la doctrine sont-elles les plus appropriées aux circonstances actuelles de la Colombie? Les réponses à ces questions sont les bases constructives de notre proposition de la convergence, comme nous pouvons le voir ci-après. Pour y parvenir, nous ferons tout d'abord une description des tensions, puis, face à ces tensions, nous définirons où se trouve la piste de solution à la problématique, entre la jurisprudence et la doctrine.

a. Description des tensions

En effet, le modèle provoque bien des tensions. Ces tensions présentent un double visage : des relations constamment proches du point de rupture, et une sorte d'impatience devant la non-résolution de la problématique⁴⁰⁸. Elles se manifestent dans les décisions des organes de l'État, dans les plaintes et recours introduits contre ces décisions, dans les manifestations des différents groupes d'intérêts. Concernant le marché de l'électricité, le secteur public a sa propre perception, le secteur privé a la sienne, et surtout il n'y a pas d'accord entre eux sur un point primordial : quelles sont les questions d'intérêt général qui sont impliquées sur ce marché ? L'ambiance générale est plus de divergence que de conciliation. A cela s'ajoutent des intérêts particuliers et des débats d'experts qui ne font qu'accentuer les désaccords et creuser davantage le fossé. Dans ces

⁴⁰⁸ Real Academia de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*, Vingt-deuxième édition, <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=tension>

conditions, il est important d'analyser les causes de ces tensions. Comme on l'a dit, elles résident dans le fait que le secteur privé attribue les défauts de la concurrence à l'intervention de l'État alors, qu'en réalité, certaines défaillances proviennent de la concurrence elle-même. De son côté, le secteur public attribue les défauts de la concurrence au marché alors que certains proviennent de l'intervention de l'État.

De sorte que les tensions qui se présentent entre l'intérêt général et l'intérêt particulier sont provoquées fondamentalement par les failles, aussi bien de l'intervention de l'État que de la concurrence, étant donné que ces biens constitutionnels ne sont pas dirigés vers les mêmes objectifs, puisqu'ils sont divergents.

Voyons tout d'abord les failles de l'intervention de l'État qui entraînent des tensions bien que celui-ci cherche à satisfaire l'intérêt général. Malgré les aspects positifs de l'intervention de l'État décrits dans des paragraphes précédents, voyons quels en sont les défauts. On note que ces défauts se présentent dans toutes les modalités d'intervention (régulation, aides publiques, etc.) . On peut les formuler ainsi:

- l'État intervient sans *modulation* ;
- l'État outrepassé les limites de l'intervention ;
- l'État omet d'intervenir ;
- l'État ne calcule pas les coûts des restrictions de la concurrence ;
- l'État développe un concept diffus de l'intérêt général.

En premier lieu, l'État est intervenu sans *modulation* dans et entre les objectifs publics. C'est ce qui explique les nombreuses plaintes en justice déposées par les entreprises du secteur électrique contre des décisions officielles. Une intervention sans *modulation* dans les objectifs publics signifie que l'État ne fixe pas expressément d'objectif public et engendre des effets sur

la concurrence. Une intervention sans *modulation entre* les objectifs publics signifie que l'État, en cherchant à rencontrer un objectif public, en affecte un autre.

La première forme (*intervention sans modulation dans les objectifs publics*) se présente principalement dans l'intervention régulatrice⁴⁰⁹, on analysera quatre cas : l'intégration verticale, l'intégration horizontale (Loi 143 et Arrêté CREG N° 128 de 1996), la condition de changement de compteur au moment de changer de négociant (Arrêtés CREG N° 25 de 1995 et 131 de 1998), le Décret 3734 de 2003 qui réglemente l'article 65 de la Loi 812 de 2003 (Plan national de développement).

- L'intégration *verticale*. D'emblée, deux choses attirent l'attention : l'intégration verticale autorisée dans la Loi 143⁴¹⁰ a une durée indéfinie, et sa justification n'apparaît ni dans l'exposé des motifs de la loi ni dans les débats des commissions du Congrès. On suppose donc que cette intégration des segments de production, commercialisation et distribution obéit à des raisons d'ordre politique⁴¹¹. On ne connaît pas de calcul du coût économique de cette restriction de la concurrence, mais il y a une statistique significative : des 73 entreprises du secteur électrique, 70% sont des entreprises intégrées verticalement⁴¹². La loi autorise l'intégration verticale entre des activités potentiellement en concurrence et des activités en monopole et entre des segments concurrentiels. Ce type d'intégration favorise la commission de conduites stratégiques contraires à la

⁴⁰⁹ Dans l'intervention sous forme d'aides publiques, on trouve également l'intervention sans modulation. A cet égard, il y a trois types d'aides (opérations de sauvetage d'entreprises publiques, prêts nets de la Nation, aides de l'État à des entreprises privées par l'injection de capital en échange d'actions) tendant à générer des privilèges particuliers, tant dans le secteur public que dans le secteur privé. Il est évident que ces appuis particuliers ne sont pas justifiés expressément dans les objectifs du service public. Cela affecte la concurrence dans la mesure où les conditions de celles-ci ne sont pas transparentes.

⁴¹⁰ Article 74 de la Loi 143 de 1994 établissant le régime pour la génération, l'interconnexion, la transmission, la distribution et la commercialisation de l'électricité sur le territoire national, des autorisations sont concédées et d'autres dispositions sont émises en matière d'énergie, *Journal Officiel* No. 41 434 du 12 juin 1994.

⁴¹¹ S. Urbiztondo, J. M. Rojas et C. Chahín, *op. cit.*, p 28. Il considère qu'il s'agit d'une faille de la régulation d'origine.

⁴¹² Données déduites de nos propres calculs.

concurrence. C'est le cas de certains producteurs-négociants : l'entreprise, en sa qualité de producteur, discrimine dans la vente d'électricité certains négociants qui achètent l'électricité pour fournir des marchés où, en sa qualité de négociant, elle a déjà une clientèle. On observe également des conduites stratégiques dans le cas des distributeurs-négociants, qui empêchent le changement de négociant par des actes de dévoiement de clientèle et violation des normes, comme on l'a signalé dans deuxième partie (Modèle de concurrence : le cas de la Colombie).

- L'intégration *horizontale*. Le cas le plus interpellant se présente sur le segment de la production où l'État - entreprise dépasse les limites en la matière établies dans l'Arrêt CREG 128 de 1996 (modifiée par l'Arrêt CREG 001 de 2006), tel que décrit dans la deuxième partie du modèle de concurrence. Dans le cas de la Colombie, cette situation affecte clairement la structure de ce segment⁴¹³ sans que soit établi l'objectif public qui est visé.

- La condition de changement de compteur pour changer de négociant n'apparaît pas dans l'article 15 de l'Arrêté 108 CREG de 1997⁴¹⁴ qui stipule les conditions à ce sujet. Dans la pratique, il est exigé aux usagers de faire installer sur leur compteur une télémessure, afin de mesurer chaque heure l'électricité consommée. A l'heure, cette exigence est conforme à l'article 3 de l'Arrêté CREG N° 131 de 1998⁴¹⁵, qui renvoie à l'Arrêté N° 25 de 1995 ⁴¹⁶(*Code du mesurage*), lequel impose aux usagers servis par un négociant autre que le distributeur local de définir une frontière commerciale au point de mesurage. D'une certaine façon, cette

⁴¹³ A. Popayan et autres, *op. cit.*, p.8

⁴¹⁴ Arrêt CREG 108 du 3 juillet 1997 signalant des critères généraux sur la protection des droits des usagers des services publics de l'énergie électrique et du gaz combustible par réseau physique, par rapport à la facturation, la commercialisation et autres affaires relatives au rapport entreprise-usager, et d'autres dispositions sont émises, *Journal Officiel* No. 43 082 du 11 juillet 1997.

⁴¹⁵ Arrêt CREG 131 du 23 décembre 1998, modifiant l'Arrêt CREG-199 de 1997 et d'autres dispositions additionnelles sont émises sur le marché compétitif de l'énergie électrique, *Journal Officiel* No 43 465 du 31 décembre 1998.

⁴¹⁶ Arrêt CREG 25 du 13 juillet 1995 établissant le Code de Réseaux, comme partie du règlement d'opération du système interconnecté national, *Journal Officiel* No.41 937 du 24 juillet 1995.

exigence restreint pour l'usager le libre choix du fournisseur. En outre, les Arrêtés CREG en question ne mentionnent pas expressément un objectif public égal ou supérieur à la concurrence pour justifier cette restriction. On est donc amené à penser que c'est pour des raisons de sécurité du système électrique que cette condition a été ajoutée. Cependant, il nous paraît surprenant qu'une mesure visant les usagers non régulés soit applicable aux usagers régulés, et aussi qu'on impose une mesure ayant comme effet un coût supplémentaire lors du changement de négociant.

- Le Décret 3734 de 2003⁴¹⁷ qui réglemente l'article 65 de la Loi 812 de 2003⁴¹⁸ (Plan national de développement) présente une situation des mêmes caractéristiques que ci-dessus : l'État établit des règles modifiant les conditions de la concurrence sans indiquer expressément l'objectif public qui est visé. Lorsque l'article 65 de la Loi 812 oblige les négociants à fournir des usagers régulés et non régulés des strates 1-2-3, on peut penser que l'objectif public visé est l'universalisation du service, mais dans le Décret 3734, il apparaît clairement que les négociants sont assujettis non aux règles de la concurrence, mais aux règles de ce décret, lequel précise le nombre d'usagers à incorporer, la rémunération prévue pour assumer ces coûts, etc.

La seconde forme (*intervention sans modulation entre les objectifs publics*) se présente dans la régulation. Nous allons analyser quatre cas : deux Arrêts du Conseil d'État (N° 11 854 et 4 957) et deux arrêtés de la CREG (116 de 1996 et 004 de 2003).

417 Décret 3734 du 19 décembre 2003 réglementant l'article 65 de la Loi 812 de 2003, à propos de la commercialisation dans la prestation du service de l'énergie électrique et d'autres dispositions sont émises, *Journal Officiel* No. 45410 du 23 décembre 2003.

418 Loi 812 du 26 juin 2003, *approuvant le Plan National de Développement 2003-2006, vers un État communautaire*.

- L'Arrêt N° 11 854 du Conseil d'État ⁴¹⁹ montre la confrontation entre deux objectifs publics : l'égalité compétitive et la protection du droit de l'utilisateur à des prix bas. En 2005, *Empresas Públicas de Medellín (EPM)*, une entreprise publique présente sur tous les segments du marché électrique, réclame la nullité des articles 5 et 6 de l'Arrêté CREG N° 096 de 1996⁴²⁰. Cet arrêté produirait des effets négatifs sur l'efficacité, l'égalité, la concurrence et les coûts de la prestation du service. L'article 6, qui impose une limite de 60% de l'achat d'électricité aux entreprises intégrées où l'unité de production a la possibilité de vendre à l'unité de commercialisation, ne permettrait pas de transférer les bénéfices sur les prix aux usagers. Les arguments d'EPM sont les suivants : a) l'entreprise intégrée achèterait les 40% d'électricité restants à d'autres agents du marché à un prix supérieur ; b) le reste de l'électricité de l'entreprise intégrée et non achetée par elle-même se vendrait à un prix supérieur. Conclusion : la limite d'achat affecterait le marché en général, mais aussi les usagers, auxquels on ne permet pas de profiter de prix inférieurs. La décision de la CREG présenterait une déviation de pouvoir et une fausse motivation.

Le Conseil d'État rejette la requête et justifie ainsi sa décision : EPM n'a pas démontré que le marché en général était affecté et qu'il y a eu des répercussions négatives sur le secteur électrique national. Le Conseil n'explique pas ce qu'il faut entendre par 'affecter le marché' et 'avoir des répercussions sur le secteur électrique national'. Il avalise sans la justifier cette forme d'intervention régulatrice de l'État.

Notre position est la suivante : contrairement à la position de l'entreprise demanderesse, nous considérons que la CREG a procédé à une *modulation* entre les objectifs publics. Les bénéficiaires des articles déclarés

⁴¹⁹ Conseil d'État, Arrêt N° 11 854 de 2005.

⁴²⁰ Arrêt CREG 096 du 20 octobre 1996 modifiant l'Arrêt CREG 074 de 1996, qui réglementait le service public des gaz liquéfiés du pétrole (GLP), et d'autres dispositions ont été émises

conformes à la loi par le Conseil d'État sont, d'un côté, les concurrents qui vendent aux entreprises intégrées 40% de l'électricité qu'elles requièrent pour la commercialiser, et de l'autre, les usagers parce que 60% de l'électricité achetée par l'entreprise intégrée proviennent de sa propre énergie, ce qui devrait lui permettre d'obtenir des prix inférieurs à ceux de ses concurrents. Par ailleurs, certes la décision de la CREG est valide, mais elle manque de légitimité face aux entreprises intégrées en production et commercialisation parce que leur position de base est que l'État n'avait pas à intervenir en la matière.

- L'Arrêt N° 4 957 du Conseil d'État⁴²¹. *EPM* présente une requête de nullité des Arrêtés CREG régulant les minima d'opération des retenues d'eau des producteurs d'électricité⁴²². Selon le plaignant, la CREG viole le droit d'égalité, surtout l'égalité compétitive, la libre concurrence, le droit de propriété et le principe d'efficience. La CREG justifie les normes édictées en invoquant la fiabilité et la sécurité du système électrique, la continuité du service et le fait que l'État, en tant que propriétaire de l'eau, peut en exiger l'usage efficient. Le Conseil d'État avalise la position de la CREG en arguant que cet organe est habilité à prendre ce type de décisions puisqu'il est chargé d'édicter le règlement d'opération du système interconnecté national et que, s'il cherche à garantir la fiabilité du service et la sécurité de l'approvisionnement, les sujets économiques doivent se soumettre aux mesures de l'État et supporter les obligations du régime juridique de l'énergie électrique. Le Conseil estime qu'il existait des raisons de convenance et d'opportunité pour prendre la décision contestée par *EPM* sans qu'il y ait besoin d'une analyse des coûts des dispositions régulatrices.

⁴²¹ Conseil d'État, Arrêt 30 mars 2001, N° 4 957

⁴²² Le mécanisme des minima d'opération des retenues d'eau est établi dans les Arrêts CREG N° 025 de 1995, 100 de 1997 et 215 de 1997. Voir les détails dans le chapitre sur la production électrique.

Notre analyse est la suivante : le plaignant a raison d'affirmer qu'il y a restriction de la concurrence car les producteurs hydrauliques qui supportent la mesure sur le marché de gros sont obligés, au cas où les justifications des normes se vérifient, d'obtenir un prix fixé par l'autorité et non par le marché. Ainsi, à notre point de vue, la CREG et le Conseil d'État n'ont pas appliqué la *modulation* entre les objectifs, ils font primer l'objectif public de fiabilité et sécurité du système électrique sur la concurrence. Deux moyens de *moduler* auraient été de mesurer le coût des restrictions et de l'atténuer avec la garantie d'importations d'électricité, ou d'accorder une part supérieure dans le *cargo por capacidad* aux entreprises affectées.

- L'Arrêté CREG N° 116 de 1996⁴²³ établissant le mécanisme de *cargo por capacidad*. Ce mécanisme, critiqué par les analystes, consiste en une rémunération administrative octroyée aux producteurs hors de tout effort compétitif. La CREG le justifie par le souci d'assurer la fiabilité du système électrique. Cet instrument de financement n'a donc pas été conçu dans le cadre de la concurrence, mais il existe une raison d'intérêt général pour le maintenir car il représente 35% du total des revenus des producteurs. Ces montants sont payés par l'ensemble des usagers sans aucune considération de concurrence entre les producteurs. C'est un exemple parmi d'autres où il existe des objectifs publics égaux ou supérieurs à la concurrence qui sont admis par tous les intérêts en présence, y compris les grands usagers qui défendent la fiabilité du système. Une intervention de la CREG avec une *modulation* entre les objectifs publics devrait nécessairement introduire des conditions de concurrence au moment d'intégrer cette rémunération dans le système.

⁴²³ Arrêt CREG N° 116 du 29 novembre 1996, précisant la méthode de calcul de la charge pour capacité sur le marché de gros de l'électricité et repoussant sa date d'entrée en vigueur, *Journal Officiel* No. 42 929 bis du 29 novembre 1996.

- L'Arrêté CREG 004 de 2003⁴²⁴ qui régle les transactions internationales d'électricité (TIE) à court terme est un autre exemple de ces normes qui affectent la concurrence sur le marché. Le commerce international d'énergie se voit limité à des transactions entre centres de dispatching. La CREG n'établit pas de règles concernant les transactions internationales à long terme (entre agents du marché), ce qui accroîtrait la concurrence sur les marchés intégrés. Jusqu'à présent, elle considère que les seules TIE à court terme contribuent à assurer l'approvisionnement d'électricité. Comme dans le cas précédent, on accorde la primauté à un objectif public sur la concurrence entre les agents du marché.

En deuxième lieu, l'État outrepatte les limites de l'intervention. L'État outrepatte les limites de l'intervention quand il affecte des droits fondamentaux et des droits économiques tels que l'égalité, la liberté d'entreprise, le droit de propriété, etc. Ces excès se présentent surtout dans son intervention régulatrice. Voici l'analyse de deux cas.

- L'Arrêt N° 4 443 du Conseil d'État⁴²⁵ répond à la requête de nullité de l'Arrêté CREG N° 028 de 1996⁴²⁶ pour conflit entre principe de concurrence et libre entreprise. Selon ANDESCO (Association nationale des entreprises de services publics domiciliaires et activités complémentaires), cet arrêté viole le principe constitutionnel de libre entreprise. Il pose des limites à celle-ci en établissant comme abus de position dominante le fait d'avoir un certain niveau de part du marché et une certaine participation dans la composition d'une autre entreprise. La CREG justifie sa décision par la défense de la pluralité d'entreprises,

⁴²⁴ Arrêt CREG 004 du 12 février de 2003 établissant la réglementation applicable aux transactions internationales d'électricité à court terme -TIE-, qui fera partie du Règlement d'Opération et d'autres dispositions complémentaires sont adoptées, *Journal Officiel* No. 45 102, du 19 février 2003.

⁴²⁵ Conseil d'État, Arrêt février 1998, N° 4 443.

⁴²⁶ Arrêt CREG N° 028 du 27 mars 1996 approuvant la charge pour l'usage du système de transmission régionale et de distribution local dans la centrale hydroélectrique de Caldas, de la part des entreprises publiques de Pereira.

profitable aux usagers. Le Conseil avalise la légalité de la décision sans procéder à l'analyse du conflit de principes, valeurs et objectifs.

A notre point de vue, l'Arrêté CREG est une décision qui reflète la proportionnalité entre la pluralité d'entreprises et la liberté d'entreprise. Il ne permet pas qu'une entreprise de production, distribution ou commercialisation détienne plus de 25% de participation sur ces segments, mais en même temps il laisse aux entreprises la liberté de réaliser des intégrations jusqu'à 25% du marché.

- L'Arrêté CREG N° 034 de 2001⁴²⁷ est à l'origine d'une controverse. La CREG justifie sa décision par quatre arguments : a) elle évite les abus de position dominante ; b) elle régule les situations où la concurrence ne garantirait pas la prestation efficiente du service ; c) elle stimule la concurrence pour garantir une prestation adéquate du service grâce à une utilisation efficiente des ressources énergétiques au profit des usagers ; d) elle établit des règles de comportement différentiel face à de possibles abus de position dominante. Dans cette optique, la CREG remplace le mécanisme de liquidation de prix déterminés par le marché de la production de sécurité (production *fuera de mérito*) par celui de prix régulés. Cet arrêté fait l'objet d'une requête de nullité auprès du Conseil d'État pour être contraire au principe de libre entreprise et même pour aller à l'encontre de la concurrence. Comme on voit, il y a ici une confrontation entre concurrence et libre entreprise. Le Conseil d'État ne s'est pas encore prononcé sur cette requête.

A notre point de vue, la CREG aurait dû quantifier le coût de cette restriction et, sur cette base, décider que la mesure serait transitoire ou permanente. Comme mesure transitoire, la décision nous paraît correcte dans

⁴²⁷ Arrêt CREG N° 034 de 2001 établissant la formule spéciale à incorporer dans la formule tarifaire applicable aux petits consommateurs de gaz naturel, le coût des achats de gaz différent du non associé (Gt).

la mesure où elle n'affecte pas, qualitativement et quantitativement, les droits économiques. Comme mesure permanente, la CREG aurait dû mettre au point une position permettant la rationalité et la proportionnalité de la mesure face aux dommages et à la limitation de la libre entreprise. Par exemple, il est concevable que la production de sécurité puisse être garantie par des importations d'électricité dans le cadre des processus d'intégration énergétique, étant donné que les importations de ce type d'énergie constituent un élément de concurrence qui évite les possibles abus de position dominante d'entreprises existantes.

En troisième lieu, l'État omet d'intervenir, il arrive que la concurrence soit affectée par la passivité de l'État. Un cas flagrant est l'absence de sanctions aux pratiques restrictives de la concurrence et aux actes de concurrence déloyale commis par des entreprises. Un autre cas est l'absence de définition, d'incitants et de signaux clairs susceptibles de favoriser un élargissement de la concurrence sans affecter les objectifs publics. Par exemple, faute d'incitants réels, les énergies nouvelles ne parviennent pas à se faire une place significative sur le marché et à concurrencer les énergies conventionnelles.

Face à cette passivité de l'État s'est formée une coalition d'intérêts qui lui demande d'agir. Elle inclut les acteurs ayant tiré profit jusqu'ici des interventions officielles, les nouvelles entreprises qui cherchent à entrer sur le marché ou s'y maintenir face aux 'grands', et les usagers qui souhaiteraient une amélioration de la qualité et des prix du service.

En quatrième lieu, l'État ne calcule pas les coûts des restrictions de la concurrence⁴²⁸. Dans son intention d'assurer la couverture, la sécurité et la fiabilité du système électrique, l'approvisionnement, etc., l'État a réalisé une série d'interventions qui entraînent des restrictions de la concurrence. Les coûts de ces restrictions n'ont pas été évalués. Conséquence de cette omission : des

⁴²⁸ Nous avons repris l'idée du calcul des coûts des restrictions à la concurrence du Tribunal de Défense de la Concurrence, *op cit*, p. 62

coûts de transaction supplémentaires qui, en fin de compte, sont assumés par les usagers.

A notre point de vue, la comparaison des objectifs publics visés et des coûts pour maintenir les restrictions de la concurrence est indispensable. Existe-t-il des raisons d'ordre économique, politique, technique et social pour justifier les restrictions au point d'affecter la recherche de l'intérêt général ?

Bref, dans ses interventions sur le marché de l'énergie électrique l'État ne tient pas toujours compte de la concurrence qu'il a lui-même mise en jeu. Généralement il respecte strictement la position fixée par la Cour Constitutionnelle dans la jurisprudence fixée en la matière : la concurrence n'est pas une barrière infranchissable empêchant l'État de protéger d'autres objectifs publics et valeurs Constitutionnelles. Mais à notre point de vue, il aurait dû en toutes circonstances prendre en compte les coûts des restrictions imposées à la concurrence.

En cinquième lieu, l'État développe un concept diffus de l'intérêt général. En théorie, l'intérêt général est constitué par la somme des intérêts des usagers, des entreprises et de l'État lui-même. Dans la pratique, l'intervention de l'État répond plutôt à certaines intérêts, et c'est cela qui pose problème. En effet, si on part de l'idée que les affaires d'intérêt général sont définies dans la Constitution et dans les Lois 142 et 143, il faut bien admettre que les bénéficiaires ne sont pas l'ensemble des secteurs en cause : le modèle mis en place est surtout favorable à certaines entreprises, à certains usagers et à l'État.

- Même si le cadre normatif régulant le secteur électrique a été défini de façon générale et impartiale, il comprend plusieurs facteurs d'inégalité, parce que certaines entreprises ont soit un plus grand pouvoir de *lobbying*, soit une capacité supérieure d'adéquation aux conditions imposées par l'État.

- Parmi les usagers, les grands bénéficient plus du modèle que les petits. Et parmi ces derniers, les habitants des zones économiquement développées en tirent davantage profit que ceux des zones peu développées.
- En mettant en œuvre la libéralisation et la privatisation, l'État a réussi à réduire la charge du secteur électrique dans les dépenses publiques.

Dans ce panorama, il arrive quelquefois qu'une question d'intérêt général soit en fait une question où prédomine un intérêt particulier, et inversement. Le défi est de faire en sorte que les objectifs du service public tracés dans les Lois 142 et 143 soient bien les questions d'intérêt général afin d'assurer une sécurité juridique totale pour les actions de l'État, des entreprises et des usagers.

Une fois analysées les failles de l'intervention de l'État, nous examinerons les défauts de la concurrence qui produisent des tensions car celle-ci fait prévaloir des intérêts particuliers. La réalité du marché électrique colombien montre que dans le modèle mis en place la concurrence présente également des défauts. Cela a engendré une ambiance de doute : ¿est-il réellement possible de rencontrer les objectifs publics dans ce cadre compétitif?⁴²⁹. Ce n'est pas un rejet de la concurrence : chacun s'accorde à penser qu'elle constitue un mécanisme de marché favorable à l'intérêt général, et en particulier aux usagers. Certes, on est parvenu à une concurrence praticable en accord avec le développement économique actuel du pays, mais elle ne produit pas encore les résultats espérés, pour cinq raisons où l'on voit clairement la prédominance de l'intérêt particulier:

⁴²⁹ P. Maldonado et R. Palma, *op. cit.*, p. 81. La CEPAL. On se pose la question de savoir dans ce document si les éventuels avantages de la concurrence ne s'étaient pas produits en Amérique latine.

- La concurrence ne profite pas aux usagers régulés
- Les entreprises exercent leur pouvoir sur le marché
- Les entreprises tendent à la concentration
- Les entreprises tirent une partie de leurs revenus de la régulation et non de l'effort compétitif
- Il existe une faible rivalité compétitive entre les entreprises

Première raison: la concurrence ne profite pas aux usagers régulés. En théorie, la concurrence doit favoriser les usagers ou les consommateurs⁴³⁰. Dans la pratique, ces résultats ne sont pas atteints⁴³¹. Ce dont l'utilisateur bénéficie effectivement, c'est de la continuité du service, grâce à un approvisionnement d'électricité bien assuré. Certes, c'est une avancée importante, mais elle va de pair avec des prix élevés, une perte de capacité de paiement des usagers⁴³² et une qualité pas toujours optimale, comme le signalent les secteurs de la doctrine déjà cités. Malgré quelques exceptions régionales, telle est en gros la situation dans le pays. Depuis la réforme du modèle une douzaine d'années ont passé, et les effets de la concurrence ne se reflètent pas encore dans ces deux aspects fondamentaux : prix et qualité.

La cause principale réside dans la faible dynamique compétitive, la régionalisation sur le segment de la commercialisation, avec des structures de monopole, duopole ou oligopole⁴³³. Si sur l'ensemble du territoire national le nombre de fournisseurs est élevé, il est très limité au niveau des marchés régionaux effectifs.

⁴³⁰ P. Nihoul, *op. cit.*, p 61. Pour cet auteur "La concurrence a une excellente réputation dans les sociétés occidentales, [...] elle bénéficie largement aux consommateurs".

⁴³¹ R. Bonilla, "Regulación. Una década de aproximaciones, *Contexto*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Edición especial No 19, Septiembre de 2004, p 11

⁴³² García, Cruz et Corredor, "Impactos y consecuencias de la reforma del sector eléctrico en Colombia" *UN periódico*, 2006.

⁴³³ *Análisis de la evolución de los servicios públicos domiciliarios durante la última década. Energía eléctrica, op. cit.*, p. 45. Cette étude indique clairement le comportement de la commercialisation régionale, qui se déplace entre oligopole et monopole, pour des raisons de concept d'économie d'agglomération pour assurer la rentabilité sur le marché.

Deuxième raison: les entreprises exercent leur pouvoir sur le marché. Sur le marché de gros et sur celui au détail certaines entreprises exercent leur pouvoir, ce qui a des effets évidents sur les prix et le libre choix de l'utilisateur. Sur le marché de gros, cela est démontré dans l'affaire *Chivor S.A.* et autres producteurs⁴³⁴ et dans les attendus de l'Arrêté CREG N° 034. Sur le marché au détail, on a le cas d'entreprises intégrées en distribution et commercialisation qui exercent le pouvoir lié à cette double condition au détriment des négociants indépendants⁴³⁵. Même s'ils sont dirigés d'abord contre les entreprises concurrentes, cet exercice du pouvoir, les pratiques de dévoiement de la clientèle et autres violations des normes affectent le droit de l'utilisateur à choisir son fournisseur.

Troisième raison: les entreprises tendent à la concentration. Quoiqu'en disent certains analystes officiels⁴³⁶ selon lesquels les indices de concentration d'entreprises sont peu élevés, le marché électrique colombien tourne autour de quelques groupes d'entreprises de type vertical et horizontal qui tendent à se concentrer davantage. Certes, le secteur électrique ne peut échapper à ce phénomène inhérent aux marchés que sont les stratégies de concentration, comme le reconnaît la CEPAL⁴³⁷. Ces dernières années, on a assisté à de nombreuses prises d'actions, et on peut s'attendre à ce que cela continue à la suite des modifications qui seront apportées prochainement aux normes actuelles sur les limites de développement des entreprises.

Selon une étude d'Arbelaez et autres déjà citée⁴³⁸, le segment de la production présente un marché concentré qui se réduit à 6 groupes, parmi lesquels un groupe public dépasse la limite de concentration fixée par la CREG. Ce qui laisse à penser qu'il ne suffit pas de mesurer les indices de concentration,

⁴³⁴ Arrêt SSP 3261 de 2003. "La SSP sanctionne l'entreprise Chivor S.A ESP et d'autres producteurs".

⁴³⁵ Nous avons analysé plusieurs cas de ce type : *Dicel S.A. vs Codensa S.A., Energía Confiable vs ElectriCaribe, Dicel S.A. vs Epsa S.A., et ConEnergía vs CHEC S.A.*

⁴³⁶ R. Ramirez, *op. cit.*, p. 25

⁴³⁷ P. Maldonado y R. Palma, *op. cit.*, p. 81. La CEPAL montre les tendances à la concentration de l'industrie électrique.

⁴³⁸ A. Popayán et autres, *op. cit.*, p. 8.

mais de préciser le pouvoir réel sur le marché que possèdent les entreprises et les groupes.

Quatrième raison: les entreprises tirent une partie de leurs revenus de la régulation et non de l'effort compétitif. Sur chacun des segments du marché électrique colombien, qu'il soit en monopole ou en concurrence, la rentabilité est en bonne partie liée à la régulation et non à l'effort compétitif. La rémunération de l'activité est meilleure avec la régulation. Sur le segment de la production existe le mécanisme de *cargo por capacidad* et sur celui de la commercialisation la régulation du coût unitaire (prix pour les usagers régulés) où les entreprises appliquent le prix plafond. On a là une application de la théorie de Stigler⁴³⁹: la régulation est un instrument d'obtention et d'accroissement des revenus sur le marché pour les groupes d'intérêts, ceux-ci exerçant toute leur influence pour une distribution du bien-être en leur faveur.

Par ailleurs, les entreprises ne livrent pas une information complète sur leurs coûts réels, afin de tirer du marché des revenus et bénéfices supérieurs. Ce qui bien entendu constitue une injustice à l'encontre du consommateur. Pourquoi ? Parce que celui-ci représente le 'maillon faible' dans les processus de régulation, il est en position désavantageuse face aux entreprises. En outre, en lui reconnaissant le droit de choisir son fournisseur, la loi favorise la concurrence, mais cet effet bénéfique est aussitôt annulé dans la mesure où l'utilisateur ne participe pas aux bénéfices du marché par le biais de tarifs plus bas.

Et cinquième raison: il existe une faible rivalité compétitive entre les entreprises. Sur les segments (susceptibles de concurrence) de la production et la commercialisation, ce qui existe formellement c'est une structure de concurrence, avec un nombre élevé d'entreprises offrant et achetant de l'électricité, l'homogénéité de l'énergie électrique, la liberté d'entrée et de sortie, la libre fixation des prix et la régularité de l'information. Dans la réalité, au

⁴³⁹ G. Stigler, "Theory of economic regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971.

niveau du marché national, le degré de compétition entre les entreprises est plutôt bas, parce qu'elles sont peu agressives dans leurs stratégies de vente et jouissent d'une position commode sur leurs marchés respectifs. Au niveau du marché en cause régional, la rivalité est plus forte, mais elle ne dépasse pas un niveau moyen. Ce qui laisse à penser que si dans la théorie la concurrence existe, puisque les présupposés sont réunis, dans la pratique elle n'existe pas ou est incomplète.

Les tensions provoquent des coûts sociaux On a vu que toutes les défaillances du marché ne sont pas imputables à l'intervention de l'État : si celle-ci présente des défauts, la concurrence a aussi les siens. On ne peut pas non plus affirmer que la problématique centrale tourne autour de l'État - entrepreneur.

Bien que concurrence et intervention de l'État soient des principes constitutionnels *alliés* (mandat de la Constitution de 1991 et Lois 142 et 143), les tensions entre l'intérêt général que représente en principe l'État et l'intérêt particulier qui est présent dans l'exercice de la concurrence sont évidentes, chacun attribuant à l'autre toutes les défaillances, alors que les torts sont partagés, comme on l'a vu. Les coûts sociaux de ces tensions sont multiples : découragement de l'investissement privé, perte de légitimité des institutions, perte de confiance dans le modèle de concurrence dans la recherche des objectifs publics, risque pour l'État de consacrer à nouveau une part importante du budget national au secteur électrique.

- b. Face aux tensions, la proposition de solution de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle est plus adéquate pour la Colombie que celles présentées par la doctrine.

Ces tensions s'inscrivent dans un contexte de divergence des idéologies et des intérêts économiques qui accentue la problématique. Les courants

néolibéraux prônent la réduction du rôle de l'État et une libération accrue du marché : l'État a joué son rôle en introduisant la concurrence, il lui faut maintenant l'affiner, puis se retirer du marché. Ce sont les 'réformes de deuxième génération'⁴⁴⁰. Selon certains analystes, ces réformes visent en fait à consolider les thèses du Consensus de Washington, elles ne sont pas indispensables, à travers l'actuel modèle de concurrence il est possible de rencontrer les objectifs du service public, même si les expériences nationales et internationales montrent que cela n'est pas exactement le cas. D'autres courants défendent la poursuite de l'intervention de l'État, même si c'est au prix de l'efficacité économique. Au sein de cette tendance, il existe des variantes (différents degrés d'intervention), mais toutes admettent que l'intervention se fasse sans modulation dans et entre les objectifs publics, et donc acceptent les restrictions à la concurrence, quels qu'en soient les coûts.

Dans le panorama colombien actuel aucun courant ne propose une solution qui permettrait de réduire les coûts sociaux dus aux tensions dans le modèle. Le contexte de divergence lié à ces tensions n'est pas le plus propice pour relever le défi de rencontrer les objectifs du service public non encore atteints jusqu'ici. Par exemple, selon les prévisions des experts du DNP⁴⁴¹, à l'horizon 2019 le pays aura besoin de 88,6% d'investissement privé pour étendre la couverture du service électrique dans les zones interconnectées et 6% pour couvrir des zones non interconnectées, et l'investissement privé devra atteindre 76% pour atteindre une capacité de production garantissant l'approvisionnement. Selon les experts de la CEPAL⁴⁴² (Commission économique pour l'Amérique latine et la Caraïbe), l'investissement public et l'investissement privé sont et resteront nécessaires, mais pour cela, ajoutons

⁴⁴⁰ Les réformes de seconde génération sont un thème de grand débat, parce que l'on ne sait pas exactement quelles sont ces réformes qui vont être appliquées ou quelles sont les réformes nécessaires à mettre en oeuvre en Amérique latine. Chaque secteur de la doctrine présente sa vision de ce que doivent être les réformes de seconde génération.

⁴⁴¹ Département national du Plan.

⁴⁴² P. Maldonado et R. Palma, *op. cit.*, p. 77-80. La synthèse du document montre l'importance pour la sécurité du secteur électrique de l'investissement public et privé.

qu'il faudra améliorer les conditions d'intervention de l'État et celles de concurrence.

Les solutions de revenir à un modèle de l'État (monopole public) ou d'approfondir la libéralisation du marché vers la concurrence dépendent beaucoup des conditions politiques, sociales et économiques de chaque pays d'Amérique latine. Mais elles dépendront surtout de la manière dont seront reçues les expériences exogènes vécues dans d'autres pays où l'on a remis en cause les bontés du modèle de concurrence (modèle néolibéral) suite à la crise électrique de Californie et également où l'on remet en cause la sécurité du modèle de l'État de garantir à long terme l'approvisionnement ou la fourniture d'énergie électrique. Les solutions doivent également dépendre des principes de l'État social de droit qui, pour la plupart des pays d'Amérique latine comme en Colombie, prévoit un modèle d'économie mixte, ni excluant ni exclusif où il faut éviter les positions extrêmes et passer à des positions harmonieuses, comme l'a fait la Cour Constitutionnelle colombienne.

Nous voyons donc qu'en Colombie, la doctrine présente des positions extrêmes, alors que la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle propose, comme nous l'avons analysé ci-dessus, une position de conciliation et d'harmonisation déterminante pour l'organisation du marché de l'énergie électrique. Dans la jurisprudence, apparaissent des éléments de solution à la problématique exposée ci-dessus, sans faire prévaloir aucun des deux extrêmes, mais en les harmonisant. Cette harmonisation de la concurrence avec les pouvoirs d'intervention de l'État et les principes de service public se construit à partir de l'évolution de la ligne jurisprudentielle sur la concurrence et l'intervention de l'État dans les services publics contenue dans les jugements: C-398 de 1995, C-176 de 1996, C-616 de 2001, C-615 de 2002 et C-915 de 2002.

La Cour parvient à cette harmonisation après avoir mis en avant que la concurrence figurant à l'article 333 de la Constitution n'est pas un droit absolu

et qu'elle a ses limites dans d'autres valeurs et d'autres fins d'intérêt général, qui est matérialisé dans les principes du service public que l'État doit garantir sans éliminer la concurrence, mais en même temps, l'intervention de l'État qui impose ces limites a également ses propres limites en faisant prévaloir l'intérêt général, entre autres, ne peut pas violer le noyau essentiel de ce droit à la concurrence. Mais, comme nous l'avons annoncé ci-dessus, notre critique porte sur le fait que cet organisme de contrôle constitutionnel met sur un même plan toutes ces catégories sans définir clairement quelles sont les axes concurrents et quelles sont les fins où concourent les axes, et surtout il restreint ces fins à ce que l'on appelle des principes du service public, sans compter qu'il est changeant quant à sa dénomination et à sa définition.

Et bien, malgré nos critiques, nous construirons notre proposition de la convergence, à partir de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle sur l'harmonisation de la concurrence avec les pouvoirs d'intervention de l'État et les principes de service public, qui contribue à résoudre les problèmes du monopole public et les problèmes du modèle de concurrence (qui se traduit par la coexistence de l'intervention de l'État et de la concurrence).

II. LA CONVERGENCE EST UN RÉGIME QUI REPRÉSENTE L'HARMONISATION DANS LE MODÈLE DE LA CONCURRENCE D'ORGANISATION DU MARCHÉ DE L'ÉNERGIE ÉLECTRIQUE EN COLOMBIE.

Comme on peut le constater au point précédent dans l'analyse des deux modèles en vigueur d'organisation du marché de l'énergie électrique (modèle de monopole public et modèle de concurrence), après une décennie de vigueur de ces deux modèles depuis les années 90, les résultats s'éloignent beaucoup de la théorie et sont contradictoires.

Le modèle de monopole public satanisé par la théorie néolibérale avec des désavantages pour l'Amérique latine montre, au cours de cette période, certains avantages pour des pays comme le Mexique qui conserve toujours ce modèle. Ces éléments positifs nous font réemployer la soi-disant minimisation de l'intervention de l'État, mais en même temps, ces éléments négatifs nous obligent à introduire la concurrence afin que le secteur privé contribue aux charges et au financement à long terme requis par la prestation du service public de l'énergie électrique.

Mais, le modèle de concurrence, dont la théorie ne souligne que les avantages, montre, au fil du temps, certains inconvénients pour atteindre les objectifs sociaux, et ses résultats sont inespérés car l'idée d'éliminer la présence de l'État n'a pas été possible puisque le chemin obligatoire parcouru a été différent: celui de la coexistence de l'intervention de l'État et de la concurrence. Selon nous, le chemin obligatoire à suivre dans le cadre du modèle de la concurrence n'est pas la coexistence mais la convergence, de manière à ce que l'intervention de l'État, qui recherche l'intérêt général, et une concurrence, impliquant des intérêts privés, concourent vers les mêmes objectifs publics. Les problèmes de la coexistence ne sont pas résolus en reprenant le modèle de monopole public ou en accentuant la libéralisation du marché vers la concurrence, comme le propose la doctrine sans tenir compte des objectifs publics que l'on souhaite atteindre. La solution de certains juristes comme Bernal, qui propose l'application du principe de proportionnalité pour résoudre les tensions au sein de la coexistence, ne serait pas non plus la solution définitive car la coexistence n'oriente pas dans la même direction les deux clés de voûte du système de l'économie de marché mixte : l'intervention de l'État et la concurrence.

Le régime de la convergence qui est proposé est inspiré d'une position éclectique face à deux idéologies extrêmes d'organisation du marché de l'énergie électrique : les interventionnistes et les néolibéraux. Nous proposons

une voie garantissant les objectifs publics sans sacrifier l'intervention de l'État ni la concurrence. Dans son rapport "Reforming Infrastructure" de 2004⁴⁴³, la Banque Mondiale centre le débat sur l'équilibre entre efficacité économique et équité sociale. L'importance de l'enjeu est telle que Nemat Shafik, Vice-président de l'infrastructure de la Banque Mondiale ⁴⁴⁴ affirme:

Il faut une grande variété d'investissements en infrastructure, tant publics que privés, pour atteindre les objectifs de développement du millénaire ... Pour y parvenir, nous devons trouver les moyens de corriger la chute récente de l'investissement privé dans les infrastructures des pays en développement et en voie de développement. Ce rapport confirme que le retour des financements doit encourager les investisseurs. Néanmoins, il faudra toujours concéder des subsides bien conçus et fournir des systèmes de protection sociale orientés vers des objectifs spécifiques afin de s'assurer que les pauvres puissent profiter de cette plus grande efficacité obtenue et avoir accès à des services vitaux.

Or, Jaime Millan⁴⁴⁵ de la Banque Interaméricaine de Développement s'engage dans ce débat et propose également d'atteindre les objectifs d'efficacité économique et d'équité. Bien que la Banque Mondiale, de même que Millan à la BID, n'aille pas jusqu'à proposer la convergence, nous considérons que l'efficacité et l'équité sur le marché de l'énergie électrique ne seraient possibles qu'avec ce régime.

Sachant qu'il s'agit de proposer un régime, il convient tout d'abord de présenter les sources du droit qui le soutiennent. En second lieu, il faudra

⁴⁴³ F. Bourguignon, *Reforming Infrastructure-privatization, regulation and competition*, 2004, <<http://econ.worldbank.org/external/default/main?menuPK=477792&pagePK=64168092&piPK=>>

⁴⁴⁴ *Idem*.

⁴⁴⁵ J. Millan, *Entre el mercado y el estado. Tres décadas de reformas en el sector eléctrico de América Latina*. Washington D.C., Banque Interaméricaine de Développement. 2006, p. 305.

caractériser le régime, c'est-à-dire déterminer les attributs particuliers de la convergence qui s'inspirent à la fois des avantages et des désavantages des modèles en vigueur. Troisièmement, nous devons structurer le régime de la convergence qui définira que les objectifs publics sont le pilier, et que l'intervention de l'État et la concurrence, principes constitutionnels, sont les axes concurrents.

Bien que nous ayons tenu compte de certains éléments d'analyse économique, cette proposition est le fruit d'une réflexion nettement juridique. Notre approche sur le thème se différencie de celle des économistes car, bien que nous tenions compte des mêmes faits et des mêmes réalités économiques, notre analyse part de l'évolution de la pensée juridique cristallisée sur une théorie juridique sur l'État ⁴⁴⁶, sur le droit en tant que valeur ou fin ⁴⁴⁷, sur la théorie de la proportionnalité⁴⁴⁸, sur la théorie de l'harmonisation de biens constitutionnels et sur la théorie du noyau essentiel⁴⁴⁹. De sorte que l'argumentation sur la convergence se fait du point de vue de la rationalité juridique sans méconnaître la rationalité économique.

En conclusion de cette introduction, rappelons que la mise en oeuvre en Colombie du régime de la convergence ne requiert ni d'une réforme constitutionnelle ni d'une réforme légale. Il suffit que les autorités de régulation (le Parlement, le Président et la Creg) approuvent la convergence en tant que méthodologie de prises de décisions quant au service public de l'énergie électrique. Cette méthodologie conduirait à une pondération au sein des objectifs publics.

⁴⁴⁶ G. Ariño. *Principios de Derecho Publico Economico*, op. cit., p. 249 - 283.

⁴⁴⁷ M. Calvo. *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 7 - 21

⁴⁴⁸ C. Bernal, op. cit., p. 39-53.

⁴⁴⁹ J. Cárdenas. *La argumentación como derecho*, Institut de Recherches Juridiques. Mexique D.C. 2005, p. 151-154

A. Sources de droit du régime de la convergence

Dans le droit colombien, il existe des sources normatives qui servent de fondement pour structurer le modèle de convergence. Ces sources du droit sont: les traités internationaux et les normes communautaires, la Constitution, la loi et la jurisprudence.

Le seul traité international spécialisé en intégration électrique qui ait été signé en Amérique latine est le Traité Cadre du Marché Électrique d'Amérique centrale ⁴⁵⁰, les autres processus d'intégration énergétique ayant eu lieu dans le cadre des traités d'intégration générale, à savoir la CAN et le MERCOSUR. Conformément à ces traités, ont été émises respectivement la Décision andine 536⁴⁵¹ et le mémorandum d'entente relatif aux échanges électriques et à l'intégration électrique⁴⁵², en tant que normes communautaires applicables aux pays membres.

Le traité d'Amérique centrale ainsi que les normes communautaires de la CAN et du MERCOSUR encouragent l'organisation du marché intégré en concurrence et assignent des fonctions aux États. Malgré tout, un plus grand développement normatif sera nécessaire pour clarifier la portée de la concurrence et de l'État. C'est l'une des tâches qui restent à définir pour consolider l'intégration énergétique.

Du point de vue de la Constitution, dans la plupart des pays Amérique latine, l'État de droit est régi par un modèle d'économie mixte⁴⁵³, c'est-à-dire que les Constitutions politiques contiennent des vestiges des principes libéraux

⁴⁵⁰ *Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central*, El salvador, Centre de documentation judiciaire de la Cour de Cassation du Salvador, 1996, <<http://www.csj.gob.sv/convenios.nsf/ef438004d40bd5dd862564520073ab15/77d4ad659453a040062567f0059ec88?OpenDocument>>

⁴⁵¹ *Décision 536 de la Commission de la Communauté andine*, <www.comunidadandina.org/normativa/dec/d536.htm>

⁴⁵² Mercosur. CMC/DEC No 10/98.

⁴⁵³ A. Julio, *op. cit.*, p. 191.

et interventionnistes. Citons ci-après les Constitutions de la Colombie et du Mexique, objets de cette recherche.

Dans le cas de la Colombie, la Constitution de 1991 comprend un système économique mixte comprenant des principes libéraux, tels que la protection des droits de la propriété privée, le libre développement de la personnalité (chacun est libre de choisir un travail ou une profession), le droit à la libre association et le droit à la concurrence économique (l'activité économique et l'initiative privée sont libres dans les limites du bien commun). Par ailleurs, ce système renferme également des principes interventionnistes, à savoir que la direction générale de l'économie sera placée sous la responsabilité de l'État et que la loi délimitera la portée de la liberté économique (article 334). À ce sujet, la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle⁴⁵⁴ a signalé que "la Constitution n'a défini aucun modèle économique déterminé, exclusif ou excluant". Elle a également signalé que l'État social et démocratique est fondé sur un système d'économie mixte et un modèle d'économie sociale de marché. Cela signifie qu'il sera possible d'organiser dans notre pays les marchés selon un modèle interventionniste ou selon un modèle de concurrence. Mais il est également possible de les organiser selon un modèle de coexistence⁴⁵⁵ ou selon un modèle de convergence de l'État et de la concurrence, tel que nous le proposons pour organiser le service public de l'énergie électrique, étant donné qu'en dehors des bases Constitutionnelles signalées ci-dessus, l'article 365 de la constitution établit également les fondements de la convergence lorsqu'il précise que "les services publics seront soumis au régime juridique fixé par la loi, ils pourront être prêtés directement ou indirectement par l'État, par des entités communautaires organisées ou par des particuliers", une citation qui

⁴⁵⁴ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-398 de 1995, 7 septembre 1995, dossier D-865. Ce jugement a été réitéré par la Cour Constitutionnelle dans sa décision C-043 de 1998, du 5 août 1998, dossier N° D-1936.

⁴⁵⁵ F. Hurtado, *La iniciativa pública local en la actividad económica* Madrid. Civitas. 1994, p. 144 et C. Bernal Pulido, "El concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano", *Revista Letras Jurídicas*, 2005, vol 10 N° 1, p. 105. Cet auteur propose que le service public de l'énergie fonctionne selon deux conceptions coexistantes: l'état social et la libéralisation des services publics.

introduit la libéralisation des services publics comme le signale Montaña⁴⁵⁶ “libre accès à la prestation des services publics”. En outre, l'article 365 de la Constitution établit : “En tout cas, l'État devra assurer la réglementation, le contrôle et la surveillance de ces services”. On peut en déduire que les membres de l'Assemblée Constituante ont voulu l'existence d'une libéralisation du marché mais avec une intervention de l'État afin que celui-ci puisse garantir la prestation efficace des services publics à tous les habitants du territoire national.

Dans le cas du Mexique, l'État de droit est défini dans la philosophie de l'économie mixte⁴⁵⁷, et contenue dans les articles 25, 27 et 28 de la Constitution. Nous retrouvons les traces des principes libéraux dans la défense de la propriété privée et de l'interdiction des monopoles. À propos de l'État interventionniste, la Constitution dit que c'est l'État qui doit assumer la direction du développement national. En particulier, le traitement constitutionnel vis-à-vis du service public de l'électricité au Mexique est formalisé par la prédominance de l'intervention de l'État et par la dérogation de la concurrence, alors que dans le cas colombien, on reconnaît la coexistence⁴⁵⁸ en tant qu'expression de la initiative privée, c'est-à-dire de la liberté économique.

Dans ce sens, il faudrait que le cas du Mexique fasse une réforme Constitutionnelle comme celle envisagée par le gouvernement actuel qui opérerait, espérons-le, vers la convergence, alors qu'en Colombie il suffirait d'une interprétation théologique pour arriver au même résultat. En Colombie, les Lois 142 et 143 reconnaissent l'intervention de l'État et la concurrence comme une valeur juridique. On peut le constater dans l'article 2 de la Loi 142 et dans l'article 3 de la loi 143 qui sont structurés sur ces deux axes. Bien que Bernal⁴⁵⁹ ait interprété cette situation comme une coexistence, nous considérons que l'on

⁴⁵⁶ A. Montaña, *El concepto de Servicio Publico en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 95- 98.

⁴⁵⁷ J. Witker, *op. cit.*, p. 27- 28.

⁴⁵⁸ Cour Constitutionnelle Arrêt T-251 de 1993, 30 juin 1993, dossier T-10506.

⁴⁵⁹ C. Bernal, *El concepto de servicio publico domiciliario en el ordenamiento juridico colombiano*, *op cit*, p. 119.

pourrait structurer la convergence des axes ci-dessus mentionnés à partir d'une interprétation logique, systématique et théologique de ces normes.

Mais, en fin de compte, la jurisprudence colombienne est la principale source du modèle de la convergence car la Cour Constitutionnelle, sans baptiser ainsi le modèle d'organisation des services publics, fait appel à la thèse selon laquelle les principes de la concurrence et de la liberté d'entreprise doivent être en harmonie avec les pouvoirs d'intervention de l'État et avec les principes de services publics⁴⁶⁰.

Selon Bernal, la Cour Constitutionnelle reprend initialement l'idée de la coexistence⁴⁶¹. De même, Bernal déclare que cet organisme juridictionnel s'éloigne plus tard de la position précédemment décrite pour s'incliner vers la reconnaissance prépondérante de l'État social sur le principe de libéralisation des services publics. Ce changement apparaît clairement dans l'Arrêt C-398 de 1995 qui détermine que la concurrence ne peut pas être un droit absolu ni un obstacle à l'intervention de l'État pour atteindre les valeurs ou les fins qui lui sont propres, conformément au mandat de la Constitution ⁴⁶² elle-même. Selon nous, cette considération de la Cour donne une prépondérance à l'intervention de l'État vis-à-vis de la concurrence car, à partir de cette décision et d'une autre qui suivra⁴⁶³, cet organe judiciaire donne son aval à l'idée des restrictions à la concurrence de la part de l'État pour préserver les valeurs supérieures Constitutionnelles. Pour cela, il se base sur le fait que l'exercice de la concurrence appartient à la structure de l'État social et démocratique de droit et que ce principe se développe dans un système d'économie mixte et d'économie sociale de marché dans laquelle l'État existe pour corriger les inégalités sociales, issues des excès individuels ou collectifs. D'autant que les mandats de l'État social imposent de l'harmoniser avec le concept de fonction sociale.

⁴⁶⁰ Cour Constitutionnelle. Arrêt C-615 de 2002, 8 août 2002, dossier D-3881. Le premier arrêt en matière de services publics qui accepte l'harmonisation.

⁴⁶¹ C. Bernal, *El concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano*, op cit., p. 119

⁴⁶² Cour Constitutionnelle. Arrêt C-398 de 1995, 7 de septembre de 1995, dossier D-865

⁴⁶³ Cour Constitutionnelle. Arrêt C-616 de 2001, 13 juin 2003, dossier D-3279

Puis, la Cour arrive à une nouvelle doctrine dans l'Arrêt C-615 de 2002⁴⁶⁴ que nous avons appelée l'harmonisation des biens constitutionnels, car elle évoque l'harmonisation des principes de la concurrence et de la liberté d'entreprise avec les pouvoirs de l'intervention de l'État et les principes des services publics. Comme nous l'avons signalé ci-dessus, cette nouvelle doctrine jurisprudentielle est la source substantielle de notre proposition de la convergence face aux monopoles publics et aux tensions entre l'intérêt privé et l'intérêt public ou aux tensions entre la liberté économique et la prédominance de l'intérêt général sur le modèle de concurrence.

Sachant qu'il existe différentes sources de droit du régime de la convergente, il est important de souligner que les autorités de régulation devront utiliser ce régime comme méthodologie pour la prise de décisions dans ce marché.

Comme que nous l'avons indiqué ci-dessus, nous présenterons tout d'abord des contributions du régime de la convergence, puis, la structure du régime de convergence, et pour finir nous ferons une évaluation des défis du régime de convergence face aux processus d'intégration énergétique qui se déroulent actuellement en Amérique.

B. Contributions du régime de convergence

Tout en reconnaissant les avantages respectifs qu'offrent les deux modèles actuellement en vigueur, nous proposons ici le régime de convergence qui permettrait de pallier certains désavantages de chacun d'eux et qui s'adapte également aux processus d'intégration électrique suivis par les pays d'Amérique latine, objets de l'étude.

⁴⁶⁴ Cour Constitutionnelle. Arrêt C-915 de 2002, du 2 octobre 2002, dossier D-4014. et réitéré par l'Arrêt C-516 de 2004, du 25 mai 2004, dossier D-4998.

Avant d'analyser chacune de contributions de la convergence dans le modèle en vigueur, il est nécessaire de faire un préambule pour écarter certaines caractéristiques générales de la convergence. En effet, ce modèle pourrait coexister avec toute forme de gouvernement de gauche ou de droite, car les gouvernements de gauche qui privilégient l'intervention de l'État ne restreindraient pas la concurrence en termes absolus, et les gouvernements de droite qui privilégient les libres marchés et la concurrence ne limiteraient pas l'intervention de l'État pour respecter les objectifs publics sociaux. En outre, signalons clairement que la convergence aide à organiser le marché de l'énergie électrique, fondé sur des objectifs publics. Dans la pratique, elle résout l'incertitude sur les affaires d'intérêt général qui doivent être consultées, sur la base des situations réelles de chaque pays.

Il est possible de résoudre les problèmes dérivés du modèle de la concurrence par la convergence car celle-ci facilite l'équilibre entre la concurrence, les pouvoirs d'intervention de l'État et les objectifs du service public. Cette position nous conduit indiscutablement à une harmonie entre l'intérêt général et les droits des particuliers, ainsi qu'à l'équilibre entre la libéralisation du marché et l'intervention de l'État.

Voyons donc, dans un premier temps, comment le régime de la convergence harmonise des biens juridiques constitutionnels vers les mêmes objectifs publics, ensuite, et comment on peut réduire les tensions, puis comment on peut minimiser les coûts sociaux du modèle par le régime de la convergence.

1. Harmonisation des principes ou des biens constitutionnels vers les mêmes objectifs publics.

La convergence fait que les principes ou les biens constitutionnels, comme l'intervention de l'État et la concurrence, existent, mais aussi que ceux-ci

s'orientent et concourent vers les mêmes fins. Le concours vers les mêmes fins élimine la divergence, donne une sécurité juridique et surtout garantit la légitimité institutionnelle. Il est possible que la convergence permette d'aboutir aux mêmes objectifs d'autres principes ventilés comme la *confiance légitime* et que, pour Juan José Arango⁴⁶⁵, le secteur énergétique se manifeste dans les exigences de la bonne foi aussi bien pour l'administration que pour les administrés. Néanmoins, malgré ce louable apport du principe de la confiance légitime, nous pensons que celui-ci s'oriente exclusivement à donner un comportement de conduite loyale et honnête à l'administration publique et ne donne aucune orientation précise à la conduite des particuliers sur le marché, dans l'exercice de leurs libertés économiques, et ne donne aucune orientation précise aux conduites des particuliers dans le cadre du marché de l'exercice de leurs libertés économiques.

Pour en revenir à la convergence, il faut bien préciser que celle-ci évite de donner des postures absolues de préférence d'un bien constitutionnel face à un autre, étant donné que ce qui est important, ce n'est pas de voir *per se* les principes ou les biens constitutionnels mais, en particulier, les fins ou les objectifs publics où ils concourent, surtout si les objectifs publics sont acceptés en commun, car elle renforce son harmonisation.

Enfin, comme nous le verrons ci-après, les tensions se réduisent suite à cette harmonisation garantie dans un régime de convergence.

2. *Réduction des tensions entre l'intérêt public et l'intérêt privé*

La convergence contribue à réduire les tensions entre l'intérêt privé et l'intérêt public, sans toutefois ne jamais les éliminer, car ces tensions seront toujours présentes du fait de la dynamique qui existe entre l'intervention de

⁴⁶⁵ J. Arango, " Confianza legítima, o una expectativa racional en los proyectos de inversión del sector eléctrico, regulacion eléctrica estudio jurídico", *Regulación Eléctrica Estudio Jurídico*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, p. 88.

l'État et la concurrence. La convergence garantit une réduction des tensions et assure que celles-ci n'affectent pas le fonctionnement normal du marché dans l'atteinte des objectifs publics. Ceci est possible en corrigeant les défauts aussi bien de l'intervention de l'État que de la concurrence. En général, ces défauts peuvent être corrigés si l'État intervient conformément aux règles de la concurrence et aux objectifs publics, et si, en même temps, la libéralisation du marché vers la concurrence permet d'atteindre en particulier les objectifs sociaux et en général, l'intérêt public, tel que nous l'expliquerons plus en avant. Ainsi, la convergence réduit les tensions mais elle ne les élimine pas et ces conflits sont résolus sur la base du principe de proportionnalité comme le propose Bernal.

Dans ce contexte, on se demande comment la convergence pourrait aider à corriger certaines failles de l'intervention de l'État et de la concurrence qui produisent des tensions. La réponse a déjà été formulée auparavant, mais il est néanmoins important de préciser certains aspects.

En effet, dans le cas des corrections des failles de l'intervention de l'État, la convergence peut contribuer :

En premier lieu, à ce que l'État intervienne en fonction des objectifs publics tel que l'a établi la Cour Constitutionnelle dans l'Arrêt C 150⁴⁶⁶, ce qui offrirait une plus grande certitude juridique, d'autant que l'on connaîtrait avec transparence le pourquoi et le comment du fondement de ses décisions. Si les décisions de l'État sont fondées sur ces objectifs, alors toute possibilité d'illégitimité et surtout d'influences idéologiques conjoncturelles est écartée. C'est - à - dire que l'on disposerait d'un mécanisme structurel pour prendre des décisions transcendantales sur le marché de l'énergie électrique liées aux objectifs publics. Le contraire provoquerait un désordre social ou une désorientation ou une improvisation qui découragerait, entraînerait une

⁴⁶⁶ Cour Constitutionnelle, Arrêt C- 150 de 2003, du 25 février 2003, dossier D-4194

incertitude, une méfiance et on agirait sans but. C'est pourquoi nous insistons sur le fait que l'intervention de l'État doit être modulée sur les objectifs publics en suivant les lignes directrices de la Cour Constitutionnelle colombienne.

En deuxième lieu, à ce que l'État n'aille pas au-delà de ses limites, car sa limite parvient jusqu'au noyau essentiel de la concurrence⁴⁶⁷ qui est l'autre axe convergent, ce qui conduit à ce que l'État calcule le coût des restrictions de la concurrence afin que tous les citoyens sachent à combien revient l'établissement ou le maintien des restrictions de la concurrence. Cette proposition suit les recommandations du Tribunal espagnol de la Défense de la Concurrence pour l'organisation des services publics dans ce pays⁴⁶⁸, mais qui sont également utiles dans le contexte latino-américain. Les citoyens ont le droit constitutionnel d'être informés sur le calcul du montant des revenus extraordinaires obtenus par les bénéficiaires de ces restrictions et sur la destination de ces revenus. La connaissance et la transparence de ces restrictions permettraient un meilleur débat quant à leur justification dans un rapport coût-bénéfice. Au cas où ces restrictions seraient requises, malgré leurs effets restrictifs sur la concurrence, elles seraient justifiées dans la mesure où les revenus extraordinaires perçus par les bénéficiaires seraient reflétés dans des avantages sociaux. Apparemment, il semblerait facile d'atteindre ces objectifs, mais en réalité, il n'existe pas de formule générale, il faudrait analyser au cas par cas lorsqu'on se trouve face à ces hypothèses.

Dans le cas des corrections des défauts de la concurrence, la convergence fait que cette liberté économique touche non seulement l'intérêt privé ou les droits individuels des entreprises qui exercent ce droit, mais qu'elle prend également en compte l'intérêt général ou l'intérêt particulier qui doit être garanti. Ainsi, la concurrence orientée et vers l'intérêt public doit bénéficier les usagers. En conséquence, l'idéal est que les entreprises développent leur

⁴⁶⁷ Voir Cour Constitutionnelle, arrêt C-615 de 2002 8 d'août 2002, dossier D-3881. Dans ce jugement, la Cour établit comme limite de l'intervention, les droits essentiels de la liberté d'entreprise et de la libre concurrence en matière de services publics.

⁴⁶⁸ Tribunal espagnol de Défense de la Concurrence, *op cit*, p. 53

stratégie sans encourir dans des conduites restrictives de manière à bénéficier les usagers. Néanmoins, tel que cela a été démontré dans le modèle de concurrence, certaines pratiques réalisées vont au-delà de ces finalités. Face à cette situation, il existe, en effet, plusieurs manières de corriger ces situations qui portent atteinte au fonctionnement normal du marché. Or, c'est à l'État qu'il appartient d'effectuer cette tâche puisqu'il a été démontré que le secteur privé ne se réglemente pas par lui-même sur ces aspects.

Il est important de souligner que la concurrence permettra d'atteindre les objectifs publics dans la mesure où il existera une plus grande rivalité entre les entreprises et que celles-ci s'engageront à améliorer leurs prestations, c'est-à-dire à avoir des avantages concurrentiels avec de meilleures prestations, de meilleurs services et non pas à travers d'avantages obtenus par des pratiques restrictives ou comme groupe de pression face à l'autorité régulatrice, car dans ces cas les entreprises ouvriraient la porte au désordre économique. L'idéal, c'est que les entreprises se réglementent elles-mêmes afin d'éviter cet état de choses. Si elles ne le font pas, c'est l'État, en sa qualité d'autorité politique, qui devra faire imposer l'ordre, tout en respectant les éléments minimums d'existence de la concurrence.

Enfin, on peut en conclure que la convergence contribuera à réduire les tensions, ce qui conduit à la diminution des coûts sociaux comme nous le verrons ci-après.

3. *Diminution des coûts sociaux*

Compte tenu de la situation économique et politique des pays qui ont mis en oeuvre le modèle de concurrence, en particulier la situation colombienne, les coûts sociaux ne peuvent en aucun cas dépasser les bénéfices actuels. Nous insistons sur le fait que la réduction des tensions aurait comme effet de diminuer les coûts sociaux signalés ci-dessus, cette réduction des

tensions n'étant possible que si les secteurs public et privé se tournent vers les mêmes objectifs.

La minimisation des coûts sociaux garantirait un flux régulier d'investissement public et privé destiné au secteur de l'énergie électrique, une confiance mutuelle pour atteindre les objectifs publics, une légitimité des institutions créées pour organiser le marché de l'énergie électrique.

Ainsi, l'organisation actuelle du marché de l'énergie électrique peut générer des coûts sociaux, c'est pourquoi nous proposons un changement de régime. L'idéal serait donc de mettre en place le régime de convergence qui implique de faire des ajustements pour placer l'intérêt général et l'intérêt privé dans une même direction.

Avant de passer au point suivant, il est important de préciser que le succès des contributions de la convergence que nous avons analysées dépend des conditions sociales, économiques et politiques de chaque pays.

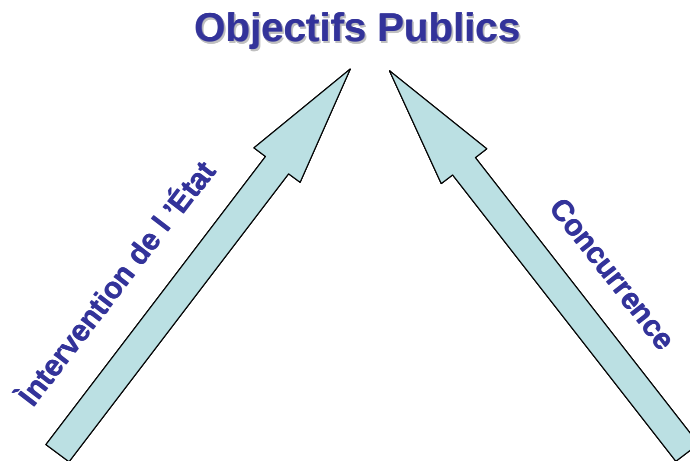
C. Structure du régime de convergence

Une fois présentées les différentes contributions de la convergente, voyons quelle est leur structure. Celle-ci est fondée sur la doctrine Constitutionnelle de l'harmonisation des principes de la concurrence avec les pouvoirs d'intervention de l'État et les principes des services publics (objectifs publics), développée comme nous l'avons déjà indiqué depuis l'Arrêt C- 615 de 2002 et réitérée par des arrêts postérieurs.

Mais cette harmonisation de biens constitutionnels ou de principes évoqués par la Cour Constitutionnelle colombienne n'est possible que, dans le service public de l'énergie électrique, que par la convergence où l'intervention de l'État et la concurrence, en tant qu'axes du système économique, doivent

concourir vers les mêmes objectifs publics. Cette prémisse fondamentale de la structure de la convergence peut être représentée de la manière suivante, dans la figure 3.

Figure 3 : Objectifs finals de la convergence



On peut constater que les objectifs publics se trouvent au sommet comme un pilier ou comme un fin à atteindre. Les pouvoirs d'intervention de l'État et la concurrence sont des axes qui convergent vers les mêmes objectifs publics. Le concours des axes vers ces objectifs serait possible grâce au régime de convergence. En outre, on pourrait atteindre les objectifs publics sans sacrifier pour autant aucun des deux axes constructeurs du modèle d'économie mixte.

Pour construire la convergence, nous nous appuyons, en dehors de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle, sur la doctrine juridique privée qui comprend la théorie du droit orientée aux fins développées par Calvo⁴⁶⁹ ; la doctrine d'harmonisation des exigences d'État social avec le système d'économie de marché défendue par Rivero⁴⁷⁰ ; la théorie de la pondération et de la

⁴⁶⁹ M. Calvo García, *op. cit.*

⁴⁷⁰ R. Rivero Ortega. *Introducción al Derechos Administrativo Económico*. Ratio Legis. Salamanca 1999, p. 52

proportionnalité employée par Bernal⁴⁷¹ pour analyser, dans le cas de la Colombie, l'intervention de l'État dans les droits fondamentaux ; la proposition d'Alberto Montaña⁴⁷² sur les libertés (libre entreprise et libre concurrence) et l'intervention de l'État, qui considère ces biens constitutionnels comme des moyens permettant d'atteindre les finalités publiques. Enfin, nous nous sommes également fondés sur la théorie des droits essentiels et celle de l'harmonisation des biens constitutionnels étudiés par J. Cárdenas⁴⁷³.

La doctrine sur le droit orientée vers les valeurs propose de passer de la rationalité formelle à la rationalité matérielle, où l'efficacité du droit n'est pas définie par le respect ou non des règles mais par l'obtention de résultats ou la réalisation des objectifs. Cette théorie sociologique du droit, orientée vers les valeurs, est ébauchée comme nous l'avons déjà dit par Manuel Calvo García⁴⁷⁴ qui part de la conception de Bobbio des fonctions promotionnelles du droit. En effet, pour Calvo García le droit doit chercher, développer, promouvoir et assurer certaines valeurs et certains intérêts sociaux. C'est précisément là où est justifiée l'existence du droit et c'est pour cela que nous partageons pleinement cette théorie car le système juridique doit être conçu pour aboutir à des fins, à des valeurs et à des objectifs sociaux, et son efficacité doit se mesurer en termes de réussites de ces objectifs.

Une fois cette théorie appliquée à cette thèse, nous pouvons affirmer que l'intervention de l'État et la concurrence doivent être justifiées dans la mesure où elles tendent à réaliser ces valeurs ou ces objectifs. Il est important de souligner, et c'est une critique pour les idéologies interventionnistes et néolibérales, que ni l'intervention de l'État ni la concurrence ne se justifient *per se*, elles se justifient par rapport à l'accomplissement des objectifs que nous avons si souvent mentionnés. C'est pourquoi nous avons évalué les modèles d'organisation des marchés de l'énergie électrique sur la base de l'atteinte des

⁴⁷¹ C. Bernal, *El derecho de los derechos*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 66.

⁴⁷² A. Montaña, *op. cit.*, p. 77-86

⁴⁷³ J. Cárdenas, *op. cit.*, p. 133 y 135

⁴⁷⁴ M. Calvo García, *op. cit.* p. 27-33

objectifs publics. Néanmoins, il est clair que ces objectifs ne pourraient pas être réalisés à n'importe quel coût social, et surtout pas en sacrifiant la concurrence ou l'intervention de l'État.

C'est également dans ce sens que se prononce Alberto Montaña⁴⁷⁵ pour qui les libertés économiques (liberté d'entreprise et libre concurrence) ne peuvent pas être considérées comme opposées aux finalités publiques. Cet auteur pense que c'est tout le contraire, qu'elles font partie des impératifs pour atteindre ces finalités. À propos de l'intervention de l'État sur l'économie, il affirme que c'est un moyen d'atteindre les finalités publiques et non une fin en soi. Nous sommes totalement d'accord avec cet auteur, à savoir que les deux biens constitutionnels sont des moyens pour atteindre des finalités publiques et non une fin.

La doctrine de l'harmonisation des exigences de l'État social avec un système d'économie de marché sert de fondement, comme l'indique Rivero⁴⁷⁶, à l'interprétation du modèle économique constitutionnel d'une manière intégrale et nous rapproche de ce que nous avons appelé convergence, et qui, précisément, se trouve dans le syncrétisme du modèle d'économies mixtes figurant dans les Constitutions politiques. Enfin, cette doctrine permettra de construire également notre théorie de la convergence sur le marché de l'énergie électrique.

Or, le principe méthodologique de la proportionnalité adopté par la Cour Constitutionnelle⁴⁷⁷ comme méthode de résolution de conflits entre principes est utile pour la structuration et le dessin de notre proposition de convergence, car il contribue à résoudre les tensions entre les principes

⁴⁷⁵ A. Montaña, *op. cit.*, p 78, 79 y 86

⁴⁷⁶ R. Rivero, *op. cit.*, p. 23,24 y 52

⁴⁷⁷ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-022 de 1996, du 23 janvier 1996, dossier N° D-1008. Dans cet arrêt, le principe de proportionnalité est accepté dans la jurisprudence Constitutionnelle.

constitutionnels⁴⁷⁸ ou des biens constitutionnels antagonistes (l'intervention de l'État et la concurrence), sans sacrifier ni exclure aucun des deux, puisque ce sont des principes ou des valeurs qui se trouvent sur un plan d'égalité dans la Constitution et dans la Loi. De même pour résoudre la collusion entre objectifs publics.

Les travaux de recherche sur le principe de proportionnalité nous indiquent deux voies: la théorie classique du principe de proportionnalité et la doctrine de la Cour Constitutionnelle sur la rationalité et la proportionnalité. La théorie classique du principe de proportionnalité permettrait de résoudre le conflit entre les différents objectifs publics en vue de choisir le plus prépondérant d'entre eux, alors que la doctrine de la Cour Constitutionnelle colombienne permettrait de résoudre les tensions en cherchant un équilibre des objectifs, ce qui signifie que ce n'est pas nécessairement l'objectif le plus prépondérant qui devrait primer. Ces deux options nous semblent utiles bien qu'elles ne soient pas des formules générales.

En conclusion, sur la base de l'Arrêt C- 615 de 2002 et de la doctrine juridique indiquée, nous avons construit notre thèse de la convergente comme un régime qui offre du point de vue juridique la possibilité d'avancer vers la réalisation des objectifs publics. En outre, la convergente serait un mécanisme qui empêcherait une intervention de l'État opportuniste⁴⁷⁹.

Afin de rester fidèle à la représentation graphique du régime de convergence, nous présentons tout d'abord l'intervention de l'État et la concurrence comme axes convergents, puis nous expliquerons les objectifs publics qui se trouvent au sommet, comme un concept précis de l'intérêt général.

⁴⁷⁸ C. Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit, p. 587. Conformément aux arguments de C. Bernal l'intervention de l'État et la libre concurrence seraient des principes *prime facie*.

⁴⁷⁹ J. Millán. *Entre el Mercado y el Estado. Tres décadas de reformas en el sector eléctrico de América Latina*. op. cit., p. 305. Cet auteur présente comme un défi vers l'avenir le dessin d'un mécanisme qui encourage l'engagement de non-intervention opportuniste sur le marché.

1. *L'intervention de l'État et la concurrence comme axes concourants ou convergents.*

Nous partageons l'opinion de Rivero⁴⁸⁰ lorsqu'il signale que le débat ne consiste pas à savoir si l'État doit ou non intervenir. Il s'agit de savoir sous quelle intensité, selon quelles modalités et selon quel degré d'efficacité en matière d'objectifs aura lieu l'intervention de l'État, et surtout si celle-ci pourra se faire à un moindre coût. De la même manière, et bien que Rivero n'y fasse pas référence, le débat sur la concurrence ne se pose pas, puisqu'il s'agit plutôt de savoir quelle est sa portée au sein du marché et si elle permettra d'atteindre les objectifs tracés par la Constitution et la Loi, évidemment à un moindre coût.

Alors, partant de la prémisse que l'intervention de l'État et la concurrence doivent exister dans notre organisation politique, sociale et économique, la réalité a conduit à ce que ces catégories juridiques soient reconnues par la Constitution. Ainsi, la Constitution colombienne de 1991 établit que "la libre concurrence est un droit accordé à tous les citoyens mais qui implique des responsabilités" et que "la direction de l'économie sera à la charge de l'État". Ces deux préceptes sont la clé de voûte du système d'économie mixte qui opère dans la plupart des pays d'Amérique latine et c'est ainsi que l'a admis la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle⁴⁸¹ colombienne. De sorte qu'on ne peut pas recevoir les idéologies qui tendent les unes vers la disparition des différentes modalités d'intervention de l'État⁴⁸² et les autres vers la dérogation et la restriction de la concurrence⁴⁸³, pour deux raisons fondamentales: la première, parce que ce sont des conquêtes issues des transformations de l'État et du marché; la seconde parce que ce sont des principes constitutionnels ou

⁴⁸⁰ R. Rivero Ortega, *op. cit.* Cet auteur espagnol exprime sa pensée sur l'intervention de l'État comme suit: " Il ne s'agit pas seulement d'intervenir, mais d'intervenir mieux et à un moindre coût"

⁴⁸¹ Cour Constitutionnelle. Arrêts C-398 de 1995, 7 septembre 1995, dossier D-865 et C-616 de 2001, 13 juin 2003, dossier D-3279. Il est clairement établi dans ces Arrêts que le modèle économique figurant dans la constitution colombienne est un système d'économie mixte.

⁴⁸² Position de l'idéologie néolibérale en Amérique latine.

⁴⁸³ Position de l'idéologie qui défend le monopole public.

biens constitutionnels auxquels il faudra donner une catégorie et une valeur juridique.

Nous pensons comme Alberto Montaña⁴⁸⁴ que l'intervention de l'État ainsi que la concurrence sont des moyens pour atteindre des buts ou des finalités publiques, et sous cet angle, ce sont les axes qui doivent concourir vers les mêmes objectifs car ni la seule intervention de l'État ni la seule concurrence ne permettent d'atteindre efficacement les objectifs. En réalité, les deux axes sont les instruments les plus aptes et les mieux indiqués pour atteindre ces objectifs, mais ils ne sont pas suffisants. En effet, il faut qu'ils convergent, c'est-à-dire qu'ils regardent dans la même direction comme l'indique la figure du triangle. A titre d'exemple, la qualité et la baisse des prix sont deux objectifs sur lesquels l'intervention de l'État et la concurrence coïncident pleinement par nature. En revanche, il en existe d'autres qui ne coïncident pas par essence mais qui néanmoins doivent être atteints. Le bien-être général est possible si les axes sont disposés de manière à converger vers les mêmes objectifs.

Après cette brève introduction, nous allons d'abord développer pourquoi ces axes convergents sont des principes constitutionnels ou des biens constitutionnels, c'est-à-dire pourquoi ils sont la clé de voûte du système économique mixte; ensuite, nous définirons les conditions juridiques requises pour que ces axes soient concurrents ou convergents et enfin, on indiquera comment devrait être la modulation entre les axes pour atteindre les objectifs publics.

a. Les axes convergents comme principes ou biens constitutionnels

Les axes convergents, l'intervention de l'État et la concurrence sont des principes constitutionnalisés, tel que le reconnaissent Alexei Julio et Carlos

⁴⁸⁴ A. Montaña, *op. cit.*, p 78, 79 y 84.

Bernal⁴⁸⁵. Pour le premier auteur, on trouve, parmi les principes de nature libérale, la libre concurrence et la libre entreprise. Au sein des principes interventionnistes, on trouve le principe que la direction de l'économie sera placée sous la responsabilité de l'État (intervention de l'État). Pour le second auteur, ce serait des normes - principes, ou des normes fondamentales de principes, qui ne s'appliquent pas par la voie de l'élimination des principes, étant donné qu'elles contiennent un *doit être idéal*, contraire au *doit être réel* que possèdent les règles juridiques.

Du point de vue de la jurisprudence Constitutionnelle, nous pourrions dire que la Cour Constitutionnelles conçoit également les axes convergents comme des principes les tensions entre ces principes peuvent être résolues par des critères de raisonabilité, la théorie du noyau essentiel du droit et la proportionnalité qui sont des méthodes applicables lorsqu'il se présente une antinomie de principes.

Quant à la concurrence comme principe, la Cour Constitutionnelle a déclaré:

La concurrence est un principe structurel de l'économie sociale de marché qui ne cherche pas seulement à défendre les intérêts particuliers des entrepreneurs qui interagissent sur le marché, mais qui cherche également à protéger l'intérêt public matérialisé dans le bénéfice obtenu par la communauté d'une plus grande qualité et de meilleurs prix des biens et des services issus d'une saine concurrence.

À propos de l'intervention de l'État dans l'économie, la Cour s'est également prononcée en 1994, comme suit:

⁴⁸⁵ C. Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 587- 589.

En effet, d'un côté la Constitution établit une économie sociale de marché dirigée, puisqu'elle reconnaît génériquement que l'initiative privée et l'activité économique sont libres (C.P art 332), mais elle établit, également globalement, que "la direction générale de l'économie sera placée sous la responsabilité de l'État" (C.P art 333)...

D'où alors que la direction générale de l'économie a charge de l'État est un autre principe constitutionnel de l'économie de marché. Ainsi, comme on peut le constater, du point de vue de la doctrine juridique et de la jurisprudence Constitutionnelle, l'intervention de l'État et la concurrence seraient des principes constitutionnels servant de ciment ou de fondement pour l'organisation du système d'économie mixte. En étant des principes constitutionnels, leurs antinomies sont résolues par les critères méthodologiques de la pondération et de la proportionnalité comme nous le verrons ci-après.

b. Conditions requises pour que les deux axes soient concurrents

Compte tenu de ce qui vient d'être énoncé, il faut maintenant définir les conditions requises pour que l'intervention de l'État et la concurrence soient des axes concurrents. Pour cela, nous réviserons le thème depuis la jurisprudence colombienne. Mais avant cet examen, il faut préciser que la Constitution colombienne n'a pas choisi de modèle économique déterminé, exclusif et excluant, conformément à la doctrine Constitutionnelle⁴⁸⁶. Si nous partons du principe que le modèle est un modèle d'économie mixte, alors il faut dire que les axes du système économique sont d'un côté, l'intervention de l'État et de l'autre, les droits de propriété privée et la liberté économique, cette dernière comprenant, conformément à l'Arrêt C-616 de 2001⁴⁸⁷, la liberté d'entreprise et la libre concurrence. C'est précisément ce que les réformes Constitutionnelles de

⁴⁸⁶ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-398 de 1995, 7 septembre 1995, dossier D-865.

⁴⁸⁷ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-616 de 2001, du 23 juin 2001, dossier D-3279.

la Constitution de 1886 et la Constitution de 1991 ont cherché à établir pour l'organisation de la société⁴⁸⁸.

Bien que le modèle économique permette le directionnement du marché soit vers des tendances libérales soit vers des tendances interventionnistes⁴⁸⁹, nous pensons que la convergence de l'intervention de l'État et la concurrence du marché de l'énergie électrique se trouvent dans le syncrétisme du modèle d'économie mixte qui permet d'harmoniser les exigences des deux axes concurrents. Si le modèle était un modèle de l'État libéral ou d l'État interventionniste pur, la convergence ne serait pas possible, mais dans un cadre mixte, notre proposition est bien réalisable. En outre, dans les conditions actuelles de l'Amérique latine, les deux axes de l'économie mixte sont indispensables. Il n'y a presque plus de doctrine qui défende l'existence de la concurrence sans l'État ou la présence de l'État sans libre la concurrence⁴⁹⁰, dans les secteurs d'infrastructure comme l'énergie électrique. La doctrine qui prédomine aujourd'hui est plutôt celle de l'alliance de l'État et du marché⁴⁹¹.

C'est donc dans ce contexte que nous développerons les conditions requises des deux axes.

- 1) Conditions requises pour que l'intervention de l'État soit un axe de convergence sur le marché de l'énergie électrique

La Cour Constitutionnelle, en limitant l'intervention de l'État, a défini, selon nous, les conditions requises pour que l'intervention de l'État soit un axe convergent dans les services publics. En effet, dans l'Arrêt C- 615 de 2002⁴⁹² qui

⁴⁸⁸ G. Perry Rubio. "Estado y sector privado en la Constitución de 1991", *Constitución Económica Colombiana*, Bogotá D.C. 1996, p. 126.

⁴⁸⁹ G. Ariño. *Derecho de la Competencia en sectores regulados: Fusiones y Adquisiciones*, Granada. Comares, 2000, p. 193 - 199, p. 128 -129.

⁴⁹⁰ Dans la doctrine non juridique, on parle d'État et de marché, par exemple J. Millan et J. Ospina

⁴⁹¹ J. E. Sierra, "Reformas de segunda generación", *Diario La República*, 2006.

⁴⁹² La Cour Constitutionnelle systématise dans l'Arrêt C- 615 de 2002, 8 août 2002, dossier D-3881 ces limites que nous appelons des conditions requises de l'intervention de l'État de plusieurs arrêts précédents, créant ainsi selon nous, une ligne jurisprudentielle sur les limites de l'intervention de l'État.

a été analysé ci-dessus, la Cour a appliqué ces limites en matière de services publics. Il est important de souligner que ce critère a été réitéré dans les Arrêts C-974 de 2002, C-516 de 2004 et C-623 de 2004.

On peut déduire de ces arrêts la reconnaissance des limites de l'intervention de l'État qui devient l'élément déterminant de l'existence de ce préalable de plusieurs conditions pour qu'il devienne un axe convergent. Ces conditions sont les suivantes:

Une première condition serait celle de la réserve de loi. Ce mécanisme garantit que l'intervention se fasse par mandat légal, c'est-à-dire qu'une loi parlementaire doit toujours intercéder. La réserve de loi dans le service public de l'énergie est établie dans les articles 365 et 150 alinéas 23 de la Constitution.

Une autre condition serait que l'intervention de l'État respecte le noyau essentiel des libertés objet de limitation (libre concurrence, liberté d'entreprise)⁴⁹³. En effet, il s'agit là de l'un des progrès majeurs de la jurisprudence colombienne⁴⁹⁴ car il permet la pondération entre la primatie de l'intérêt général et la liberté économique. Le noyau essentiel de la liberté d'entreprise se trouve dans la non -élimination de l'initiative privée. Dans la concurrence, ni la jurisprudence ni la doctrine n'ont défini le sens du noyau essentiel; néanmoins, l'Arrêt C-616 de 2001⁴⁹⁵ donne quelques indices: Que les agents du marché puissent exercer une activité économique libre, avec les exceptions et les restrictions que maintient l'État sur des activités particulières; que les agents concurrents puissent offrir librement, dans le cadre de la loi, les conditions et les avantages commerciaux qu'ils considèrent opportuns; et, que les consommateurs ou les usagers soient libres de contracter avec l'un quelconque des agents offrants, les biens ou les services qu'ils requièrent.

⁴⁹³ On entend par noyau essentiel *"le domaine nécessaire et irréductible protégé par le droit"*.

⁴⁹⁴ ⁴⁹⁴Cette soumission au noyau essentiel des droits provient de Cour Constitutionnelle. Arrêt T-291 de 1994, 22 juin 1994, dossier T-30517 et elle est recueillie en matière de service public dans l'Arrêt C- 615 de 2002, 8 août 2002, dossier D-3881.

⁴⁹⁵ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-616 de 2001, du 23 juin 2001, dossier D-3279.

Mais il semblerait que ces conditions, selon la manière dont elles sont présentées dans l'arrêt, ne soient pas essentielles car elles sont soumises à des exceptions et à des restrictions. C'est pourquoi nous pensons que la libre entrée, l'égalité compétitive, la libre détermination des prix, la liberté de l'usager de choisir son prestataire et la pluralité des entreprises sont plutôt le domaine nécessaire et irréductible que le droit positif devrait protéger, car ces principes constituent les garanties minimales à l'existence de la concurrence. En conséquence, bien que ce soit l'intérêt général qui prime, ces principes garants de la liberté de concurrence doivent toujours être respectés, en d'autres termes, ils ne peuvent pas être restreints arbitrairement et leur exercice ne peut pas être interdit.

Une troisième condition serait que l'intervention de l'État obéisse à des principes et à des objectifs expressément inscrits dans la Constitution et dans les lois en matière de services publics, c'est-à-dire que les décisions de l'État sont limitées aux principes, aux fins ou aux objectifs publics tracés par le service public.

Puis, une quatrième condition serait que l'intervention de l'État réponde à des critères de raisonnable et de proportionnalité, des critères développés par la jurisprudence Constitutionnelle pour pondérer l'application de principes⁴⁹⁶. Nous reviendrons plus tard sur cet aspect.

Enfin, une cinquième hypothèse serait que les sujets publics et privés soient soumis à cette intervention, dont le rôle serait d'homologuer les opérateurs publics et privés en tant que concurrents⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Ces principes méthodologiques sont appliqués depuis la Cour Constitutionnelle Arrêt T-291 de 1994 juin 1994, dossier T-30517 et l'Arrêt C-398 de 1995, 7 septembre 1995, dossier D-865 et sont repris en matière de services publics par l'Arrêt C-615 de 2002, 8 août de 2002, dossier D-3881.

⁴⁹⁷ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-318 de 1994, 14 juillet 1994, dossier D-458. Cet arrêt résout un problème juridique en matière de services publics sur l'égalité des entreprises publiques et privées, et a été réitéré par les Arrêts, C-352 de 1998, 15 juillet 1998, dossier D-1898 et C-974 de 2002, 13 novembre 2002, dossier D-4025

De sorte que l'État devrait satisfaire à toutes ces conditions pour être un axe convergent, c'est-à-dire que l'État devrait déployer une activité visant à favoriser l'accomplissement des prérogatives inhérentes à la libre initiative et à la libre concurrence, ainsi qu'à la protection de l'intérêt public tel que le stipule la Cour Constitutionnelle⁴⁹⁸.

La concurrence en Colombie se développe au sein d'une économie sociale de marché, dans laquelle fonctionne l'initiative privée, mais dans laquelle également l'État, sous une conception sociale du marché, n'agit pas seulement comme garant des droits économiques individuels, mais aussi comme un correcteur des inégalités sociales issues de l'exercice irrégulier ou arbitraire de ces libertés.

En conclusion, l'État est appelé à concilier l'intérêt public et l'intérêt privé selon les termes de la Cour Constitutionnelle⁴⁹⁹. Cela veut dire que l'État doit faire prévaloir l'intérêt général, tout en respectant le noyau essentiel des libertés économiques.

2) Conditions requises pour que la concurrence soit un axe de convergence sur le marché de l'énergie électrique

La concurrence, qui dans le service public de l'énergie électrique a été créée et promue par le droit, comme l'avons déjà indiqué ci-dessus dans de cette recherche, ne doit pas être orientée exclusivement vers la défense des intérêts

⁴⁹⁸ Cour Constitutionnelle. Arrêt C- 815 de 2001, 2 août 2001, dossier D-3367, ce jugement réitère l'Arrêt T-533 de 1992, 23 septembre 1992, dossier T-3038.

⁴⁹⁹ Cour Constitutionnelle. Arrêt C-615 de 2002, 8 de août 2002, dossier D-3881: "Pouvez-vous me dire que l'activité interventionniste de l'État dans l'économie entend concilier les intérêts privés et les intérêts privés présents dans l'activité commerciale des particuliers, avec l'intérêt général qui est concerné par cette activité dans certains cas, comme dans celui de la prestation des services publics liée à la satisfaction des besoins basiques des citoyens. C'est pourquoi, dans les normes d'intervention émises par le législateur, il existe une tension entre la liberté d'entreprise et la prédominance de l'intérêt général".

particuliers, elle doit être orientée également vers des affaires d'intérêt public ou général.

Cette position est dérivée de l'évolution de la jurisprudence Constitutionnelle sur la concurrence en matière de services publics qui vient de l'Arrêt C- 616 de 2001 qui reconnaît la concurrence comme une affaire d'intérêt public, de responsabilité sociale des entreprises et qui est limitée à la fonction sociale qu'elle doit remplir. De même, l'Arrêt C-389 de 2002⁵⁰⁰ apporte des éléments comme celui selon lequel la concurrence en matière de services publics n'est pas un droit absolu ni ne constitue un obstacle à l'intervention de l'État dans la poursuite des fins qui sont propres à l'État social de droit. Et l'Arrêt C- 623 de 2004 qui établit que le droit à la concurrence dans ce secteur n'est pas absolu car il a ses limites dans les principes régis par le service public. Ces positions ont été réitérées dans des arrêts postérieurs C-815 de 2001, C-369 de 2002, C-389 de 2002 et C-615 de 2002.

En conséquence, sur la base de la jurisprudence Constitutionnelle, pour que la concurrence soit un axe concurrent ou convergent avec l'intervention de l'État, il faut que les conditions suivantes soient remplies :

En premier lieu, la concurrence ne peut pas occuper une place de supériorité pour empêcher que l'intervention de l'état parvienne aux fins sociales qui lui sont propres, ou en d'autres termes, comme le signale la Cour Constitutionnelle⁵⁰¹.

En second lieu, la concurrence comme principe structurel de l'économie mixte doit non seulement être organisée pour la défense des intérêts particuliers des patrons qui interagissent sur le marché, mais aussi pour la protection de

⁵⁰⁰ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-389 de 2002, 22 mai 2002, dossier D-3765 réitère l'Arrêt C-398 de 1995, 7 septembre 1995, dossier D-865

⁵⁰¹ *Ibidem*, réitérée en matière de services publics par l'Arrêt C-398 de 2002, 22 mai 2002, dossier D-3821.

l'intérêt public qui, selon la Cour Constitutionnelle⁵⁰² “est matérialisé dans le bénéfice obtenu par la communauté d'une plus grande qualité et de meilleurs prix des biens et des services qui proviennent d'une concurrence saine”, et nous pourrions ajouter d'autres objectifs publics.

En troisième lieu, la concurrence doit être un élément de responsabilité sociale des entreprises en raison de leur fonction sociale⁵⁰³. Ainsi, par exemple, l'article 333 de la Constitution politique colombienne établit que celles-ci ont une fonction sociale qui implique des obligations. Ce principe est également développé dans l'article 11 de la Loi 142 de 1994, qui établit que la propriété en matière de services publics doit remplir des fonctions sociales, et que l'une d'elles est précisément que les entreprises doivent “s'abstenir de pratiques monopolistiques ou restrictives de la concurrence lorsqu'il existe de fait la possibilité d'une concurrence”. La concurrence doit donc se dérouler dans le concept du bien commun et dans l'idée de prendre en charge les besoins et les inégalités sociales. Les entreprises publiques et privées habilitées à prêter le service public de l'énergie électrique doivent exercer leurs activités non seulement dans le cadre de la liberté économique mais aussi dans le domaine de la fonction sociale.

Ainsi, l'État n'est pas le seul instrument par excellence à s'occuper la fonction sociale⁵⁰⁴, puisque la concurrence peut également l'exercer à son propre titre⁵⁰⁵. C'est pourquoi nous pensons que, dans l'Arrêt C-615 de 2002⁵⁰⁶, la Cour Constitutionnelle établit pertinemment en matière de services publics que “les principes de libre concurrence et de liberté d'entreprise doivent être en harmonie avec les pouvoirs d'intervention de l'État et avec les principes et les

⁵⁰² Cour Constitutionnelle. Arrêt C- 616 de 2001 du 23 juin 2001, dossier D-3279

⁵⁰³ Cour Constitutionnelle. Arrêt C- 815 de 2001 du 2 août 2001, dossier D-3367.

⁵⁰⁴ Cour Constitutionnelle. Arrêt C- 130 de 2004, 19 février 2004, dossier D-4740. On conçoit dans cet arrêt que “L'instrument par excellence qui permet aux autorités d'atteindre l'effectivité de la fonction sociale de l'entreprise, c'est l'intervention de l'État dans l'économie”.

⁵⁰⁵ Cour Constitutionnelle. Arrêt C- 616 de 2001 du 23 juin 2001, dossier D-3279.

⁵⁰⁶ Cour Constitutionnelle. Arrêt 615 de 2002, 8 de août 2002, dossier D-3881.

règles propres des services publics” pour parvenir réellement au bien-être général de tous les citoyens, sans sacrifier ni l'intérêt public ni l'intérêt privé.

Après avoir vu comment l'intervention de l'État et la concurrence sont des axes concurrents, nous allons maintenant examiner la manière de moduler ces deux axes pour atteindre les objectifs publics.

c. Modulation des axes convergents pour atteindre les objectifs publics

Avant d'approfondir notre proposition, il est impératif d'analyser la proposition de la Cour Constitutionnelle et de la doctrine sur la modulation de l'intervention de l'État et de la concurrence.

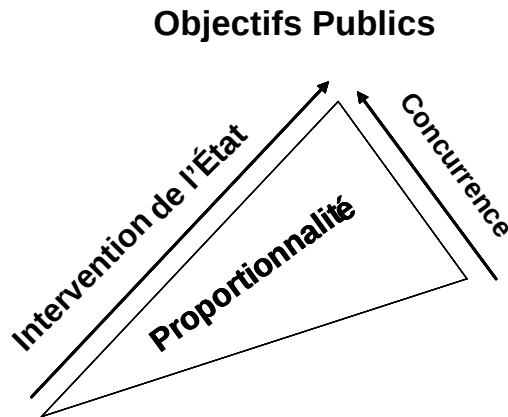
1) Modulation des axes convergents selon la Cour Constitutionnelle

Sur la base des Arrêts C-176 de 1996, C-616 de 2001, C-615 de 2002 et C-791 de 2002 et T-456 de 2005, la modulation se manifeste par l'acceptation de l'intensité de l'intervention de l'État pour faire prévaloir l'intérêt général dans les services publics, mais sans élimination des garanties minimales de la concurrence⁵⁰⁷. Cela veut dire que l'État peut restreindre mais pas éliminer la concurrence dans les services publics, sauf pour l'exception que nous mentionnerons plus en avant. Il est important de préciser que c'est la Cour qui réalise cette modulation en appliquant les principes de rationalité et de proportionnalité.

Cette position est représentée sur le graphique suivant (Fig. 4):

⁵⁰⁷ Cour Constitutionnelle, arrêt C- 615 de 2002, 8 août 2002, dossier D-3881. Depuis que cet arrêt a été approuvé, la Cour admet expressément l'intensité de l'intervention de l'État dans les services publics, mais sans éliminer la liberté de concurrence.

Figure 4: Modulation des axes convergents selon la Cour Constitutionnelle



Le graphique qui représente les critères de la Cour Constitutionnelle montre que pour maintenir cet équilibre où l'intervention de l'État dans le service public est plus intense, il faut que celui-ci intervienne en harmonie avec la concurrence pour atteindre les objectifs publics, c'est-à-dire une intervention dans laquelle on puisse limiter ou restreindre la concurrence, sans affecter le noyau essentiel. Nonobstant cette règle générale, la Cour Constitutionnelle accepte, à titre exceptionnel, que l'intervention de l'État puisse "être très intense au point d'éliminer l'initiative privée"⁵⁰⁸. Cette situation se présenterait au cas où il existerait des motifs d'intérêt social suffisants pour que l'État établisse exceptionnellement un monopole public ou un monopole privé conformément à l'article 365 de la Constitution politique. Dans ce cas, on donne une prépondérance à l'intervention de l'État en éliminant la concurrence.

En effet, l'article 365 de la Constitution Nationale en est un bon exemple. Il prévoit que pour des raisons de souveraineté ou d'intérêt social l'État pourrait se réserver certaines activités stratégiques, ce qui permet de constituer un monopole public. L'article 40 de la Loi 142 permet également aux

⁵⁰⁸ Voir Cour Constitutionnelle. Arrêts C- 176 de 1996, 29 avril 1996, dossier T-87176 et C-616 de 2001, du 23 juin 2001, dossier D-3279. Dans ces arrêts, on accepte que l'intervention de l'État dans les services publics, considérés stratégiques, puisse être intense au point d'éliminer la libre concurrence et l'initiative privée. Cette position est réitérée par cet organisme de contrôle constitutionnel dans l'Arrêt C-578 de 2004, 8 juin 2004, dossier D-5060.

différents niveaux de l'État, d'établir des domaines de service exclusif pour des raisons d'intérêt social et dans le but d'élargir la couverture. Ce qui se traduit par une concession de droits exclusifs de prestation du service public à une seule entreprise.

Mais définitivement, la règle générale pour la Cour, c'est l'intensité de l'intervention de l'État pour faire prévaloir l'intérêt général dans les services publics, mais sans élimination des garanties minimales de la libre concurrente. Voyons à titre d'exemple deux arrêts où l'on vante les axes convergents.

Dans l'Arrêt C-654/03⁵⁰⁹, on évoque le *problème juridique* suivant: que l'article 11 de la Loi 680 de 2001 sur le service public de télévision, la concurrence en imposant aux opérateurs de télévision par abonnement de garantir, sans aucun coût pour les deux abonnés, la réception des chaînes colombiennes de télévision ouverte de caractère national, régional, municipal captées en VHF, UHF ou par satellite dans la zone de couverture. La Cour dit dans ses *considérants* que la norme citée ne viole pas la concurrence. Cette institution judiciaire, après avoir évalué l'intervention de l'État ; la décision établie à l'article 11 de la loi 680 de 2001 ; et le droit à la libre concurrente aux opérateurs de télévision par abonnement face aux opérateurs de télévision ouverte, a décidé de faire prévaloir l'intervention de l'État pour faire respecter l'objectif public, à savoir le droit au pluralisme de l'information auquel a droit l'ensemble de la communauté; néanmoins, il est important de souligner que cette même Cour soutient que ce qui vient d'être annoncé ne viole pas la concurrence car la mesure, loin d'affecter les opérateurs de télévision par abonnement, leur permet d'engranger des bénéfices significatifs, dans la mesure où ils transmettent à leurs abonnés la programmation des chaînes colombiennes de télévision ouverte, sans avoir à verser aux opérateurs par abonnement des droits pour ce concept. Nous pensons que, bien que la mesure restreigne la liberté économique, elle n'affecte pas son noyau essentiel étant donné que cette

⁵⁰⁹ Cour Constitutionnelle, Arrêt C- 654 de 2003 5 d'août 2003, dossier D-4413

décision n'affecte pas la permanence sur le marché des opérateurs de télévision par abonnement, elle n'affecte pas le libre choix des usagers, ni l'égalité concurrentielle. En outre, le bénéfice de la mesure prise est supérieur au coût, car on fait respecter le droit au pluralisme de l'information comme thème d'intérêt général.

L'Arrêt C- 741 de 2003⁵¹⁰ résout le *problème juridique* suivant: les articles 15 (partiel) et 17 (partiel) de la Loi 142 de 1994 violent-ils la concurrence en donnant un traitement discriminatoire aux organisations solidaires, en limitant l'exercice de leurs droits de libre association à certaines zones et certains secteurs du territoire colombien. La Cour déclare dans les *considérants* qu'il est bien porté atteinte à la concurrence. Ainsi, de même que dans l'Arrêt précédent, cette institution évalue les pouvoirs d'intervention de l'État et le principe de la concurrence, mais dans ce cas, elle considère que la décision de l'État de restriction territoriale aux communautés organisées, ne permet effectivement pas d'atteindre les objectifs d'efficacité de la prestation des services publics. En outre, elle argumente que la qualité et l'efficacité de la prestation du service public ne s'obtiennent pas en élevant des barrières d'entrée pour les communautés organisées, elles s'obtiennent par une plus grande diversité des prestataires. La Cour centre sa thèse sur ce qui suit:

En effet, si une organisation solidaire prête efficacement des services publics dans de petites communes, en zones rurales ou en zones urbaines spécifiques où, comme l'affirme l'un des intervenants, le contrôle de l'État est plus faible, il ne semble pas raisonnable qu'on empêche ces mêmes organisations, a priori, de participer à la prestation de services publics dans des communes ayant des conditions différentes de celles indiquées à l'article 15.4 de la Loi 142 de 1994.

⁵¹⁰ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-741 de 2003, 28 août 2003, dossier D-4449

Nous pensons que les arguments de la Cour sont assez justes car, en effet, si l'on veut garantir une qualité et une efficacité des prestations dans les services publics, il faut étendre la concurrence à tout le territoire national. Cette extension de la liberté de participation en marché est une reconnaissance de la pluralité des entreprises et de l'égalité dans la concurrence. C'est pourquoi nous sommes d'accord avec la décision de la Cour de conditionner l'inapplicabilité du point 15.4 de l'article 15 de la Loi 142 de 1994 à ce que ces organisations puissent également concourir dans d'autres zones et d'autres secteurs, c'est-à-dire, n'importe où sur le territoire national.

2) Modulation des axes convergents selon la doctrine

Il est important de différencier au sein de la doctrine, la doctrine économique de la doctrine juridique. La première est divisée entre ceux qui défendent l'intensité de l'intervention de l'État, qui sont peu⁵¹¹ et ceux qui défendent l'intensité de la concurrence, qui sont nombreux⁵¹². Parmi ces derniers citons G. Ariño dont le thèse est la régulation pour la concurrence⁵¹³, et Bernal, en application du principe de proportionnalité indiqué⁵¹⁴, qui défend le renforcement de la libération des marchés vers la concurrence⁵¹⁵.

Dans ce contexte, il faut reconnaître que, dans la doctrine en vigueur, la majorité propose l'intensité de la concurrence, mais sans concevoir l'idée d'éliminer l'intervention de l'État, elle le circonscrit plutôt aux fonctions de régulation et de contrôle. Plusieurs formules sont proposées pour l'intensité de la concurrence. Pour Beato, Fedesarrollo, Jaime Millan, Andesco et Cede, il faut renforcer le marché des contrats bilatéraux, la déconcentration horizontale de la

⁵¹¹ En particulier C. Alvarez, J. Ospina y A. Herreño.

⁵¹² Parmi ceux qui défendent l'intensité de la libre concurrence, on trouve: P. Beato, G. Ariño, S. Urbiztondo, J. M. Rojas y C. Chahín, Andesco, Cede, C. Bernal et J. Millan

⁵¹³ G. Ariño. *La regulación económica, teoría de la regulación para la competencia*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1996 p. 97- 106

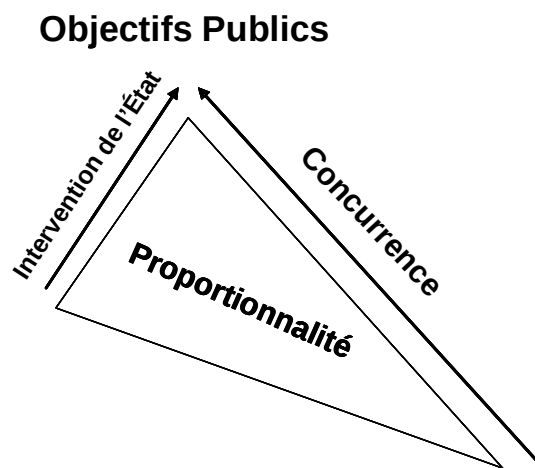
⁵¹⁴ C. Bernal est le seul juriste dans la doctrine juridique colombienne à avoir fait un exercice de pondération entre l'intervention de l'État et la libre concurrence dans les services publics.

⁵¹⁵ C. Bernal, *El concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano*, op cit, p. 135-139.

génération, la désintégration verticale, l'élimination de l'État, etc. Pour Bernal⁵¹⁶, la solution c'est que l'intervention de l'État en matière de services publics doit être exceptionnelle, celui-ci ne devant pouvoir intervenir que lorsqu'il existe un risque social. Enfin, l'étude de Andesco et Cede recommande de faire la différence entre le rôle de l'État comme entreprise et comme recteur de la politique, par une administration professionnelle des entreprises.

La position majoritaire peut être représentée la manière suivante; dans la fig. 5.

Figure 5 : Modulation des axes convergents selon la doctrine



Dans la pratique, aucun pays d'Amérique latine ni même dans le monde n'a intensifié la concurrence sur le marché de l'énergie électrique au point d'éliminer l'intervention de l'État. L'intensité de la concurrence nous renvoie à la théorie économique de la concurrence parfaite, mais c'est une situation du marché idéal à laquelle il est impossible d'arriver étant donné que plusieurs éléments empêchent sa réalisation pleine et entière sur le marché de l'énergie électrique, notamment le degré de développement technologique, les grandeurs du marché qui peuvent provoquer une concurrence destructive et les besoins sociaux qui ne sont pas résolus par la concurrence.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 139-142.

On comprend mieux maintenant pourquoi les théoriciens de la libéralisation du marché électrique vers la concurrence n'ont jamais proposé l'élimination totale de l'État. Bien au contraire, on accepte l'État régulateur et l'État qui surveille et contrôle le marché parce que c'est le garant des objectifs publics.

Intensité de la concurrence pas seulement pour aboutir à une efficacité économique mais pour atteindre en termes généraux les objectifs publics. La position initiale est l'approfondissement de la libéralisation du marché vers la concurrence, mais cette position est acceptée dans la mesure où la libéralisation concède des avantages effectifs et réels aux usagers, à savoir, l'aboutissement des objectifs publics. La libéralisation du marché vers la concurrence n'est pas une situation de fait, l'État doit la créer, l'encourager, l'approfondir au moyen de la régulation du marché et au fur et à mesure où il crée ces conditions, il doit tenir compte en même temps qu'il doit atteindre les objectifs sociaux. La libéralisation doit donc être équilibrée avec l'intervention de l'État étant donné que celui-ci est, comme nous l'avons déjà dit, le garant ou l'arbitre de la réussite de ces objectifs dans un régime de concurrence. Pour confirmer ceci, Bernal dit, en citant Rakovsky, que "la libéralisation ne suppose pas de renoncer à la réglementation publique mais simplement de la réduire au strict minimum pour le maintien du service public ⁵¹⁷". Pour corroborer cette idée, il est réitéré que l'article 365 de la Constitution Politique colombienne établit d'une part la libéralisation et d'autre part la régulation et la surveillance du marché par l'État.

La libéralisation du marché vers la concurrence doit être bénéfique pour tous, les entrepreneurs, les usagers et l'État lui-même, car si ces bénéfices n'existent pas, alors, quelle est la raison de la libéralisation? Partant du principe que la libéralisation produit des bénéfices, il faut donc l'approfondir. Mais, en même temps, il faut admettre que l'État doit contrôler les pratiques restrictives

⁵¹⁷ *Idem.*

de la concurrence⁵¹⁸ tout en imposant des normes qui limitent souvent l'activité économique.

À ce propos Nihoul⁵¹⁹ dit que l'on utilise deux techniques pour réaliser les objectifs publics dans le cadre de la libéralisation du marché vers la concurrence: l'imposition d'obligations aux entreprises et le financement par l'État. En Colombie, les exemples de la première technique sont la régulation de la qualité qui est une obligation imposée par les autorités publiques à toutes les entreprises déjà établies ou entrant sur le marché sans discrimination. Il en va de même pour la régulation du système électrique qui s'applique à toutes les entreprises. Nous avons également mentionné le Décret 3739 de 2003 qui impose l'obligation de prestation du service aux classes sociales 1, 2 et 3 de la population la plus démunie, sans créer de barrières d'entrée au marché.

L'imposition d'obligations, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, implique des limites au développement de l'activité économique, mais ces limites sont fixées au profit de la prédominance de l'intérêt général. Ce qui est important, c'est que ce moyen n'affecte pas l'entrée de nouvelles entreprises et qu'il n'apparaisse pas d'autres barrières d'entrée car sinon, le noyau essentiel de la liberté économique serait affecté.

La seconde technique, à savoir le financement de l'État, est représentée par les subsides de consommation versés aux usagers des classes sociales 1, 2 et 3, ainsi que par les fonds destinés à financer la couverture des services. Comme nous l'avons indiqué précédemment, bien que les aides à l'offre soient destinées à atteindre les objectifs, elles peuvent produire, selon la manière dont elles sont structurées, des dommages non souhaités à la concurrence.

Comme on peut le constater, l'État est chargé d'utiliser ces techniques pour atteindre les objectifs publics. C'est pour ces raisons et pour bien d'autres

⁵¹⁸ Tribunal espagnol de Défense de la Concurrence, *op. cit.*, p. 29

⁵¹⁹ P. Nihoul, *op. cit.*, p. 287.

que nous pensons que la libéralisation du marché doit aller de pair avec l'intervention de l'État.

3) Modulation des axes convergents selon notre propre concept

Commençons par les questions suivantes: comment l'État doit-il intervenir étant donné que lui et la concurrence doivent s'orienter vers les mêmes objectifs publics? La concurrence n'étant pas une situation de fait puisqu'elle requiert la création du droit, quelle doit être alors l'intensité de l'intervention de l'État puisque celui-ci est chargé de la direction générale de l'économie, conformément à l'article 334 constitutionnel?

Le principe d'harmonisation évoqué par la Cour Constitutionnelle dans l'Arrêt 915 de 2002 nous conduit obligatoirement à la modulation⁵²⁰, c'est-à-dire aux modifications et aux variations des axes qui garantiraient l'équilibre dans (i) l'intensité de l'intervention de l'État, mais sans éliminer les garanties minimums de concurrence, et (ii) l'intensité de la concurrence, pas seulement pour atteindre l'efficacité économique mais aussi pour atteindre en termes généraux les objectifs publics.

Dans les deux cas, on donne du poids à l'un des deux axes, mais sans éliminer l'autre, ce sont des solutions qui répondent à la proportionnalité⁵²¹. C'est pourquoi il nous semble pertinent de citer Cárdenas⁵²² lorsqu'il fait référence à la proportionnalité:

⁵²⁰ Cour Constitutionnelle, Arrêt 616 de 2001 du 23 juin 2001, dossier D-3279. "L'intervention de l'État dans l'économie présente différentes modulations selon le secteur économique sur lequel elle retombe car, alors que pour des activités déterminées ou des services publics jugés stratégiques elle peut être très intense au point d'éliminer l'initiative privée (Art. 365 Constitution politique), elle a dans d'autres secteurs un moindre degré de telle manière que les particuliers sont autorisés à développer des activités économiques déterminées avec une permission, une autorisation ou une licence de l'État, et même, dans certains cas, aucune permission ni autorisation préalable n'est requise pour l'exercice d'une activité déterminée, industrielle ou de bureau, car ici, la règle générale qui opère est la libre initiative sans autorisations préalables / Art. 333 Constitution politique)".

⁵²¹ Cour Constitutionnelle, Arrêt. C-022 de 1996, 23 janvier 1996, dossier No. D-1008. Dans ce jugement, on accepte le principe de proportionnalité dans la jurisprudence Constitutionnelle.

⁵²² J. Cárdenas. *op. cit.*, p. 111

Les principes doivent s'optimiser et en même temps survivre entre eux et non pas s'éliminer mutuellement. C'est pourquoi le résultat de l'interprétation entre principes opposés n'est pas un triomphe écrasant de l'un d'eux, mais leur harmonisation, la recherche d'une solution intermédiaire qui procure la plus petite lésion possible entre des principes contradictoires.

Ainsi, les deux solutions intermédiaires auxquelles nous adhérons font que ces deux parties ou ces deux axes ou ces deux principes qui concourent aux mêmes objectifs ne se rejettent pas l'un à l'autre. C'est une formule où l'État fait prévaloir l'intérêt général sans méconnaître le noyau essentiel de la concurrence et de la libre entreprise et où l'intervention de l'État peut concilier les intérêts privés présents dans l'activité industrielle des particuliers avec l'intérêt public qui est impliqué dans le service public de l'énergie électrique.

Tout cela veut dire qu'il n'existe pas de formule générale et qu'il est indispensable de déterminer une formule pour chaque cas, celle-ci devant osciller entre l'intensité de l'intervention de l'État ou l'intensité de la concurrence, tout dépendra bien évidemment des finalités publiques que l'on entend faire prévaloir.

C'est d'ailleurs pourquoi nous proposons des éléments qui contribuent à ce que l'État intervienne en harmonie avec la concurrence pour atteindre les objectifs publics, sans pour autant éliminer aucun des deux axes concurrents.

- **Politique électrique selon les conditions de la concurrence**

Il faut que l'alinéa 1 de l'article 3 du Décret 70 de 2001, qui autorise le ministère de l'énergie à adopter la politique électrique, s'harmonise avec la Loi

155 de 1959, le Décret 2153 de 1992 et la Décision Andine 608, des normes sur la protection et la promotion de la concurrence, afin que cette politique soit également comprise dans la politique de promotion de la concurrence.

Il est important de signaler que le pouvoir exécutif ne trace pas des politiques de concurrence pour le marché de l'énergie électrique bien qu'en réalité elles soient nécessaires compte tenu du dynamisme de ce marché. En effet, une politique de concurrence menée au sein d'une politique électrique qui serait elle-même portée à la connaissance du public, serait beaucoup plus transparente et réduirait les tensions. Ce qui permettrait de connaître les orientations de l'État.

- **Planification du secteur selon les conditions de concurrence**

Sur le plan du développement économique et social (Loi 812 de 2003), des éléments ont été définis pour contribuer à organiser la concurrence sur le marché de l'énergie électrique, comme par exemple: (i) renforcement des conditions de concurrence dans l'activité de génération moyennant la conformation d'un nouvel agent producteur de l'État, (ii) promotion des conditions à long terme pour l'entrée d'investisseurs dans le développement de transmission nationale, (iii) schémas différentiels de prestation du service public de l'énergie électrique, et (iv) imposition d'obligations aux commerçants d'énergie pour qu'ils incluent dans leur base de données de clients un numéro d'usager correspondant aux classes socioéconomiques de 1, 2, et 3 afin éviter ainsi d'écrémer le marché. Malgré cet effort, il faut définir, par une planification du secteur, les lignes directrices de l'intervention de l'État et du secteur privé, face aux défis des besoins d'investissement dans ce secteur qui ont été annoncés dans le document "Visión Colombia II Centenario 2019".

- **Régulation de l'État pour atteindre non seulement les objectifs économiques mais aussi les objectifs sociaux ou vice-versa**

Sachant que la régulation, conformément à l'article 14.18 de la Loi 142, est "la faculté d'énoncer des normes de caractère général ou particulier selon les termes de la Constitution et de cette Loi, pour soumettre la conduite des personnes prêtant des services publics aux règles, aux normes, aux principes et aux devoirs établis par la loi et les règlements." Toutes ces règles, toutes ces normes et tous ces principes se concrétisent en objectifs publics et, comme nous l'avons déjà vu, les objectifs sont de caractère économique et social, ce qui en effet implique une réglementation non seulement pour la concurrence ⁵²³ mais aussi pour atteindre d'autres objectifs publics. La Cour Constitutionnelle colombienne ⁵²⁴ a raison de dire que la réglementation est justifiée dans la mesure où on obtient une effectivité aussi bien des fins sociales que des fins économiques. Par conséquent, les organes de régulation doivent exercer leurs compétences en vue d'atteindre les objectifs signalés dans un état social et démocratique de droit. La doctrine, et en particulier Sandoval⁵²⁵, s'est prononcée dans le même sens, à savoir que "l'objectif d'accroître la place de la concurrence dans les activités des services publics ne peut pas devenir le seul but de la régulation colombienne, il faut chercher ensemble les autres objectifs proposés dans la Constitution de 1991".

Dans ce contexte, les objectifs sociaux que doit atteindre la régulation sont fondés sur des valeurs telles que le respect de la dignité humaine (art. 1 de la Cour Constitutionnelle), la solidarité des personnes et la vigueur d'un ordre juste (art. 2 de la Cour Constitutionnelle). Ainsi, la régulation permet d'améliorer la qualité de vie des habitants, la distribution équitable des

⁵²³ G. Ariño, *Regulación Económica, Teoría de la Regulación para la Competencia*, op cit. Comme nous l'avons déjà indiqué, cet auteur défend la thèse de la régulation pour la concurrence. Nous ne partageons pas cette thèse car la régulation vise à atteindre non seulement la concurrence mais aussi différents objectifs publics tracés dans la Constitution et dans la loi.

⁵²⁴ Cour Constitutionnelle. Arrêt. C-150 de 2003, du 25 février 2003, dossier D-4194

⁵²⁵ A.M. Sandoval. "Monografía del sector electricidad y gas colombiano". *Archivos de Economía*. Bogotá, D.C. Département National du Plan. Document 272, 2004, p. 85

opportunités et d'assurer que toutes les personnes, en particulier celles de faibles revenus aient effectivement accès aux biens et aux services basiques. Or, les objectifs économiques que doit atteindre la réglementation sont fondés sur l'idée d'un bon fonctionnement du marché, tel que l'indiquent les articles 333 et 334, c'est-à-dire que la concurrence fonctionne là où c'est possible, qu'il y ait une rationalisation de l'économie, des aides au développement, des garanties réelles pour l'exercice de l'initiative privée, une promotion de la productivité et de la compétitivité, entre autres, étant donné que la réalisation de ces objectifs contribue au bien-être général et à l'amélioration de la qualité de la vie des habitants. Il faut donc que le marché se constitue en une valeur juridique susceptible d'une protection juridique, à la recherche de ce bien-être général.

L'ensemble de ces idées nous conduit à concevoir que la régulation dans un contexte de convergence doit tendre vers un équilibre entre l'intérêt public et l'intérêt privé. En conséquence, même si la régulation limite les libertés économiques, ce qui est important c'est qu'elle n'affecte pas son noyau essentiel, à savoir que, du côté de la libre entreprise, l'exercice de l'initiative privée ne soit pas touché, et que du côté de la concurrence, la liberté des concurrents, l'égalité compétitive, la liberté de l'usager à choisir son propre prestataire ne soient pas affectés, tel que l'indique la Cour Constitutionnelle dans l'Arrêt C-616 en question.

La régulation fondée sur les objectifs publics comme nous le proposons est une formule adéquate pour répondre aux conditions socioéconomiques de chaque pays et, en plus, parce que sa portée dépend de la volonté politique et du degré d'exigence de la société. Ainsi, la régulation serait un exercice pour évaluer les objectifs et le degré de réussite de ceux-ci sans avoir à recourir dans certains cas à la mise en place de modèles de régulation étrangers qui, bien souvent, ne répondent aux objectifs publics réels du marché de l'énergie électrique.

Pour que la régulation fondée sur des objectifs publics soit possible, il faut réitérer plusieurs aspects substantifs: promotion de la concurrence où cela sera possible, régulation du marché sans tenir compte de la composition du capital des entreprises, réalisation de la pondération entre les objectifs, comme nous le verrons plus en avant, soumission des décisions régulatrices au principe de la réserve légale, respect du noyau essentiel des libertés économiques sans que cela n'implique de restreindre la faculté de l'État de limiter les libertés économiques pour veiller à l'intérêt général et que la régulation n'ait pas une vocation d'expropriation.

Du point de vue de la procédure, il est impératif d'approfondir les mécanismes de participation citoyenne dans le processus de régulation, en particulier au profit des usagers. Les consultations ne suffisent pas, il faut réglementer les audiences publiques avec les usagers et leur contrepartie (les entreprises) afin que le régulateur spécialisé puisse bénéficier de tous les d'éléments avant de se prononcer, ceci au profit de tous.

- **L'intervention des entreprises est une autre modalité qui pourra être maintenue à condition qu'elle reste soumise aux règles de la concurrence**

Lorsque l'État décidera d'exercer l'initiative publique pour créer ou constituer des entreprises publiques, cette décision devra être conforme au principe selon lequel la concurrence est un droit de tous qui implique des responsabilités (article 333 C.P). En particulier, l'État doit prendre en compte l'alinéa 2 de l'article 87 de la Loi 489 de 1998⁵²⁶ qui établit que, lorsque des entreprises publiques seront créées et qu'elles entreront en concurrence avec des entreprises privées, elles ne pourront exercer aucune prérogative et aucun privilège mettant en cause le principe d'égalité. En outre, il faudra que l'État mette fin au conflit d'intérêts dans lequel il est à la fois régulateur et

⁵²⁶ Loi 489 du 29 décembre de 1998, qui émet des normes sur l'organisation et le fonctionnement des entités d'ordre nacional, qui émet les dispositions, les principes et les règles générales pour l'exercice des attributions prévues aux points 15 et 16 de l'article 189 de la Constitution Politique, ainsi que les autres dispositions.

entrepreneur. Depuis la perspective de la convergence, il est impératif d'empêcher que les fonctionnaires principaux et subalternes remplissant des fonctions de réglementation de l'État puissent en même temps être administrateurs d'entreprises publiques⁵²⁷. Une révision de ce cas auprès des conseils d'administration et des dirigeants des entreprises publiques en France⁵²⁸, pourrait être une source d'inspiration pour résoudre ce type de conflit d'intérêts.

De même, lorsque les entreprises publiques entreront en difficultés financières, l'État ne pourrait plus les aider avec les deniers publics. Les entreprises publiques devraient résoudre cette situation par des instruments inscrits dans la Loi 550 de 1999⁵²⁹ de la même manière que les entreprises privées, et leur sortie du marché se produirait pour des causes de dissolution et de liquidation, comme pour les entreprises privées. En outre, il faudrait déroger des normes de droit positif générant des désavantages aux entreprises publiques pour que celles-ci puissent entrer en compétition sur le marché telles que des normes du budget public, des normes sur la responsabilité disciplinaire des fonctionnaires, des normes sur le contrôle fiscal, etc.

Un autre élément à prendre en compte serait que la décision d'une intervention d'entreprise devrait obéir à la réussite des objectifs publics, en terme de droit européen, c'est-à-dire à l'existence d'une mission d'intérêt général. L'intervention d'entreprise *per se*, sans tenir compte des objectifs, devient une situation simpliste et susceptible de perte de légitimation, c'est pourquoi cette modalité doit être mise en œuvre selon des finalités publiques. Des finalités qui peuvent être de types différents, à savoir la décision d'accroître la concurrence ou de contribuer à l'universalisation du service ou la prestation

⁵²⁷ La Loi 222 du 20 décembre 1995, relative à la réforme du Code de Commerce, *Journal Officiel* N°42156, à l'article 22 signale que les gérants ainsi que les membres des conseils d'administration sont des administrateurs.

⁵²⁸ H. G. Hubrecht. *Droit Public Economique*. Paris. Dalloz. 1997, p. 221 - 250.

⁵²⁹ Loi 550 du 30 décembre 1999 relative à la promotion et à la facilitation de la relance de l'entreprise et la restructuration des entités territoriales pour assurer la fonction sociale des entreprises et parvenir au développement harmonieux des régions.

continue et ininterrompue. Pour cela, il faudrait mettre en place plusieurs mécanismes tels que la création d'entreprises publiques ou, par exemple, la mise en œuvre des mécanismes de participation publique et privée pour développer des projets d'infrastructure⁵³⁰ par des accords de coopération, des joint-ventures publiques ou privées ou des entreprises d'économie mixte ou l'association publique et privée⁵³¹. Toutes ces possibilités constituent des alternatives aux privatisations des entreprises publiques⁵³². Il existe, dans ce sens, quelques communications de la Commission de la Communauté Européenne⁵³³ qui stimulent la participation publique et privée dans les services publics comme une alternative à la simple vente des actifs publics dans les pays en voie de développement. Un exemple à souligner en Colombie serait la transformation de l'entreprise de transmission de l'énergie ISA, en tant qu'entreprise de services publics mixte par la souscription d'actions de la part du secteur solidaire et de personnes physiques.

Ce qui vient d'être énoncé constitue une proposition qui s'oppose à l'idée de résoudre les problèmes de marché de l'énergie électrique par l'élimination de l'État - entreprise, alors que la solution consiste à soumettre l'État entrepreneur aux règles de la concurrence. Citons quelques réussites dans ce domaine comme les entreprises publiques de Medellín (EPM) et l'entreprise "Interconexión eléctrica S.A" (ISA), qui sont des modèles de gestion publique efficace en Amérique latine et qui démontrent que l'État - entrepreneur peut entrer en compétition avec des entreprises privées, dans les mêmes conditions. Néanmoins, il ne faut pas nier le risque de l'influence politique dans la gestion de ces entreprises, comme le signale si justement Millan⁵³⁴ dans son livre.

⁵³⁰ J. Perrot y G. Chatelus, *Financement des infrastructures et des services collectifs: Faire appel au partenariat public-privé*. Presses de l'école nationale des Ponts et Chaussées, Paris, s.e., 2001, p. 15-29

⁵³¹ Voir exemples: association publique-privée pour le financement de projets d'infrastructure au Pérou ou coopération entre entreprises privées et l'État dans la solution des problèmes de culture de paiement et de capacité de paiement dans les services publics: expérience de "Union Fenosa" en Colombie ou la participation publique et privée dans les services de l'eau et de l'assainissement basique à Cartagena de Indias en Colombie, ou l'exemple des associations publiques-privées dans le secteur de l'eau en Bolivie.

⁵³² J. Ruiz "La Empresas de Economía Mixta como alternativa a las privatizaciones de las Empresas Públicas" *Premier Congrès de Réglementation Économique*, Santiago de Chile, 2005.

⁵³³ Communication de la Commission No 326 de 2003.

⁵³⁴ J. Millan, *op. cit*, p 234.

- **Les aides de l'État pourraient être conservées à condition qu'elles soient compatibles avec la concurrence**

Pour que cela soit possible, il faut d'une part définir les types d'aide car le mot en lui-même est très ambivalent et indéterminé. En effet, on peut en différencier deux types: l'aide à la demande et l'aide à l'offre. Les problèmes qui se sont présentés sont liés à l'offre. C'est pourquoi nous proposons plusieurs idées sur ce type d'aides. Mais il faut préciser avant tout, que ni la Constitution, ni la Loi, ni la jurisprudence colombienne n'ont contribué à classer les aides à l'offre⁵³⁵. Alors, nous avons fait appel à la doctrine, en particulier à la doctrine spécialisée en droit européen⁵³⁶ pour essayer de classer les aides en trois grandes catégories: les aides financières, les quotas d'épargne et les garanties. On trouve dans les aides financières les participations de capital des entreprises; dans les quotas d'épargne on peut mentionner: les discounts fiscaux, les exceptions de sécurité sociale, la concession de crédits exempts d'intérêts ou à des taux très bas, des taux parafiscaux au profit d'une industrie en particulier, des tarifs préférentiels, etc., et enfin, en ce qui concerne les garanties, citons: les garanties d'amortissement de crédits, les garanties de paiement d'un dividende, les garanties cambiales à des entreprises exportatrices, etc.

Toutes ces aides doivent être autorisées par la Loi⁵³⁷ afin qu'elles soient largement débattues et que l'ensemble de la société sache à qui sont destinées

⁵³⁵ La Constitution Politique et les Lois 142 et 143 de 1994, définissent avec précision les aides aux demandes des usagers par la réglementation des contributions et des subsides, mais elles n'indiquent pas quelles sont les aides à l'offre.

⁵³⁶ L. Calvo, *op. cit*

⁵³⁷ Cour Constitutionnelle. Arrêt C-254 de 1996, 28 mai 1996, "Le développement économique, selon les termes de l'article 334 de la Constitution Politique, constitue une forme légitime d'intervention de l'État dans l'économie et correspond à une technique de direction et de gestion des agents et des variables qui ont une incidence sur elle, qui est pour son efficacité imprévisible dans les conditions actuelles. Les mesures et les moyens qui forment une spécificité politique de développement économique doivent être autorisés par la Loi. D'une part, les subventions et les aides par lesquelles le développement économique se traduit normalement, en tant que forme particulière de l'intervention dans l'économie, sont soumises au mandat légal et à son incorporation précise dans les plans d'investissement public. Dans ce cas, la réserve de Loi obéit également aux effets que les mesures directes ou indirectes de subvention ou d'aide aux agents ont sur la liberté d'entreprise, la libre concurrence et l'égalité".

ces aides, mais surtout elles doivent être intégrées avec précision, transparence et neutralité dans les plans d'investissement public. Elles doivent ainsi obéir à des objectifs publics tracés par la Constitution et par la Loi. Les aides ne doivent pas restreindre la concurrence, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas provoquer des inégalités, des discriminations et des prélations, ni affecter l'initiative privée, la libre entrée, la pluralité des entreprises. L'idéal c'est que, lorsque des aides sont distribuées, aucune entreprise publique ou privée n'obtienne des avantages concurrentiels. Il est clair que les aides doivent être le plus neutre possible de manière à ne pas entraver la concurrence et être soumises à une procédure administrative transparente et neutre d'assignation.

- **Supervision et surveillance efficace de l'État sur le marché à l'encontre des conduites portant atteinte aux droits des usagers et affectant la concurrence**

Ce type d'intervention est justifié dans la mesure où cette vigilance est exercée sur deux fonctions essentielles pour l'organisation du marché: les droits des usagers et la défense de la concurrence. Ajouter d'autres fonctions à celles-ci ne permettrait de garantir ces objectifs.

En effet, nous proposons quelques arrangements institutionnels pour concentrer le contrôle et la défense de la concurrence sur l'entité chargée de la défendre qui, dans le cas de la Colombie, serait la Surintendance du Commerce et de l'Industrie⁵³⁸. Cette administration serait dotée d'un personnel ayant non seulement des connaissances en droit mais aussi dans le fonctionnement du marché de l'énergie électrique et vice-versa. On pourrait ainsi détecter d'office les conduites contraires à la concurrence, comme la non-dénonciation des entreprises du secteur entre elles, sauf dans le cas d'actes de concurrence déloyale susceptibles d'indemnisation pour préjudices. Grâce à ces

⁵³⁸ Depuis 1955, la Surintendance des Services Publics est l'autorité colombienne chargée de la défense de la libre concurrence. En conséquence, la Surintendance des Services Publics ne devrait pas avoir ces facultés d'autorité de défense de la concurrence.

arrangements institutionnels, nous pourrions faire face efficacement au pouvoir de marché qu'exercent quelques entreprises sur le marché de l'énergie électrique, tel que nous avons pu le démontrer dans la première partie de ce travail.

Il est proposé que la Surintendance des Services Publics se concentre simultanément sur la surveillance et le contrôle des conduites portant atteinte aux droits des usagers. On parviendrait ainsi à un arrangement institutionnel efficace pour résoudre les multiples conflits entre les usagers et l'entreprise. La Surintendance des Services Publics ne peut pas continuer à exercer des fonctions où elle est à la fois juge et partie sur le marché. En effet, lorsque cette administration prend le contrôle d'une entreprise de services publics, elle ne peut pas adopter des décisions qui affectent d'autres entreprises qui entrent en concurrence avec l'entreprise placée sous son contrôle. Notre proposition consiste à dire que la prise de contrôle en administration doit se faire par l'intermédiaire d'agents spécialisés en gestion afin que ceux-ci réparent les erreurs ayant provoqué cette situation.

Enfin, il faut que les autorités qui exercent cette surveillance du marché respectent le noyau essentiel des libertés économiques car, bien qu'elles soient investies de facultés pour aller jusqu'au bout des procédures de sanctions en appliquant des amendes aux personnes s'étant livrées à des conduites contraires à la concurrence, de toute façon, ces fonctions ne peuvent pas se prêter pour violer le noyau essentiel des libertés économiques, comme cela s'est précisément produit dans le cas d'Electrotolima contre Genercauca, où l'égalité compétitive a été violée au détriment de Genercauca.

Après avoir vu les axes concurrents, nous allons maintenant analyser les objectifs publics vers lesquels se dirigent ces axes.

2. *Les objectifs publics comme pilier : concept précis d'intérêt général*

En poursuivant avec la structure du régime de convergence, on analysera les aspects les plus importants des objectifs publics. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné dans l'introduction, les objectifs publics peuvent également signifier des obligations, des principes, finalités publiques et des valeurs juridiques. Ils complètent les règles du marché. Nous les concevons comme un pilier, un but ou une fin qui indique le chemin à suivre. Or, ils ne peuvent être atteints que par deux moyens convergents: l'intervention de l'État et la concurrence.

Pour cela, on étudiera d'abord les objectifs publics établis dans le droit positif, puis la pondération dans et entre les objectifs publics.

a. Les objectifs publics établis dans le droit positif

Avant de définir quels devraient être les objectifs publics pour le marché de l'énergie électrique en tant que concept précis d'intérêt général, il est indispensable de réviser la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle et la doctrine sur ce thème.

1) Les objectifs publics selon la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle

En matière de services publics, la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle n'utilise pas le concept d'objectif public mais celui d'intérêt général, celui des principes du service public et celui des fins sociales et économiques. En effet, la Cour parle au départ dans l'Arrêt C-170 de 1996 du concept d'intérêt général en matière de services publics sans les définir. Dans l'Arrêt C-352 de 1998, la Cour précise le concept en indiquant qu'il porte sur la qualité du service, l'efficacité, la sécurité et la confiance. Dans l'Arrêt C- 616 de

2001, la Cour matérialise également le concept d'intérêt général sur une plus grande qualité, des prix bas et une protection des usagers. Mais, dans l'Arrêt C-915 de 2002, la Cour circonscrit ce concept aux principes du service public. Mieux encore, la Cour va au-delà de l'Arrêt C-150 de 2003 en justifiant l'existence des fins sur un marché inscrit dans le cadre d'un État social et démocratique de droit et définit deux catégories d'objectifs: la première, les fins sociales, celles que le marché en lui-même n'atteindra pas comme, par exemple, la distribution équitable des opportunités, l'amélioration de la qualité de la vie des habitants, la préservation d'un environnement sain, assurer une prestation efficace à tous les habitants, le devoir de garantir l'universalité dans la couverture et la qualité de la prestation des services publics, les critères de solidarité et de redistribution du revenu, la concession de subsides aux plus pauvres. La seconde, les fins économiques, celle qui regroupe des fins visant à ce que le marché fonctionne bien au profit de tous, pas de ceux qui, en son sein, occupent une position spéciale de pouvoir, en raison de leur prédominance économique ou technologique. Pour la Cour, les failles du marché peuvent se transformer en un problème constitutionnel important pouvant affecter des droits et des valeurs constitutionnels. Elles doivent donc être corrigées.

L'Arrêt C- 075 de 2006, qui réitère l'Arrêt C-150 de 2003, fait également le point sur les fins en matière de services publics: en ce qui concerne le premier objectif, le fonctionnement normal du marché, la Cour propose de corriger le marché de manière à améliorer les conditions de compétitivité et suggère aussi d'arriver à l'équilibre entre les entreprises prestataires de services et les usagers. À propos du deuxième objectif, les principes sociaux, la Cour propose fondamentalement d'atteindre l'efficacité, la solution aux besoins basiques insatisfaits en assainissement de l'environnement et en eau potable, l'universalité de la couverture et de la qualité la prestation et les droits et devoirs des usagers.

Comme on peut le constater, pour la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle, le concept d'intérêt général se matérialise aussi bien dans les objectifs sociaux que dans les objectifs économiques matérialisés non seulement dans les Lois 142 et 143, mais aussi dans la constitution.

2) Les objectifs publics selon la doctrine

La doctrine latino-américaine spécialisée dans les services publics fait toujours référence aux principes du service public, il suffit de lire par exemple J. Araujo⁵³⁹. Ces principes sont constitués, comme on l'a dit dans l'introduction, depuis la doctrine française classique, et comprennent initialement la continuité, l'égalité, la mutabilité et la gratuité⁵⁴⁰. Puis, cette même doctrine française apporte de nouveaux principes à savoir la gratuité, la qualité, l'efficacité et la neutralité⁵⁴¹. Enfin, elle soumet les services publics aux règles du marché en reprenant de nouveaux principes, mais cette fois de caractère économique, propres du marché concerné.

Il est important de préciser que, alors que la doctrine latino-américaine fait référence aux principes, une certaine doctrine européenne parle d'objectifs publics⁵⁴². Mais, aux effets de ce travail d'investigation, reprenons cette notion car le concept d'objectif selon le dictionnaire de la langue espagnole est une fin, un but ou un objectif, et le mot public fait référence au peuple dans son ensemble, c'est-à-dire à toute la collectivité. Nous donnons à l'ensemble des objectifs une connotation de principes qui expriment, selon Bernal, citant R. Alexy⁵⁴³, "le devoir être idéal". En effet, les objectifs publics sont des principes et ils constituent la base de la construction juridique comme le définit Bergel⁵⁴⁴.

⁵³⁹ J. Araujo – Juárez, *op. cit.*, p. 137 – 138.

⁵⁴⁰ L. Rolland, *op. cit.*.

⁵⁴¹ J. Carbajo, *op. cit.*, et J. F. Lachaume, *op. cit.*,

⁵⁴² Il suffit de consulter le livre de P. Nihoul, *op. cit.* p. 31, 286 et suivantes; et l'ouvrage intitulé "Remède politique et qui peuvent favoriser la libre concurrence dans les services et stopper le dommage causé par les monopoles" Tribunal de Défense de la Concurrence, *op. cit.*, p. 39 et 49.

⁵⁴³ C. Bernal, *El concepto de servicio público en el ordenamiento jurídico colombiano*, *op. cit.*

⁵⁴⁴ J. L. Bergel, *Théorie Générale du Droit*, Dalloz. 1998, p. 97. Cet auteur fait une étude complète sur les fonctions des principes.

Ce que l'on peut déduire de la doctrine c'est que, quelle que soit la dénomination, principes du service public ou objectifs publics, ces concepts sont des affaires d'intérêt général comme le reconnaît également la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle.

3) Les objectifs publics d'intérêt général, selon notre critère

Nous partons de deux principes: le premier, c'est que les objectifs publics sont un concept précis d'intérêt général et le second, c'est que les objectifs de l'énergie électrique se sont formés au fil du temps.

L'importance de ces objectifs dans notre proposition de la convergence, c'est qu'ils représentent les finalités publiques et l'intérêt général matérialisé. Ces objectifs figurent à la fois dans la Constitution politique et dans les Lois 142 et 143.

En effet, les objectifs publics du point de vue constitutionnel, selon la jurisprudence Constitutionnelle, seraient les suivants: la rationalisation afin d'améliorer la qualité de vie des habitants et la distribution équitable des opportunités (article 334) ; la prestation efficace à tous les habitants (article 365); le bien-être général et l'amélioration de la qualité de vie de la population (article 366) ; la couverture, la qualité, le financement, le régime tarifaire selon des critères de coûts, la solidarité et la redistribution du revenu, les subsides aux personnes les plus défavorisées (article 367) ; la protection des usagers (article 369).

De même, sur la base de la jurisprudence, les objectifs publics seraient regroupés, du point de vue légal (l'article 2 de la Loi 142 et aux articles 3, 4 et 6 de la Loi 143), de manière suivante: En objectifs sociaux, à savoir la qualité, la couverture, la prestation continue et ininterrompue, la participation des usagers

dans la gestion et la fiscalisation, la garantie aux usagers de l'accès aux services publics, au régime tarifaire proportionnel pour les secteurs de bas revenus, la sécurité, la neutralité, la solidarité et la distribution, l'équité, l'incorporation des aspects d'environnement, la disponibilité des ressources pour couvrir les subsides octroyés aux usagers de faibles revenus, et assurer la fourniture d'énergie ou la couverture dans le cadre de l'usage rationnel et efficace des différentes ressources énergétiques. En objectifs économiques tels que la prestation efficace, la liberté de concurrence et la non - utilisation abusive de la position dominante, l'obtention d'économies d'échelle vérifiables, l'approvisionnement de la demande selon des critères économiques et de viabilité financière, l'adaptabilité ou l'incorporation des progrès de la science et de la technologie, et l'opération efficace, sûre et fiable des activités. Il est important de remarquer que la Loi 142 et la Loi 143 comprennent, dans leurs objectifs, la concurrence et la non-utilisation abusive la position dominante, ce qui dénote une défense persistante et réitérée de la concurrence dans les services publics, et en particulier dans le service de l'énergie électrique.

Ces objectifs tracés par la Constitution et la Loi sont donc multiples et aucun des modèles en vigueur n'a permis leur réalisation simultanée. Il est certain que la problématique ne serait pas centrée sur leur réussite simultanée, mais sur le conflit entre objectifs, car, apparemment, leur application semble facile. Néanmoins, il existe entre eux des tensions, principalement entre les objectifs sociaux et économiques, par exemple entre équité et efficacité ou entre sécurité et concurrence, entre l'approvisionnement ou sa couverture dans le cadre de l'usage rationnel et efficace des différentes ressources énergétiques et l'approvisionnement de la demande selon des critères économiques et de viabilité financière, et, de manière générale, entre concurrence et les autres objectifs. Il se présente également des différends entre les objectifs économiques propres, à savoir entre la concurrence et l'obtention d'économies d'échelle vérifiables. Ces tensions et ces conflits entre objectifs ou principes, dans un cadre de

convergence, peuvent être résolus par le biais des principes méthodologiques de proportionnalité et de pondération, comme nous le verrons plus en avant.

Il faut bien reconnaître que les objectifs publics sont des affaires d'intérêt général, en d'autres termes, le concept d'intérêt général dans l'activité de l'énergie est matérialisé dans les objectifs publics comme les fins qui justifient les moyens. Le fait qu'ils soient inscrits dans la Constitution et dans la Loi engage à la fois l'État et les particuliers.

Il est finalement important de souligner que l'introduction des objectifs dans la Constitution et dans la Loi, en tant qu'affaires d'intérêt général, nous conduit à réaliser une analyse de résultats, tel que nous l'avons fait pour évaluer les modèles de monopole public et de concurrence. Mais jusqu'où doit aller cette analyse? La réponse est claire, l'analyse est illimitée car les objectifs sont des principes infinis compte tenu des changements géographiques, économiques et sociaux. En effet, l'augmentation de la population, la carence des revenus et les conditions difficiles de vie dans certaines régions du marché impliquent qu'il faudra poursuivre indéfiniment les analyses pour atteindre des objectifs publics toujours changeants.

En conclusion, en Amérique latine, certains pays comme la Colombie⁵⁴⁵ ont introduit les objectifs publics dans le droit positif, aussi bien dans les articles 334, 365, 366, 367 et 369 de la Constitution que dans l'article 2 de la Loi 142 et les articles 3, 4, 6 de la Loi 143, comme des *fins* ou comme des *principes* applicables non seulement au secteur public mais aussi au secteur privé. Ces dispositions prévoient des objectifs sociaux et économiques et d'autres objectifs propres au marché de l'énergie électrique tels que l'approvisionnement de la demande selon des critères économiques et de viabilité financière; l'approvisionnement dans un cadre d'usage rationnel et efficace des différentes ressources énergétiques du

⁵⁴⁵ En plus de la Colombie, figurent l'Argentine, le Panama, le Salvador, l'Équateur, etc.

pays; l'opération efficace, sûre et fiable du système; l'intégrité des personnes et de l'environnement, etc.

Comme nous l'avons indiqué, nous étudierons au point suivant la pondération dans et entre les objectifs, compte tenu des différentes tensions et des différents conflits entre eux.

b. Pondération dans et entre les objectifs publics

Mais l'équilibre n'est pas seulement suffisant entre les axes concurrents, il faut aussi une harmonie entre les objectifs publics qui sont le pilier de l'organisation du marché, car il n'est pas possible d'atteindre les deux en même temps, ni d'éviter des tensions et des chocs. Au cas où cette situation viendrait à se présenter, il faudrait la résoudre obligatoirement par les principes méthodologiques de la pondération et de la proportionnalité. L'application de ces méthodes ne conduit pas automatiquement à établir une formule générale de solution. Il faut au contraire définir une formule particulière au cas par cas, comme nous le verrons plus en avant.

Il est possible qu'une décision de l'État parvienne à équilibrer les objectifs, mais parfois il n'en est rien et alors, la meilleure solution est de choisir l'objectif le plus important. Mais dans ces conditions, il faudrait utiliser des compensations lorsqu'un objectif devra être restreint face à un autre d'une plus grande importance. En théorie, tout serait valable, mais dans la réalité, l'application de ces règles n'est pas si simple car certains critères doivent être retenus comme, par exemple, les facteurs politiques, les stratégies des groupes de pression, les idéologies de ceux qui prennent des décisions, etc. La seule chose dont on est sûr, c'est que la pondération et la proportionnalité sont les instruments appropriés pour gérer les conflits entre des objectifs publics, si ceux-ci viennent à se présenter.

Nous sommes partis de la prémisse du conflit entre objectifs car comme ils sont liés les uns aux autres, ils provoquent obligatoirement une collision. Une autre prémisse à retenir est celle selon laquelle ces tensions entre objectifs se produisent essentiellement lorsque l'État prend des décisions, en particulier lorsque des politiques publiques sont dessinées, lorsque le marché est réglementé, lorsqu'il de créer une entreprise publique, ou lorsqu'il il a été décidé de concéder une aide de l'État. La prise de décisions de l'État, qui est soumise à des objectifs publics, est très complexe car ses décisions peuvent entraîner plusieurs conséquences, à savoir atteindre les objectifs et atteindre un objectif en affectant un autre.

Tout cela nous incite à nous demander comment on peut atteindre l'ensemble des objectifs publics sans qu'aucun des axes concurrents ne soit affecté. En effet, il est indispensable que les différentes modalités d'intervention de l'État se réalisent toujours dans le cadre des règles de la concurrence, tel que nous l'avons analysé précédemment, et que les objectifs atteints soient le fruit des équilibres entre eux, ou tout au moins, au cas où un ou plusieurs d'entre eux ait plus d'importance, il faudrait que les restrictions soient compensées pour restaurer l'équilibre. C'est dans ce but que nous présenterons plusieurs exemples dans lesquels il s'est produit, selon nous, une harmonisation des objectifs au moyen des principes méthodologiques de la pondération et de la proportionnalité.

Il est important de souligner que certains cas qui se sont présentés ont déjà été analysés dans la première et seconde partie de ce travail de recherche. Mais l'analyse que nous allons en faire ici servira à mettre en évidence la manière d'harmoniser les objectifs dans la prise de décisions de l'État.

La soumission du régime des prix aux règles de la concurrente et aux critères de coûts, d'efficacité économique, de suffisance financière et de principe de solidarité et de redistribution prévue à l'article 367 de la Constitution, à

l'article 87 de la Loi 142 et l'article 44 de la Loi 143, est un cas de proportionnalité par voie législative car le Parlement sépare les activités du service public en activités de concurrence et en activités de monopole. Dans les premières, les entreprises peuvent déterminer librement les prix et l'État n'intervient que lorsqu'il se produit une situation de pouvoir de marché ou de pratiques tarifaires restrictives de la concurrence. Dans la deuxième, l'État intervient soit pour exercer un contrôle direct sur les prix soit pour établir des formules tarifaires sous la modalité de la liberté réglementée.

Par ailleurs, le Parlement a introduit dans la Loi 142 une série de critères pour définir le régime des prix. Les prix sont fixés sur la base des principes d'efficacité économique et de suffisance financière, des principes qui répondent aux intérêts des entreprises. Ils sont également établis en tenant compte du critère de solidarité et de redistribution du revenu, en défense des intérêts des usagers. Il faut bien reconnaître que le critère d'efficacité favorise également les usagers car il crée une situation similaire à celle d'un marché de concurrence. En outre, les prix sont fonction non seulement des coûts mais aussi des augmentations de productivité.

L'alinéa 7 de l'article 87 de la Loi 142 a donné plus d'importance aux critères d'efficacité et de suffisance financière qu'à d'autres critères. Il a notamment donné plus d'importance au critère de suffisance financière, ce qui constitue un mécanisme légal de résolution de conflits de critères, mais au profit des intérêts des entreprises⁵⁴⁶. Dans l'Arrêt C- 150 de 2003, la Cour Constitutionnelle s'est prononcée et a fait jurisprudence en décidant l'inapplicabilité de la première phrase de l'alinéa mentionné qui dit comme suit: "les critères d'efficacité et de suffisance financière seront prioritaires dans la définition du régime tarifaire." Selon la Cour Constitutionnelle, cette phrase tolère qu'en cas de conflit entre le principe d'efficacité et de suffisance financière et celui de solidarité, ce dernier devrait être sacrifié au profit des deux autres.

⁵⁴⁶ Dans l'Arrêt C-150 de 2003, du 25 février 2003, dossier D-4194, le demandeur de l'article 87 a eu cette même perception

Selon la Cour Constitutionnelle, ceci va à l'encontre de l'article 367 de la Constitution qui établit expressément la solidarité comme élément d'intégration du régime des prix des services publics, sans que la Charte politique l'ait soumis à l'application d'un autre critère. C'est pourquoi elle a déclaré la phrase inapplicable du fait qu'elle était anticonstitutionnelle. Selon nous, c'est la pondération qui a été exercée dans cette décision. Mais c'est surtout le principe de proportionnalité qui a été consulté car, même si elle accepte la permanence des principes d'efficacité et de suffisance financière, elle n'a pas reconnu la prédominance vis-à-vis des autres valeurs, formant parfaitement un équilibre et une harmonisation de valeurs. C'est-à-dire les prix couvrent les coûts des prestations du service tout en tenant compte de la capacité de paiement des usagers.

Par ailleurs, la seconde phrase de l'alinéa 7 de l'article 87 a été déclarée Constitutionnelle dans le sens où le critère de suffisance financière protège efficacement les intérêts des usagers dans la mesure où il assure une prestation durable et des conditions pour l'amélioration de la qualité du service. Cette interprétation de la Cour Constitutionnelle est respectable, mais, dans la pratique, elle a donné une prédominance à la suffisance financière vis-à-vis de l'efficacité économique. Cela conduit à faire pencher la balance vers la reconnaissance des coûts et des gains, sans que l'on mesure en fin de compte l'inefficacité et le manque de productivité des entreprises, avec des conséquences pour les usagers. A moins que, comme l'a dit la Cour, cette prédominance du critère de suffisance financière entraîne une amélioration de la qualité du service et que sa prestation soit durable à long terme.

Dans le Décret 3739 de 2003, il nous semble que la pondération et la proportionnalité sont appliquées face à deux principes en conflit: celui de la concurrence et celui de l'universalisation du service. À cette occasion, nous allons analyser de nouveau le Décret en question afin de souligner comment le

gouvernement a appliqué le principe de proportionnalité sans que cela ne fût son intention et sans qu'il n'ait suivi de procédures spéciales pour cela. En effet, il a obligé les négociants présents et futurs à prêter le service de l'énergie électrique à un pourcentage fixe des usagers des classes sociales 1, 2 et 3, car certains négociants préféraient en règle générale prêter le service aux usagers des classes sociales 5, 6, et aux usagers des secteurs commercial et industriel. Selon un secteur de la doctrine, c'est ce qui a conduit à écrémer le marché.

Cette obligation imposée par le gouvernement pour distribuer les charges de l'universalisation du service affecterait apparemment la concurrence, mais la réalité montre tout autre chose. Le noyau essentiel de la concurrence n'est pas limité, c'est-à-dire la libre entrée n'est pas bridée car tout négociant peut entrer sur le marché à condition qu'il se soumette aux règles imposées; l'égalité compétitive n'est pas non plus violée, bien au contraire on cherche un équilibre entre les négociants; le libre choix des usagers n'est pas non plus restreint et la pluralité des sociétés n'encourage pas non plus les entreprises à sortir du marché. En effet, dans ce cas, l'État, en tant que régulateur, fait prévaloir l'universalisation du service sans affecter le noyau essentiel de la concurrence.

Or, au cas où un objectif serait prédominant face à la concurrence au point de la restreindre, l'État devra présenter ses justifications respectives et dans la mesure du possible calculer les coûts de ces restrictions.

D. Les défis du régime de la convergence face au processus d'intégration énergétique

La convergence, dans le contexte national, consiste en ce que l'État et la concurrence concourent vers les mêmes objectifs publics. Dans un cadre d'intégration énergétique, nous proposons que cette convergence s'établisse entre les États nationaux, les organes communautaires et la concurrence en vue

d'atteindre des objectifs supranationaux et nationaux. Ceux de caractère national deviendraient des objectifs de caractère supranational communs dans lesquels différents intérêts seraient concernés. Nous proposons que les objectifs supranationaux reconnus dans les processus d'intégration contribuent d'une certaine manière à atteindre les objectifs publics nationaux.

On peut identifier en Amérique latine trois étapes d'intégration énergétique : l'interconnexion physique, les zones de libre commerce et le marché commun ou régional⁵⁴⁷. Les deux dernières étapes nous invitent à observer le traitement qui est réservé à l'État et à la concurrence car il faut continuer à veiller sur la bonne application des fonctions sociales au sein du processus d'intégration, comme le signale Fandiño⁵⁴⁸ dans la perspective latino-américaine. L'État doit en effet respecter l'harmonisation des cadres juridiques, il doit également assurer la prestation du service public d'électricité dans les secteurs les plus pauvres de la population et maintenir des politiques macro-économiques stables. Ni le Traité Cadre du Marché Électrique d'Amérique centrale, ni la Décision Andine 536, ni le mémorandum d'entente de MERCOSUR (CMC/DEC No 10/98) ne rejettent l'existence et encore moins le rôle de l'État dans la consolidation de ces processus.

À propos de la concurrence, Dromi⁵⁴⁹ dit que «c'est l'un des instruments qui contribue à la réalisation effective de l'intégration». C'est pourquoi, de même que le droit interne de la concurrence, les traités et les décisions d'intégration énergétique mentionnés établissent comme principe la concurrence, et ils introduisent des mécanismes visant à incorporer celle-ci, puisque c'est une situation qu'il faut créer pour organiser le marché en cause de l'électricité.

⁵⁴⁷ E. H. Cruz, Contexto y Debates de las Interconexiones Energéticas Internacionales. *Boletín del observatorio colombiano de Energía*. Bogotá D.C., No 20, 2005, p. 13

⁵⁴⁸ E. Fandiño. Perspectiva Latinoamericana de la Regulación del Comercio Exterior de Energía. *Reflexiones sobre la integración energética*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 50.

⁵⁴⁹ R. Dromi. *Competencia y monopolio Argentina, Mercosur y OMC*, Buenos Aires, Ciudad argentina Editorial de Ciencia y cultura, 1999.

Ainsi, la convergence de l'État, les organes supranationaux et la concurrence dans les processus d'intégration énergétique d'Amérique latine seraient également la stratégie idéale pour atteindre des objectifs supranationaux ainsi que des objectifs publics nationaux. Pour démontrer ce qui vient d'être énoncé, il est important de préciser ce qu'on entend par objectifs supranationaux, puis d'analyser le développement normatif de la concurrence dans les zones de libre commerce du service de l'énergie électrique en vigueur, et finalement étudier les cadres juridiques qui sont proposés pour l'organisation des marchés communs ou régionaux énergétiques.

1. Objectifs supranationaux

Les objectifs supranationaux ne devraient pas être différents des objectifs publics nationaux. Néanmoins, au niveau des processus d'intégration, ils se sont centrés sur certains objectifs comme celui de la sécurité et de la fiabilité dans la fourniture de l'énergie électrique et dans l'utilisation optimum ou dans la complémentarité des ressources énergétiques. Ces deux objectifs sont un dénominateur commun dans le traité d'Amérique centrale ainsi que dans les décisions sur l'intégration électrique de la CAN et du MERCOSUR. Dans le cas du Traité Cadre du Marché Électrique d'Amérique centrale⁵⁵⁰, nous avons trouvé en plus des objectifs précédemment mentionnés les objectifs suivants: la qualité, la participation privée dans le secteur électrique, la protection de l'environnement et l'essor de l'infrastructure pour le développement régional, la concurrence, la gradualité et la réciprocité. Alors que la Décision Andine 536⁵⁵¹ ainsi que la Décision du Conseil du Marché Commun (MERCOSUR)⁵⁵² se limitent aux deux objectifs mentionnés.

Malgré tout, nous pourrions regrouper les objectifs supranationaux suivants : la concurrence, la gradualité de la libéralisation du marché, la

⁵⁵⁰ Il regroupe le Guatemala, le Honduras, le Salvador, le Belize, le Nicaragua, le Costa Rica et le Panama.

⁵⁵¹ Cette Décision s'applique aux pays appartenant à la Communauté Andine: Bolivie, Colombie, Équateur et Pérou. Le Venezuela s'est retiré.

⁵⁵² Cette Décision s'applique à l'Argentine, au Brésil, au Chili, au Paraguay et à l'Uruguay.

réciprocité dans le traitement, la sécurité et la fiabilité dans la fourniture de l'énergie électrique, la qualité, l'universalisation du service, la qualité du service, les prix accessibles, l'utilisation rationnelle efficace des ressources énergétiques et la protection des droits des usagers, que l'on peut obtenir en reformulant l'intervention nationale de l'État, l'adoption de nouvelles règles sur la concurrence et la concession de pouvoirs aux autorités supranationales. Comme on pourra le constater, différents objectifs sont proposés car l'intégration peut non seulement être une intégration des marchés mais aussi une intégration de la cohésion sociale et du développement technologique, telle que l'intégration énergétique a été construite au sein de la Communauté européenne⁵⁵³.

2. Développements normatifs de la convergence dans les zones de libre commerce en vigueur du service de l'énergie électrique.

Les processus d'intégration énergétique en Amérique latine se trouvent pour la plupart au stade de zones de libre commerce⁵⁵⁴ où sont réalisées des transactions internationales d'énergie à court terme, les parties dans ces transactions étant les centres de dispatching d'énergie de chaque pays. Il y a peu d'expérience de transactions internationales d'énergie à long terme (contrats entre agents), uniquement quelques cas de caractères bilatéraux comme ceux qui se sont produits entre le Chili et l'Argentine. À ce stade d'intégration, la sécurité et la fiabilité dans la fourniture d'énergie électrique et l'utilisation optimale ou la complémentation des ressources énergétiques sont les objectifs qui intéressent le plus les pays membres. En réalité, ils sont davantage attachés au commerce qu'à un marché commun ou régional.

Dans les zones de libre commerce en vigueur, l'État ne perd pas sa souveraineté pour exercer ses différentes modalités d'intervention. Il est assigné

⁵⁵³ M. Ayral. *Droit Communautaire de l'Energie*, Paris, Joly Editions, 1997, p. 1

⁵⁵⁴ F. Sánchez, "¿Crisis de la integración o crisis en algunas relaciones binacionales?" <www.olade.org.ec/Fier/documentos/pdf-33>.

aux États des tâches de régulation et de contrôle, mais toute discrimination dans le commerce leur est également interdite. Bien que la concurrence soit un but du libre commerce, dans la pratique, on ne peut pas constater son enracinement et son développement dans ces marchés en cause de l'électricité. Il est important de souligner qu'il n'y a aucune inquiétude à avoir quant à une restructuration de l'industrie électrique régionale puisque les différentes libertés ne sont pas mises en marche. Seule la réalisation de la libre circulation des services est implantée, ce qui nous conduit à une libéralisation partielle du marché. Cette ouverture partielle du marché impose l'harmonisation des cadres juridiques pour mettre en oeuvre les transactions internationales d'électricité à court terme et les contrats entre agents (transactions sur le marché grossiste). Cette harmonisation est dirigée vers les aspects techniques et opératifs pour la réalisation des transactions. On peut ainsi le constater dans les normes qui ont été émises en Colombie par la CREG après l'entrée en vigueur de la Décision Andine 536 et qui ont été analysées dans ce travail de recherche.

3. Étude des cadres juridiques proposés pour l'organisation du marché commun ou régional énergétique.

Le marché commun de l'énergie électrique est caractérisé par la libre circulation du service, la libre circulation des personnes, la libre circulation du capital, le libre établissement des entreprises et la création d'organes supranationaux ayant autorité et juridiction sur les pays, ainsi que l'harmonisation normative et des politiques énergétiques⁵⁵⁵, c'est-à-dire que c'est une libéralisation du marché dans laquelle on peut exercer les libertés économiques. En théorie, cela signifie qu'on réaliserait dans le marché commun de l'électricité non seulement des transactions internationales d'énergie à court terme et des contrats entre agents, mais que les entreprises pourraient également s'établir dans n'importe quel état membre pour prêter le service public d'électricité directement aux usagers. C'est en effet ce qu'on appelle une

⁵⁵⁵ M.F. Montoya, *El mercado Iberico de la Energia*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. p. 29
- 31

ouverture du marché à la concurrence et c'est là que l'on peut voir réellement si les usagers de l'électricité tirent profit du droit formel du libre choix de leur prestataire.

Bien que l'on parle de l'existence de marchés communs de l'électricité en Amérique latine⁵⁵⁶, il n'existe à ce jour aucune expérience d'organisation d'un marché ayant ces caractéristiques, à l'exception des développements normatifs du Traité Cadre du Marché Électrique d'Amérique centrale qui ne sont pas suffisants pour tirer des conclusions sur la convergence dans ce processus d'intégration, car dans la pratique, il est en voie d'application et de maturité.

Raison pour laquelle nous devons nous appuyer sur l'expérience normative de la Communauté européenne en matière de marché intérieur de l'électricité. En effet, à ce propos, Ferrer⁵⁵⁷ indique ce qui suit :

La politique normative de la Commission européenne vis-à-vis des services économiques d'intérêt général peut également être considérée comme une réponse à ce modèle objectif car, sans vouloir préjuger le régime de propriété, il est centré sur la recherche d'un équilibre entre l'introduction progressive de la concurrence et la garantie du respect des obligations de service public.

La dernière partie de cette analyse essaie de nous placer dans la convergence surtout lorsque l'on tient compte des articles 86. 1 et 2, 31. 1 et 2, 87. 2 et 3 du Traité de la Communauté européenne et de l'article 3 de la Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil.

⁵⁵⁶ A. Muñoz, *Fundamentos para la constitución de un mercado común de electricidad*. Serie Recursos naturales e infraestructura, Cepal. Santiago de Chile, No 73. 2004. p. 11 - 16.

⁵⁵⁷ J. de la Cruz Ferrer, *Liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Madrid, Macial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. 1999. p. 62 - 63

Selon cette expérience normative en Europe, nombreux sont les aspects qu'il faut retenir pour développer les marchés communs en Amérique latine: l'harmonisation progressive des cadres juridiques non seulement dans les aspects techniques et opératifs mais aussi dans les principes d'organisation du secteur. En effet, il faudrait harmoniser des aspects tels que le concept même de service public, l'accès à des marchés locaux, les compétences des états nationaux, les degrés de libéralisation du marché de l'énergie électrique, des règles sur les entreprises publiques, des règles sur les aides de l'État et des règles sur les monopoles.

Par ailleurs, il est important de tenir compte des effets d'une possible restructuration du secteur électrique sur le marché régional, d'autant que des entreprises multinationales opèrent dans la plupart des pays d'Amérique latine. De même qu'en Europe⁵⁵⁸, l'industrie électrique en Amérique latine commencerait un processus de restructuration. L'insertion du marché local dans un marché en cause internationalement élargi a comme effet immédiat l'apparition de fusions et d'acquisitions d'entreprises qui cherchent à occuper une plus grande place sur le plan régional et la mise en œuvre d'une nouvelle stratégie des entreprises face à la concurrence.

De même, il faudrait reformuler l'intervention de l'État et la concurrence locale face à la conformation d'un marché en cause élargi qui suivrait, espérons-le, l'expérience normative de la Communauté européenne. Sandoval⁵⁵⁹ a raison lorsqu'il déclare que: "Parvenir à une véritable intégration des marchés énergétiques au niveau de la région andine est un processus long et de fond, qui demeure un défi pour les gouvernements actuels et futurs.

⁵⁵⁸G. Ariño *Derecho de la Competencia en sectores regulados: Fusiones y Adquisiciones*, op. cit., p. 193 – 199.

⁵⁵⁹ A.M. Sandoval, op. cit.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Tout au long de l'investigation, nous avons fait un bilan des deux modèles d'organisation du marché de l'énergie électrique en vigueur depuis les années 90 en Amérique latine, c'est-à-dire depuis plus d'une décennie : le modèle de monopole public et le modèle de concurrence.

Sur la base de ce bilan, nous avons pu vérifier notre hypothèse selon laquelle les objectifs publics dans le marché de l'énergie électrique ne peuvent pas être atteints exclusivement avec intervention de l'État, ni ne sont garantis par la simple coexistence de l'intervention de l'État et de la concurrence, mais en tout état de cause par leur convergence.

Nous sommes parvenus à cette conclusion après avoir décrit, dans la première partie de cette thèse, le modèle de monopole public d'organisation du marché de l'énergie électrique: le cas du Mexique. Nous avons pu constater que ce modèle régit également au Costa Rica, au Honduras, au Paraguay, en Uruguay, à Puerto Rico, à Cuba et très récemment au Venezuela. Nous avons découvert que le modèle se caractérise par une dérogation totale de la concurrence et parce que l'intervention de l'État remplace le marché. Il est important de signaler que ce modèle a existé dans la plupart des pays latino américains, mais qu'il a été remplacé à cause de son inefficacité et des coûts budgétaires générés très élevés contre l'État lui-même.

Le modèle part du principe que le monopole public permet d'atteindre les objectifs publics. Nous avons pu effectivement constater que cela est vrai dans le cas du Mexique qui a réussi à atteindre certains objectifs, mais nous avons également constaté un coût social élevé pour maintenir le modèle, à tel point que ce qui a pu être obtenu aujourd'hui pourrait devenir insoutenable à long terme étant donné que l'exercice du droit à la libre entreprise et à la libre

concurrence dans la prestation des services publics de l'énergie électrique est limité.

Nous avons également décrit dans la seconde partie le fonctionnement du modèle de la concurrence d'organisation du marché de l'énergie électrique : le cas de la Colombie. Nous avons constaté que ce modèle a également été adopté en Argentine, en Bolivie, au Brésil, au Chili, en Colombie, en Équateur, au Guatemala, au Panama, au Pérou et au Salvador. Ces pays sont parvenus à ce modèle après avoir implanté les normes de première génération: privatisation, libéralisation et introduction de la concurrence sur le marché de l'électricité. Nous avons découvert que le modèle est caractérisé par la coexistence de l'intervention de l'État et de la concurrence à divers degrés. D'un côté l'État régule, contrôle, planifie et gère le service public et offre des aides. D'un autre côté, la concurrence s'introduit et se développe, mais avec certaines imperfections, des restrictions qui proviennent non seulement des failles de l'intervention de l'État mais aussi des failles du marché lui-même.

Le modèle part du principe que la coexistence de l'intervention de l'État et de la concurrence permet d'atteindre les objectifs publics, ce qui dans la réalité n'est pas le cas car nous avons analysé que ces principes constitutionnels ne tendent pas vers les mêmes fins, et qu'ils entraînent des tensions entre la préférence de l'intérêt général et l'intérêt particulier et qu'ils s'aggravent avec les failles mentionnées ci-dessus.

Pour mieux vérifier notre hypothèse des inconvénients des deux modèles pour la Colombie et de la convenance du régime de la convergence, nous avons analysé dans la troisième partie les deux modèles du point de vue de la jurisprudence et de la doctrine. Nous avons découvert qu'il existait des différences entre la théorie et la réalité. Le modèle de monopole public satanisé par la théorie avec des désavantages présente en fait, au cours de cette période, certains avantages, mais qui ont un coût social et budgétaire élevé. C'est

pourquoi on trouve des arguments contradictoires parmi ceux qui défendent le modèle pour ses avantages et ceux qui souhaitent le changement pour un modèle de concurrence, compte tenu de ses désavantages prouvés. Face à cette disjonctive, nous avons indiqué qu'il n'était pas souhaitable de maintenir ou de revenir au monopole public du fait du manque de ressources publiques pour le financer et parce qu'on ne peut pas sacrifier d'autres secteurs plus sensibles comme l'éducation et la santé.

Le modèle de concurrence (qui se traduit par la coexistence de l'intervention de l'État et de la libre concurrente), auquel la théorie n'attribue que des avantages, laisse apparaître, au fil du temps, certains inconvénients, comme dans le cas particulier de la Colombie, des failles de l'intervention de l'État et de la libre concurrente pour atteindre certains objectifs sociaux et pour parvenir au fonctionnement normal du marché, c'est-à-dire à l'équilibre entre usagers et entreprises. Dans ce contexte, nous avons pu noter des arguments depuis la perspective des économistes opposés, qui considèrent qu'il faut revenir au modèle étatiste et renforcer la libéralisation du marché de l'électricité vers la concurrence et éliminer l'État - entreprise.

Face à ces deux solutions, nous avons proposé le régime de la convergence dans le sens où le chemin obligatoire à suivre dans le modèle de concurrence en Colombie n'est pas la coexistence mais la convergence de l'intervention de l'État et de la concurrence, puisqu'elles sont toutes les deux orientées vers les mêmes fins ou les mêmes objectifs publics. Cette proposition a été construite à partir du droit, en particulier grâce à la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle et à une certaine doctrine juridique qui donne un exemple de pondération, de mesure et d'équilibre face aux doctrines économiques dont les propositions flirtent avec les extrêmes.

Dans la troisième partie, nous avons également défini les éléments structuraux du régime de la convergence. Tout d'abord, nous avons présenté

ses sources de droit, parmi lesquelles nous avons souligné la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle colombienne, qui nous donnent les bases essentielles pour construire notre proposition. Malgré certaines critiques que nous avons formulées à l'encontre de cette jurisprudence, nous y avons recours étant donné qu'elle met en oeuvre, à partir de l'Arrêt C- 615 de 2002, l'harmonisation des pouvoirs de l'intervention de l'État avec la concurrence et les principes de service public. Nous avons précisément démontré que le régime de convergence représente cette harmonisation.

La doctrine juridique a également servi de base à notre formulation du régime de la convergence, à savoir: la théorie du droit orientée vers les fins et développée par Calvo, l'harmonisation des exigences de l'État social avec le système d'économie de marché défendue par Rivero, la théorie de la pondération et de la proportionnalité employée par Bernal, la proposition d'Alberto Montaña sur les libertés (libre entreprise et libre concurrence) et l'intervention de l'État, qui considère ces biens constitutionnels comme des moyens permettant d'atteindre les finalités publiques, et finalement, sur la théorie des droits essentiels et celle de l'harmonisation des biens constitutionnels étudiée par J. Cárdenas.

Dans ce cadre, nous avons pu constater qu'il existait différentes sources du régime de la convergence qui conduisaient à ce que les autorités de régulation mettent en œuvre ce régime afin de prendre des décisions qui tiennent compte non seulement de l'intérêt général mais aussi de l'intérêt particulier sur le marché de l'énergie électrique.

Deuxièmement, nous avons signalé qu'il existe diverses contributions du régime de convergence à la situation actuelle. Il a en particulier été souligné qu'il harmonise l'intervention de l'État et de la concurrence vers les mêmes objectifs publics, qu'il réduit les tensions entre l'intérêt public et l'intérêt privé, et qu'il diminue les coûts sociaux.

Troisièmement, nous avons soutenu que les contributions ci-dessus seraient possibles dans la mesure où l'intervention de l'État et la concurrence seraient les axes convergents et où les objectifs publics seraient les points d'union de ces axes et qu'ils se trouveraient à la cime comme un concept précis d'intérêt général. De sorte que notre proposition de la convergence rompt le paradigme de considérer l'intervention de l'État et la concurrence comme une *fin*, alors qu'elles doivent être des *moyens* qui s'expliquent par l'accomplissement des objectifs publics. La convergence est définitivement la meilleure manière de rendre réelle la position suivante: plus il y a de marché, plus il doit y avoir d'État.

Comme on peut le constater, nous avons défini le régime de la convergence qui n'entend pas aller au-delà de l'harmonisation, dans le cadre du modèle de concurrence d'organisation du marché de l'énergie électrique, des principes constitutionnels du système d'économie mixte, de manière à atteindre les objectifs publics. Il n'entend pas non plus résoudre les problèmes du modèle des autres pays d'Amérique latine. Néanmoins, il faut bien reconnaître qu'il servirait de source de consultation, depuis la perspective du droit comparé, dans la mesure où ces pays vivent les mêmes tensions et la même disjonctive entre l'intensité de l'intervention de l'État et l'intensité de la concurrence.

Les défis sont nombreux, il faudra convaincre en Colombie que le régime de la convergence serait meilleur que celui de la coexistence dans le cadre du modèle de concurrence et qu'il donnerait de meilleurs résultats que le modèle de monopole public, étant donné que son rôle n'est pas d'exclure les principes, les droits ou les libertés, mais tout au contraire de les inclure. Il faudra rendre le régime de convergence opérationnel, au sein d'une forte intensité de l'intervention de l'État dans les services publics. Il faudra également nous défendre contre ceux qui accusent cette proposition académique d'être étatiste ou néolibérale. Enfin, il faudra attendre de voir comment le régime de la

convergence proposé pour un Etat - nation comme la Colombie fait face au processus l'intégration que nous vivons actuellement en Amérique latine.

Nous reconnaissons que nous laissons beaucoup de questions sans réponse et qu'un grand nombre de thèmes restent encore ambigus, mais nous sommes conscients de poser la première pierre de l'édifice. L'étape suivante consiste à affiner notre proposition du régime de convergence, ses contributions et son application dans la vie quotidienne de l'État et du marché de l'énergie électrique. Nous continuerons nos recherches dans ce domaine.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGE

ARAÚJO JUÁREZ J., *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2003.

ARIÑO G., *La Regulación Económica, Teoría de la Regulación para la Competencia*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1996

ARIÑO G., *El Sistema Eléctrico Español: Regulación y Competencia*, Granada, Montecovo, 1998.

ARIÑO G., *Derecho de la Competencia en los Sectores Regulados: fusiones y adquisiciones*, Granada, Comares, 2000.

ARIÑO G., *Principios de Derecho Público Económico*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2003.

AYALA U. et MILLÁN J., *La Sostenibilidad de las Reformas del Sector Eléctrico en Colombia*, Bogotá D.C., Fedesarrollo, 2003.

AYRAL M., *Droit Communautaire de l'Énergie*, Paris, Joly Editions, 1997.

BARRERIRO R., *Derecho de la Energía Eléctrica*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

BASAÑES F. et ROBERT W., *Second-generation Reforms in Infrastructure Services*. Washington, Banque interaméricaine de développement (BID), 2002.

BEATO P., "Liberalization of the Gas Sector in Argentina, Colombia, and Mexico", *Second-Generation Reforms in infrastructure Services*, Washington D.C., F. Basañes and R. Willig, s.f.

BERGEL J. L., *Théorie Générale du Droit*, Paris, Dalloz, 1998.

BERNAL C., *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

BERNAL C., *El Derecho de los Derechos*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2005.

CALVO L. A., *Intervenciones del Estado y Libre Competencia en la Unión Europea*, Madrid, Ed. Colex, 2001.

CALVO M., *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2005.

CARBAJO J., *Droit des services publics*, Paris, Dalloz, 1997.

CÁRDENAS J., *L'argumentation comme droit*. Institut de Recherches Juridiques. Mexique D.C., 2005.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA [Cour des comptes], *Evaluación de la Política Social*, Bogotá, Contraloría General de la Republica, 2003.

CUERVO GONZÁLEZ L. M., *De la Vela al Apagón: cien años del servicio eléctrico en Colombia*, Bogotá, CINEP, 1992.

DE LA CRUZ FERRER J., *Liberalización de los Servicios Públicos y el Sector Eléctrico*, Madrid, Macial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 1999.

DE LA PEDRAJA R., *Petróleo, Electricidad, Carbón y Política en Colombia*, Bogotá, Ed. El Áncora, 1993.

DÍAZ-BAUTISTA A., *Experiencias Internacionales en la Desregulación Eléctrica y el Sector Eléctrico en Mexico*, México D.F, Plaza y Valdés Editores, 2005.

DROMÍ R., *Competencia y Monopolio. Argentina, Mercosur y OMC*, Buenos Aires. Argentina, Ed. Bonum, 1999.

GÓMEZ LEYVA D., *De Las Restricciones, Del Abuso y De La Deslealtad En La Competencia Económica*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá D.C., 1998.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S., *Los Mercados De Interés General: telecomunicaciones, portales energéticos y de transporte*, Granada, Comares, 2001.

HUBRECHT H., *Droit Public Economique*, Paris, Dalloz, 1997.

HUNT S. and SHUTTLEWORTH G., *Competition and choice in electricity*, Chichester, John Wiley & sons, 1996.

HURTADO F., *La Iniciativa Pública Local Dentro De La Actividad Económica*, Madrid, Civitas, 1994.

ISA (Interconexión Eléctrica S.A.), *El Sector Eléctrico Colombiano. Orígenes, evolución y retos (1882-1999)*, Colombia, ISA, 2002.

JACQUEMIN A. et TULKENS H., *Fondements d'économie politique*, Bruxelles, Editions Universitaires De Boeck Université, 1989.

KHEMANI R.S., (comp.), *Glosario de términos relativos a la economía de las organizaciones industriales y a las leyes sobre competencia*, Banco Mundial, 1996.

KIP VISCUSI W., HARRINGTON J. and VERNON J., *Economics of regulation and antitrust*, London, England The MIT press, 1995.

LACHAUME J. L., *Grands services publics*, Paris, Masson, 1989.

LASHERAS M.A., *La Regulación Económica de los Servicios Públicos*. Barcelona, Ariel, 1999.

LOPEZ L., *Intervencionismo de Estado y Economía en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

MASSAGUER J., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Civitas, 1999.

MENDEZ J. S., *Economía y las Empresas*, México, McGraw-Hill, 1989.

MILLÁN J., *Entre el Mercado y el Estado. Tres décadas de reformas del sector eléctrico de América Latina*, Washington. Banco Interamericano de Desarrollo, 2006

MITNICK B. M., *La Economía Política de la Regulación*, México D.F., Fondo de Cultura Económica S.A., 1989.

MONTAÑA A., *El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

MONTENEGRO A., *Hacia la Participación del Sector Privado en el Servicio de Energía Eléctrica, Privatización del sector eléctrico: la experiencia internacional*, 1991.

MONTOYA M.F., *El Mercado Ibérico de la Energía*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

MORENO L. F. *Servicios Públicos Domiciliarios. Perspectiva del derecho económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

NIHOUL P., *Introducción al Derecho de la Competencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

PALACIOS H., *El Derecho de los Servicios Públicos*, Bogotá D.C., Derecho Vigente S.A., 1999.

PALOMO N., *Ley Eléctrica Ley 143 de 1994*, Bogotá D.C. Alcogen, 2002.

QUERTAINMONT Ph., *Droit administratif de l'économie*, Diegem, Kluwer Éditions Juridiques Belgique et E. Story-Scientia, 2000.

RENGIFO GARCÍA E., *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

REVÉIS E., *El Estado como Mercado. La gobernabilidad económica y política en Colombia*, Bogotá, Fonade, Carlos Valencia editores, 1997.

RIVERO R., *Introducción al Derecho Administrativo Económico*. Salamanca, Ratio Legis, 1999.

ROLLAND L., *Précis de droit administratif*, Paris, s.e. 1947.

Servicios públicos domiciliarios, s.a. Bogotá, Ministère de la Justice et du Droit, 1997.

SÁNCHEZ, O., *Ni vencedores ni vencidos*, México D.F., Universidad Autónoma de México, 2002.

SARMIENTO GARCÍA, J., *Concesión de Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1999.

STIGLER G., *Theory of economic regulation*, Ed. Bell Journal of Economics and Management Science, 1971.

STIGLITZ J., *La Economía del Sector Público*, España, Antoni Bosch Editores, 2002.

STIGLITZ J., *Los felices 90*, España, Taurus, 2003

UNIDAD DE PLANEACION MINERO ENERGÉTICA-UPME, *Una visión del mercado eléctrico colombiano*, Bogotá, 2004.

VICIANO PASTOR J., *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

WIESNER L. et WILLS E., *El Apagón del Sector Eléctrico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1996.

WITKER J., *Derecho económico*, México D. F, Harla, 1985.

WITKER J. et VARELA A., *Derecho de la Competencia Económica en Mexico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

II. ARTICLES

ANGARITA BARÓN C., “La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: una aproximación fugaz”, *Constitución económica colombiana*, Bogotá, Editorial El Navegante, 1996.

ARANGO J., " Confianza legítima, o una expectativa racional en los proyectos de inversión del sector eléctrico", *Regulación Eléctrica Estudio Jurídico*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2003.

ARTEAGA L., "La Regulación: Mecanismo de Intervención Estatal", *Letras jurídicas*, EEPP de Medellín, vol. 4, No 1, 1999.

BERNAL C., "El Concepto de Servicio Público en el Ordenamiento Jurídico Colombiano", *Revista Letras Jurídicas*, vol. 10, N° 1, 2005.

BERNAL P. I., "Límites institucionales a la adopción de la eficacia como principio regulador de los servicios públicos domiciliarios en Colombia", *Contexto-Revista de Derecho y Economía*, N° 16, 2003,

BIENNAYME A., "L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence: un point de vue d'économiste", *Revue internationale de droit économique*, N° 3, 1995.

BONILLA R., "Regulación, una década de aproximaciones", *Contexto*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Edición especial No 19, Septiembre de 2004.

BOTERO C. et ARBELÁEZ C., "La doctrina de los productos esenciales en el derecho de la competencia", *Letras jurídicas*, Medellín, EEPPMM, vol. 4, No. 1, 1999.

CALDERÓN L. V., 'La competencia en la expansión de la transmisión de electricidad en Colombia', *Boletín del Observatorio Colombiano de Energía*, N° 17, 2005.

CRUZ E., "Contexto y debates de la interconexión energética internacional", *Boletín del Observatorio colombiano de energía*, Bogotá D.C., No 20, 2005.

DYNER I., "Política y regulación del sector eléctrico 1998-2002", *Boletín del Observatorio Colombiano de Energía*, N° 7, octubre 2002.

"Energía enreda a América Latina", *EL TIEMPO*, Bogotá, 30 de mayo de 2004.

FANDIÑO E., "Perspectiva latino-americana de la regulación del comercio exterior de la energía", *Reflexiones sobre la integración energética*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2006.

GARCÍA CRUZ et CORREDOR, "Impactos y consecuencias de la reforma del sector eléctrico en Colombia", *UN periódico*, 2006.

JULIO A., "Economía y Ordenamiento Constitucional", *Teorías jurídicas y económicas del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

MARTÍNEZ ORTIZ A., "La política energética en Colombia durante los años 90: ¿neoliberal?", *La falacia neoliberal: críticas y alternativas*, 2003.

MIRANDA A., "La política de la competencia en el próximo gobierno", *Ámbito jurídico*, año V, No 101, Bogotá, 2002.

MORENO L. F., "Intervención del Estado en los negocios jurídicos de energía eléctrica", *Regulación eléctrica. Estudio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

MORENO L. F., "Los grupos empresariales de los servicios públicos de energía eléctrica y gas desde la perspectiva del derecho de la competencia colombiano",

Regulación Eléctrica: Estudio jurídico, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

MORENO L. F., "Extinción de obligaciones de dar o pagar sumas de dinero como un derecho de los usuarios en virtud de la ley o del contrato de servicios públicos", *Derechos de los usuarios del servicio público de energía eléctrica y gas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2004.

MORENO L. F., "¿Cómo aborda el derecho la integración energética?", *Reflexiones sobre la integración energética*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2006.

MUÑOZ A., "Fundamentos para la constitución de un mercado común de la electricidad", *Serie recursos naturales e infraestructura*, CEPAL, Santiago de Chile, No 73, 2004.

OSPINA J., "Los cambios en la política general de servicios públicos", *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado*, compilador Marco Antonio Velilla, Bogotá D.C., Biblioteca Millennium, s.f.

PALOMO N., "Autoridades regulatorias: la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG", *Regulación Eléctrica, Estudio Jurídico*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

PACHECO DE LEON H., "La Comisión de Regulación de Energía y Gas", *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del estado*, compilador Marco Antonio Velilla, Bogotá D.C., Biblioteca Millennium, s.f.

PALACIOS H., "La competencia y los servicios públicos", *Actualidad Jurídica*, Tomo IV, Bogotá, Superintendencia de Servicios Publico, 2001.

PERROT J. et CHATELUS G., "Financement des infrastructures et des services collectifs: Faire appel au partenariat public-privé". *Presses de l'école nationale des Ponts et Chaussées*, Paris, s.e., 2001.

PERRY RUBIO G., "Estado y sector privado en la Constitución", *Constitución Económica Colombiana*, Bogotá D.C. 1996.

QUINTERO C., "Planeación, expansión de redes internacionales de energía", *Reflexiones sobre la integración energética*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

RAMIREZ E., "Intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios: ¿interferencia perniciosa o injerencia necesaria?", *Letras Jurídicas*, EEPPMM, vol 5, No 2, septiembre 2000.

RAMIREZ R., "Evolución del desarrollo regulatorio en los servicios públicos de electricidad y gas 1994-2004", *Contexto*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Edición Especial, No 19, septiembre de 2004.

REMICHE B., "El derecho europeo de la competencia", *Regulación eléctrica. Estudio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

REMICHE B., "Comentarios a la directiva sobre electricidad", *Regulación eléctrica. Estudio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Revista *Portafolio*, Bogotá, miércoles 9 de junio de 2004.

SÁNCHEZ G., PACHECO H., OBREGÓN G., et ALVARADO Y., "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios", *Actualidad Jurídica*, Tomo IV, Bogotá, Superintendencia de Servicios Públicos, 2001.

SANDOVAL A., "Monographie du secteur électricité et gaz colombien". *Archives d'économie*. Bogotá, D.C. Département National du Plan. Document 272, 2004.

SIERRA J., "Réformes de seconde génération", *Diario La República*, 2006

VALDERRAMAM E., "La inseguridad jurídica en el sector eléctrico", *Regulación Eléctrica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

VALLEJO C., "Revisión conceptual en el sector eléctrico", *los servicios públicos como instrumentos solidaridad y cohesión social del Estado*. s.l. Ed. complexus, 2005.

VELANDIA M., *Ámbito Jurídico*, 5 al 18 de agosto de 2002.

VELILLA M., *Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante. Derecho de la competencia*, Bogotá, SIC, El Navegante, 1998.

III. DOCUMENTS SUR L'INTERNET

<http://www.cre.gob.mx/publica/informe05/libro_cre.pdf>

<<http://www.creg.gov.co/noticias>>

<www.asmp.fr/fiches_academiciens/textacad/boiteux/conference_bresil.pdf>.

ABDALA M. et CHAMBOULEYRON A., *Transmission Investment in Competitive Power Systems, Decentralizing Decision in Argentina*, Banque mondiale, 1999, <<http://rru.worldbank.org/PublicPolicyJournal/Summary.aspx?id=192>>.

ALBERRO J., *Apertura, competencia y competitividad del sector energético: electricidad y gas natural*,
<http://www.cfc.gob.mx/images/stories/comunicacion/Publicaciones/competencia_economica_en_mexico/Capitulo%20V%20-Alberro.pdf >

ALMAZA J., *El dogma de la privatización eléctrica. Seminario internacional. Impactos de la privatización eléctrica a nivel mundial : estado, desarrollo y soberanía*, México D.F., 1999,
<http://www.laneta.apc.org/seminario_privatizaciones/almazan.html>.

ALVAREZ C., "Las reformas liberales de los servicios públicos. El caso de la reforma eléctrica colombiana", *Observatorio de la Economía Latinoamericana* N° 29, 2004, p 10, <<http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/co/cgah-sp.htm>>

Análisis de la evolución de los servicios públicos domiciliarios durante la última década. Energía eléctrica.
<<http://www.andesco.com/index2.php?IdCat=76&IdSub=271&detalle=1>>

ÁNGELES O., *Los efectos del TLCAN en los cambios de la organización de la industria eléctrica en Mexico*, <<http://www.depfe.unam.mx/p-cientifica/coloquio-erdal/11DSarahiAngelesLtt.pdf>>

BOURGUIGNON F., *Reforming Infrastructure-privatization, regulation and competition*, 2004,
<<http://econ.worldbank.org/external/default/main?menuPK=477792&pagePK=64168092&piPK=>>

BRECEDA-LAPEYRE M., *Inversión privada en el sector eléctrico de México*, 2002.
<http://www.cec.org/files/PDF/ECONOMY/ELEC-INVyTEC_es.pdf>.

BRECEDA M., *Propuesta de cambio estructural de la industria eléctrica en Mexico*, Comisión para la Cooperación ambiental de América del Norte, Toronto Canadá, 2000, p 5-10-33. <http://www.cec.org/files/pdf//Breceda-s_ES.PDF>.

CALLEJA G., *El apagón del modelo eléctrico neoliberal. El Modelo Eléctrico Neoliberal del Banco Mundial: su fracaso.*

<http://www.info-moreno.com.ar/notas/electricidad/apagon_modelo.htm>

CARRILLO F., *Revisión crítica de la propuesta foxista*,

<<http://www.prd.org.mx/ierd/coy117-118/fjcs1.htm>>

CASTRO J., *Integración económica y realidad normativa: el caso de México*,

<www.iberGOPmx.org/documentos/1/3/0/art/archivos/armdz4vl.pdf>

Conversando con Diego Petrecolla sobre pobreza y privatización.

<<http://www.observatoriosocial.com.ar/n7->

[2.pdf#search=%22Pobreza%20y%20privatizaci%C3%B3n%22](http://www.observatoriosocial.com.ar/n7-2.pdf#search=%22Pobreza%20y%20privatizaci%C3%B3n%22)>

Comentarios gremiales, <www.acce.com.co>

Comisión Reguladora de Energía, *Cambios en el mercado mundial de energía: caso México*, Mexico, 2002.

<<http://www.cre.gob.mx/discursos/2002/001-DPJ-CERA%20160102.pdf>>

Comisión Reguladora de energía CRE, “Regulación eléctrica: avances y tendencias” *Boletín Transforma*, 2003,

<<http://www.cre.gob.mx/publica/transforma/2003/0603.pdf>>

Comisión Reguladora de energía CRE, “Regulación eléctrica: avances y tendencias” *Boletín Transforma*, 2004,

<<http://www.cre.gob.mx/publica/transforma/2004/1004.pdf#search=%22%20regulacion%20electronica%20avances%20y%20tendencias%22%22>>

Concepto S- 2004- 040416, Comisión Reguladora de Energía y Gas CREG, <[www.creg.gov.co/publicac.nsf/indice01.conceptos.creg=2004=C040416](http://www.creg.gov.co/publicac.nsf/indice01/conceptos.creg=2004=C040416)>

COSSIO J. y CORTÉS J., *La inconstitucionalidad del reglamento de energía eléctrica (y las inconsistencias de la sentencia que la declara)*, <<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/05-21-foro-iinconstitucionalidad.htm>>

CRE, *Cambios en el mercado mundial de la energía: caso México*, 2002. <<http://www.cre.gob.mx/discursos/2002/001-DPJ-CERA%20160102.pdf>>

DE LA MADRID M., *Las reformas constitucionales de 1983 y preceptos de contenido económico*. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/127/11.pdf>>

Decisión andina No 536, *Marco general para la interconexión subregional e sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad*. <www.comunidadandina.org/normatividad/dec.d536.htm>

Document 073 du 25 septembre 2003, *Bases conceptuales para la regulación de la prestación del servicio de electricidad en las zonas no interconectadas*, CREG, 2003, <[domino.creg.gov.co/.../d56ea79ea9f51c9d05256db40076910d/\\$FILE/D.SOPORTE%20RES.%20093.pdf](http://domino.creg.gov.co/.../d56ea79ea9f51c9d05256db40076910d/$FILE/D.SOPORTE%20RES.%20093.pdf)>.

Document CREG 005 du 16 janvier 2004, <[domino.creg.gov.co/.../d56ea79ea9f51c9d05256db40076910d/\\$FILE/D.SOPORTE%20RES.%2004.pdf](http://domino.creg.gov.co/.../d56ea79ea9f51c9d05256db40076910d/$FILE/D.SOPORTE%20RES.%2004.pdf)>

El marco regulatorio en el sector energético: experiencias internacionales y situación en México, 2002. <<http://www.cre.gob.mx/discursos/2002/003-Consultoria-DPJ-200502.pdf#search=%22El%20marco%20regulatorio%20en%20el%20sector%20energ%C3%A9tico%3A%20experiencias%20internacionales%20y%20situaci%C3%B3n%20en%20M%C3%A9xico%22>>

HERREÑO A., *El modelo privatizador de los servicios públicos domiciliarios: contra el bienestar general y los derechos colectivos*, <<http://www.ilsa.org.co/IMG/pdf/Ponencia.pdf> >

JIMÉNEZ SAN VICENTE A., *Proyección del sector eléctrico 2002-2011*, México, Secretaría de Energía 2002, <http://www.energia.gob.mx/work/appsite/publicaciones/PROS_ELECT1.pdf>.

MALDONADO P. et PALMA R., *Seguridad y calidad del abastecimiento eléctrico a más de 10 años de la reforma de la industria eléctrica en países de América del Sur*, <<http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/2/15392/P15392.xml&xsl=/drni/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xslt>>

MEDINA J. A., *Perspectivas del sector energía en México. Presentación*, Mexico, 2004. <<http://www.ises.org/CDM/Ross.pdf#search=%22Perspectivas%20del%20sector%20energ%C3%ADa%20en%20M%C3%A9xico%22>>.

PERRY G., *Instituciones, competencia y desigualdad: similitudes y diferencias de México con el resto de América latina*, banco mundial, diciembre de 2006, <<http://72.14.209.104/search?q=cache:g5jpyWj13N4J:siteresources.worldbank.org/INTMEXICOINSPANISH>

POPAYÁN A. ROBELTO G. et ARBELÁEZ L.E., *Estructura de propiedad en el sector de generación eléctrica en Colombia*, http://www.aciem.org/bancoconocimiento/E/Estructuradepropiedadgeneracionext_/generaci%F3n.doc.

QUINTANILLA Y FERNÁNDEZ, *Diez mitos sobre la participación privada en la industria eléctrica, seminario internacional impactos de la privatización eléctrica a nivel mundial*,
<<http://www.cddhcu.gob.mx/bibliot/publica/inveyana/econycom/secelec/cuadec28.html>>.

RAMÍREZ R., *La electricidad en México*,
<[www.rosenblueth.mx7fundacion/numero 13/conciencia 13_electricidad](http://www.rosenblueth.mx7fundacion/numero%2013/conciencia%2013_electricidad)>

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, *Diccionario de la Lengua Española*, s.l., Vigésima segunda edición,
<http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=tension>

Revisión de la OCDE sobre la reforma regulatoria en México (síntesis), p. 29, 2004.
<<http://www.apps.cofemer.gob.mx/documentos/pdf/sintesis.pdf>>.

RODRIGUEZ-PADILLA V., *Política energética en los países en desarrollo, ¿que finalidades y modalidades de la intervención de los poderes públicos en economías cada vez mas liberalizadas y globalizadas?*, <<http://buho.economia.unam.mx/p-cientifica/coloquio-erdal/26HVictorRodriguezPadillaLt.pdf>>

ROJAS J., *Cuatro modelos de industria eléctrica*, 1999
<<http://www.jornada.unam.mx/1999/08/22/nieto.html>>

SAINZ MEJIA J., GONZÁLEZ BROCA S., BAHEN D., GUTIÉRREZ RICO R. et ARENAS R., *Electricidad de México, frente de trabajadores de la energía*, <<http://www.fte-energia.org/pdf/E403.pdf>>.

SÁNCHEZ F., "Crisis de la integración o crisis de la relaciones binacionales?" <www.olade.org.ec/Fier/documentos/pdf-33>.

SÁNCHEZ SALAZAR M., CASADO IZQUIERDO J. et SAAVEDRA SILVA E., *La inversión privada en el sector eléctrico en México: antecedentes, características y estructura territorial*, <<http://indy2.igeograf.unam.mx/instituto/publicaciones/boletin/bol54/b54art5.pdf>>.

SECRETARIAT DES AFFAIRES INTERIEURES, SOUS-SECRETARIAT A LA COORDINATION LEGISLATIVE, Document N° SEL/04/02, <http://www.senado.gob.mx/content/sp/sp/content/gaceta/content/permanente/58/content/35/Sector_electrico_reforma_constitucional.html/>

SERRATO ANGELES G., *¿La reforma eléctrica francesa es aplicable en México?*. <<http://www.depfe.unam.mx/p-cientifica/coloquiocerdal/17EGerardoserrato%20Lt.pdf#search=%22%C2%BF%20La%20reforma%20el%C3%A9ctrica%20francesa%20es%20aplicable%20en%20M%C3%A9xico%3F%2C%20%22>>

SHEINBAUM C. y RODRÍGUEZ V., "Tendencias y perspectivas de la industria de la energía eléctrica", *El Cotidiano*, Septiembre-Octubre, 2000, edición 17, No 103, <<http://www.doaj.org/doaj?func=abstract&id=153993&recNo=11&toc=1>>

SUÁREZ VILLASEÑOR J. y PIERDANT A., *México: eficiencia y rentabilidad del sector eléctrico*, Mexico, <<http://www.xoc.uam.mx/~polcul/pyc17/05-suarez.pdf>>

Traité Cadre du Marché Électrique de l'Amérique centrale, El Salvador, Centre de documentation judiciaire de la Cour de Cassation du Salvador, 1996, <<http://www.csj.gob.sv/convenios.nsf/ef438004d40bd5dd862564520073ab15/77d4ad659453a0400625676f0059ec88?OpenDocument>>

URBIZTONDO S., ROJAS J. M. y CHAHÍN C., “Al rescate de la Reforma eléctrica de 1994”, *Misión de servicios públicos*, Fedesarrollo, 2004, <<http://www.fedesarrollo.org/contenido/articulo.asp?chapter=168&article=478>>

VALENCIA S., *Las controversias constitucionales instrumento regulador del Estado mexicano.*, <www.bibliotecajuririca.org/libros/4/1510/37.pdf>

VARGAS L., *La privatización de la industria eléctrica y del patrimonio de la Nación mexicana*, p. 20, <<http://www.rebelion.org/economia/031120vargas.pdf>>

VIQUIEIRA J., *Propuesta alternativa de reestructuración del sector eléctrico.* <http://www.rosenblueth.mx/fundacion/Numero13/politicapensamiento13_propuesta.htm>

IV. CONFÉRENCES, CONGRÉS ET SYMPOSIUMS

HEFYE ETIENNE F., “El papel de las agencias reguladoras y las instituciones de competencia”. *Conférences sur Competition policy infrastructure services*, Washington, 23 et 24 avril 2001.

PÉREZ-JÁCOME D., conférence présentée au Congrès sur le thème: "Sector eléctrico mejicano : cambio y desarrollo", México, août 2001.

OCHOA F., *Distorsiones regulatorias y falencias de la SSP*, Alcogen, Bogotá, Conferencia dictada el 16 de diciembre de 2002, <<http://www.acolgen.org.co/mod.php?mod=docs&op=see&lid=39>>

RUIZ J., *Premier Congrès de Réglementation Économique*, "La Empresas de Economía Mixta como alternativa a las privatizaciones de las Empresas Públicas", Santiago de Chile, 2005.

s.a. *Visión Colombia II Centenario*, DNP, s. l., 2006.

V. LÉGISLATION ET JURISPRUDENCE MEXICAINE

Constitution Politique Mexicaine

D.O.F du 23 décembre 1992, qui réforme la loi du service public de l'énergie électrique

Loi du 22 décembre 1975, Loi du service public de l'énergie électrique réformée par le D.O.F. du 31 mai 1993.

Loi du 29 décembre 1976, loi organique de l'administration publique fédérale, modifiée par le D.O.F. du 2 février 2006

Loi du 31 octobre 1995, loi de la commission régulatrice de l'énergie, réformée par le D.O.F. du 23 janvier 1998.

Décret du 4 octobre 1993 selon lequel est créée la commission régulatrice de l'énergie en tant qu'organe administratif déconnecté du secrétariat de l'énergie, des mines et de l'industrie para étatique, D.O.F. du 4 octobre de 1993.

Arrêt CRE Res /057/ 2000, approuvant les catalogues de prix et les coûts unitaires du kilovolt ampère de capacité de transformation de la commission fédérale de l'électricité et de la lumière et de la force du centre, auxquels se réfèrent les articles 12, 15 et deux transitoire du règlement de la loi du service public de l'énergie électrique en matière d'apports.

Arrêt CRE No Res/156/2002, approuvant la méthodologie par la détermination du coût total à court terme utilisé pour le paiement de l'énergie électrique remis par les permissionnaires à la CFE o LFC.

SCJN, controverse constitutionnelle 22/2001 du 3 juin 2002, Congrès de l'Union contre le Président Constitutionnel des États-Unis du Mexique, du Secrétariat de la Commission régulatrice de l'énergie et du Secrétariat de Préfecture.

VI. LÉGISLATION COLOMBIENNE

Constitution Politique de la Colombie

Décision Andina 285 de mars 1991.

Décision Andina 536 de avril 2002

Exposé des motifs du projet de loi des services publics domiciliaires (Loi 142 de 1994).

Exposition de motifs au Projet de Loi s-135, sur le régime des services publics, Gazette du Parlement N° 162, du 17 novembre 1992.

Loi 155 du 24 décembre 1959, selon laquelle on donne des dispositions sur des pratiques commerciales restrictives, *Journal Officiel* N° 13 068, du 22 janvier 1960.

Loi 142 de 1994 établissant le régime des services publics, *Journal Officiel* No. 41 433, du 11 juillet 1994.

Loi 143 de 1994 établissant le régime pour la génération, l'interconnexion, la transmission, la distribution et la commercialisation de l'électricité sur le territoire nationale, des autorisations sont concédées et des dispositions sont émises en matière énergétique, *Journal Officiel* No. 41 434, du 12 juillet 1994.

Loi 222 du 20 décembre 1995, relative à la réforme du Code de Commerce, *Journal Officiel* N° 42 156, à l'article 22 signale que les gérants ainsi que les membres des conseils d'administration sont des administrateurs.

Loi du 489 décembre 1998 relative aux normes sur l'organisation et le fonctionnement des organismes de l'ordre national, *Journal Officiel* No. 43 464, du 30 décembre 1998.

Loi 550 du 30 décembre 1999 relative à la promotion et à la facilitation de la relance de l'entreprise et la restructuration des entités territoriales pour assurer la fonction sociale des entreprises et parvenir au développement harmonieux des régions.

Loi 788 de 2002 sur la matière fiscale et pénale d'ordre national et territorial, *Journal Officiel* N° 45 046, du 27 décembre 2002

Loi 812 de 2003, à propos de la commercialisation dans la prestation du service de l'énergie électrique et d'autres dispositions sont émises, *Journal Officiel* No. 45 410, du 23 décembre 2003.

Décret 3734 du 19 décembre 2003 réglementant l'article 65 de la Loi 812 de 2003, à propos de la commercialisation dans la prestation du service de l'énergie électrique et d'autres dispositions sont émises, *Journal Officiel* No. 45 410, du 23 décembre 2003.

Décret 848 du 28 mars 2005, autorisant la constitution d'une entreprise de services publics, *Journal officiel* N° 45 863, du 29 mars 2005.

Arrêts CREG 001 du 2 novembre 1994, réglementant le transport de l'énergie électrique par le système de transmission nationale et réglementant la liquidation et l'administration des comptes originaux pour les charges d'utilisation de ce système

Arrêt 003 du 2 novembre 1994, réglementant le transport de l'énergie électrique par les systèmes de transmission régionale et distribution locale.

Arrêt CREG 024 du 13 juillet 1995, que l'on réglemente les aspects commerciaux du marché de gros de l'énergie dans le système d'interconnexion nationale, qui font partie du Règlement d'Opération, *Journal Officiel* N° 41 937, du 24 juillet 1995

Arrêt CREG 25 du 13 juillet 1995 établissant le Code de Réseaux, comme partie du règlement d'opération du système interconnecté national, *Journal Officiel* No. 41 937, du 24 juillet 1995.

Arrêt CREG N° 028 du 27 mars 1996 approuvant la charge pour l'usage du système de transmission régionale et de distribution local dans la centrale hydroélectrique de Caldas, de la part des entreprises publiques de Pereira.

Arrêt CREG 096 du 20 octobre 1996 modifiant l'Arrêt CREG 074 de 1996, qui réglementait le service public des gaz liquéfiés du pétrole (GLP), et d'autres dispositions ont été émises

Arrêt N° 116 de 1996, CREG, réglementant la méthode de calcul de la charge pour capacité sur le marché de gros de l'électricité, *Journal Officiel N° 42929, du 29 novembre 1996*

Arrêt CREG 128 du 17 novembre 1996 qui énonce les règles sur la participation dans les activités de génération, de distribution et de commercialisation de l'électricité et fixe les limites à la participation actionnaire entre entreprises ayant des activités complémentaires, *Journal Officiel No. 42 949 du 30 décembre 1996 modifiée par l'arrêt 001 de 2006, Journal Officiel No. 46 170, du 2 février 2006*)

Arrêt CREG 108 du 3 juillet 1997 signalant des critères généraux sur la protection des droits des usagers des services publics de l'énergie électrique et du gaz combustible par réseau physique, par rapport à la facturation, la commercialisation et autres affaires relatives au rapport entreprise-usager, et d'autres dispositions sont émises, *Journal Officiel No. 43 082, du 11 juillet 1997.*

Arrêt N° 217 de 1997. CREG, relatif à l'établissement et la réglementation du Statut du Rationnement, *Journal Officiel N° 43 183, du 19 novembre 1997.*

Arrêt N° 018 de 1998, CREG, relatif aux minima coopératifs, *Journal Officiel N° 43 241, du 19 février 1998.*

Arrêt CREG-051 de 1998, selon laquelle ont été approuvés les principes généraux et les procédures visant à définir le plan d'expansion en référence du système du Système de Transmission National et a été établie la méthodologie pour déterminer le revenu régulé pour concept de l'usage de ce Système, *Journal Officiel* No. 43 497, du 09 février 1999.

Arrêt 57 de 1998 du 19 mai 1998 selon lequel sont approuvées les dispositions réglementaires applicables aux Interconnexions internationales qui complètent la disposition de l'Arrêt CREG-051 de 1998, *Journal Officiel* N° 43311, du 1^{er} juin 1998.

Arrêt 070 de 1998 CREG du 28 mai 1998, établissant le Règlement de distribution de l'énergie électrique, comme partie du Règlement d'opération du système interconnecté national, *Journal Officiel* No. 43 318, du 10 juin 1998.

Arrêt CREG 131 du 23 décembre 1998, modifiant l'Arrêt CREG-199 de 1997 et d'autres dispositions additionnelles sur le marché compétitif de l'énergie électrique ont été émises, *Journal Officiel* No 43 465, du 31 décembre 1998

Arrêté SIC 2 479 du 20 avril 1998.

Arrêté N° 4 341 du 23 juin 1998.

Arrêté N° 7 981 du 21 octobre 1998.

Arrêté SSP 2 554 du 27 avril 1998

Arrêt CREG 04 du 28 janvier 1999, précisant et/ou modifiant les dispositions établies dans l'Arrêt CREG-051 de 1998, selon laquelle ont été approuvés les principes généraux et les procédures visant à définir le plan d'expansion en référence du système du Système de Transmission National et a été établie la

méthodologie pour déterminer le revenu régulé pour concept de l'usage de ce Système, *Journal Officiel* No. 43 497, du 09 février 1999.

Arrêté SIC 0163323, 18 août 1999.

Arrêt CREG N° 034 de 2001 établissant la formule spéciale à incorporer dans la formule tarifaire applicable aux petits consommateurs de gaz naturel, le coût des achats de gaz différent du non associé (Gt).

Arrêt CREG 039 du 29 mars 2001, modifiant partiellement les Arrêts CREG-086 de 1996 et CREG-107 de 1998, *Journal Officiel* No.44 395 du 21 avril 2001

Arrêt CREG 141 du 31 octobre 2001, émettant une décision sur la demande de révocation directe déposée par Hernán Puyo Falla, en sa qualité de Vice-président du Commerce Extérieur et de l'Industrie de l'Association Nationale des Industriels -ANDI, à l'encontre de l'Arrêt CREG-039 de 2001, et l'article 4 de l'Arrêt CREG-131 de 1998.

Arrêté SIC 15 653 du 10 mai 2001, Décisions 031 du 26 août 1996 et 013, du 17 avril 1997.

Arrêté SIC 41 461 de 2001.

Article 2 de l'Arrêt CREG 085 de décembre de 2002, modifiant les articles 3, 4, 5 et 6 de l'Arrêt CREG-022 de 2001

Arrêté SIC N° 10 765 du 2002.

Arrêt CREG 004 du 12 février de 2003 établissant la réglementation applicable aux transactions internationales d'électricité à court terme -TIE-, qui fera partie

du Règlement d'Opération et d'autres dispositions complémentaires sont adoptées, *Journal Officiel* No. 45 102, du 19 février 2003.

Arrêté SSP 2991 du 2 juillet 2003

Arrêt SSP 3261 de 2003. "La SSP sanctionne l'entreprise Chivor S.A ESP et d'autres producteurs".

Arrêté SSP N° 3262 de 2003. "La SSP sanctionne l'entreprise Urrá S.A. ESP" -

Arrêté SSP 3263 de 2003. "La SSP sanctionne l'entreprise *TermoTasajero S.A. ESP*".

VII. JURISPRUDENCE COLOMBIENNE

Cour Constitutionnelle, Arrêt T-533 de 1992, 23 septembre 1992, dossier T-3038.

Cour Constitutionnelle, Arrêt T-240 de 1993, 23 juin 1993, dossier T-9665

Cour Constitutionnelle, Arrêt T-251 de 1993, 30 juin 1993, dossier T-10506.

Cour Constitutionnelle, Arrêt T-291 de 1994, 22 juin 1994, dossier T-30517.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C- 318 de 1994, 14 juillet de 1994, dossier N° D-458

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-398 de 1995, 7 septembre 1995, dossier D-865.

Cour Constitutionnelle, Arrêt. C-022 de 1996, 23 janvier 1996, dossier No. D-1008.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C- 176 de 1996, 30 avril 1996, dossier No. D-1043.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C- 176 de 1996, 29 avril 1996, dossier T-87176

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-254 de 1996, 28 mai 1996,

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-599 de 1996, 6 novembre 1996, dossier D-1301.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-352 de 1998, 15 juillet 1998, dossier D-1898

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-1162 de 2000, 6 septembre 2000, dossier D-2863

Cour Constitutionnelle, Arrêt C- 616 de 2001, 13 juin 2001, dossier D-3279.

Cour Constitutionnelle. Arrêt C- 815 de 2001 du 2 août 2001, dossier D-3367.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-309 de 2002, 30 avril 2002, dossier D-3754

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-389 de 2002, 22 mai 2002, dossier D-3765.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-398 de 2002, 22 mai 2002, dossier D-3821.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C- 615 de 2002, 8 août 2002, dossier D-3881.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-915 de 2002, 29 octobre 2002, dossier D-4014.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-974 de 2002, 13 novembre 2002, dossier D-4025.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-037 de 2003, 28 janvier 2003, dossier D-3982.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-150 de 2003, 25 février 2003, dossier D-4194.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-654, 5 août 2003, dossier D-4413.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-741 de 2003, 28 août 2003, dossier D-4405.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-130 de 2004, 19 février 2004, dossier D-4740.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-516 de 2004, 25 mai 2004, dossier D-4998.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-578 de 2004, 8 juin 2004, dossier D-5060

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-516 de 2004, du 25 mai 2004, dossier D-4998.

Cour Constitutionnelle, Arrêt C-075 de 2006, 8 février 2006, dossier D-5747

Conseil d'État, Arrêt février 1998, N° 4 443.

Conseil d'État, Arrêt du 12 mars 1998, N° 4 443.

Conseil d'État, Arrêt 21, septembre 2000, N° 4 301.

Conseil d'État, Arrêt du 7 décembre 2000, N° 6 022.

Conseil d'État, Arrêt du 30 mars 2001, N° 4 957

Conseil d'État, Arrêt N° 6 180, 26 juillet 2001, N° 6 180.

Conseil d'État, Arrêt 29 juillet 2004.

Conseil d'État, Arrêt N° 11 854 2005.

ANNEXES

Liste des figures et des tableaux

Figures

Figure 1: Monopole public

Figure 2: Modèle de la concurrence (coexistence de l'intervention de l'État et de la concurrence)

Figure 3 : Objectifs finals de la convergence

Figure 4: Modulation des axes convergents selon la Cour Constitutionnelle

Figure 5 : Modulation des axes convergents selon la doctrine

Tableaux

Tableau 1 : Nouvelles entreprises à la suite de la libéralisation

Tableau 2 : Privatisation dans le secteur de l'électricité

TABLE DES MATIÈRES

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

INTRODUCTION	1
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

MODÈLE DE MONOPOLE D'ÉTAT : LE CAS DU MEXIQUE

I. ÉVOLUTION DES SOURCES DU DROIT	19
---	----

A. Des concessions aux particuliers au monopole public (1857-1960)	19
--	----

B. Du monopole public à la timide 'ouverture au secteur privé (1960 à 1992)	22
---	----

C. De la timide ouverture au secteur privé à la proposition de réforme Constitutionnelle (1992 à 2002)	24
--	----

II. LES PRINCIPAUX INSTRUMENTS

EN VIGUEUR	28
------------------	----

A. Dispositions nationales	29
----------------------------------	----

1. <i>Titularité publique</i>	29
-------------------------------------	----

2. <i>Titularité privée pour des activités non considérées comme des services publics</i>	30
---	----

3. <i>Planification</i>	30
-------------------------------	----

4. <i>Régulation</i>	30
----------------------------	----

B. Le Traité de libre-échange nord-américain (ALÉNA) Et ses effets dans l'ordre interne	32
--	----

1. <i>Normes internes</i>	32
2. <i>Traités internationaux de libre-échange</i>	33
III. CARACTERISTIQUES DU MODÈLE	35
A. La concurrence comme dérogation	35
1. <i>Acheteur unique</i>	38
2. <i>Intégration verticale et horizontale</i>	38
3. <i>Absence de règles visant à promouvoir la concurrence, malgré l'existence de règles sur le contrôle et la défense de la concurrence.</i>	40
B. La concurrence dans les activités non considérées comme service public.	42
C. L'intervention de l'État en lieu et place du marché	47
1. <i>Régulation par l'État</i>	47
2. <i>Supervision et contrôle</i>	51
3. <i>Aides octroyées par l'État</i>	51
4. <i>Intervention principale et exclusive de l'État</i>	52

DEUXIÈME PARTIE

MODÈLE DE CONCURRENCE : LE CAS DE LA COLOMBIE

I. ÉVOLUTION DES SOURCES DU DROIT	56
A. De l'initiative privée au monopole d'État (de 1886 à 1945)	57
B. Du monopole d'État à l'état d'urgence économique et sociale (de 1945 à 1992)	62

C. De l'état d'urgence économique et sociale (Décret 700 de 1992) au nouveau modèle de concurrence (Lois 142 et 143 de 1994).....	67
II. LES PRINCIPAUX INSTRUMENTS EN VIGUEUR.....	73
A. Les instruments de l'État colombien pour organiser le marché de l'électricité.....	73
1. <i>Organisation de la structure institutionnelle</i>	73
2. <i>Libéralisation</i>	76
3. <i>Privatisation partielle</i>	78
4. <i>Régulation</i>	81
5. <i>Introduction de la concurrence</i>	81
6. <i>Planification</i>	81
B. Nouveaux instruments dans la Décision Andine 536 de 2002 : intégration énergétique dans la concurrence	82
1. <i>Normes internes colombiennes antérieures à la Décision Andine 536 de 2002</i>	83
2. <i>Accords internationaux de libre-échange : Décision andine 536</i>	85
a. Accords bilatéraux	85
b. La Communauté andine des nations (CAN)	86
3. <i>Normes internes colombiennes développant la Décision 536</i>	90
III. CARACTÉRISTIQUES DU MODÈLE	92
A. Intervention de l'État en fonction du marché	95
1. <i>Intervention régulatrice</i>	97
2. <i>Intervention de contrôle et surveillance du marché</i>	101
3. <i>État entrepreneur</i>	105

4. <i>Intervention de l'État par le biais des aides</i>	107
B. La concurrence : règles et réalité	109
1. <i>Règles structurelles pour le marché électrique</i>	110
a. La libre entrée et sortie conditionnée	114
b. La séparation partielle des activités	115
1) Production	118
2) Transport.....	121
3) Distribution.....	123
4) Commercialisation.....	125
c. L'intervention de l'État dans les contrats pour les adapter aux conditions de la concurrence	127
d. Le régime des réseaux afin de garantir le système de concurrence au sein d'un même réseau	127
e. Le régime des prix selon la structure du marché prédominante	132
f. Organisation du marché de gros et au détail compétitif	134
g. Changement d'agent de commercialisation pour usagers régulés et non régulés	140
h. Contrôle des prix sur le marché de gros afin d'éviter l'abus de position dominante	141
2. <i>Règles sur les conduites</i>	141
a. Pratiques restrictives de la concurrence	144
1) La Loi 142 établit des normes importantes qui servent de base à la prohibition générale des conduites contraires à la concurrence	145
2) En ce qui concerne les accords contraires à la concurrence.....	146
3) L'article 34.6 considère un autre type de pratique restrictive de la concurrence : l'abus de position	

dominante.....	153
4) Concentration d'entreprises.....	159
b. Actes de concurrence déloyale	162
1) Prohibition générale	163
2) Conduites spécifiques	164

TROISIÈME PARTIE

VERS UN RÉGIME DE CONVERGENCE ENTRE L'INTERVENTION DE L'ÉTAT ET LA CONCURRENCE

I. LES MODÈLES D'ORGANISATION DU MARCHÉ DE L'ÉLECTRICITÉ EN VIGUEUR : ANALYSE DES RESULTATS	179
A. Le monopole public	179
1. <i>Analyse du modèle à partir de la jurisprudence</i>	180
2. <i>Analyse du modèle à partir de la doctrine</i>	185
a. Avantages selon une partie de la doctrine.....	187
1) Efficacité dans l'accomplissement de certains objectifs publics.....	187
2) Souveraineté dans les décisions de l'État.....	189
3) La force patrimoniale des entreprises électriques publiques	190
b. Désavantages selon une autre partie de la doctrine	192
1) Non - durabilité à long terme pour atteindre les objectifs publics	193
2) Inefficacité du modèle.....	195
3) Limitation du plein exercice des droits économiques...	197
4) Perte de légitimité face aux processus régionaux	

d'intégration en matière d'énergie.....	198
3. <i>Ce modèle n'est pas durable à long terme.</i>	201
B. Le modèle de concurrence	202
1. <i>Analyse du modèle à partir de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle</i>	203
2. <i>Analyse du modèle à partir de la doctrine</i>	211
a. Avantages du modèle selon une partie de la doctrine.....	212
1) Le modèle permet de réduire le poids du secteur électrique dans les finances publiques	213
2) Le modèle permet d'augmenter le nombre d'entreprises sur le marché	216
b. Désavantages selon une autre partie de la doctrine	217
1) Le modèle n'a pas réussi à atteindre les objectifs publics sociaux	217
2) Les résultats ne sont pas ceux que l'on attendait pour des causes attribuables à la concurrence	220
3. <i>Le modèle provoque des tensions entre l'intérêt général et l'intérêt particulier</i>	221
a. Description des tensions	221
b. Face aux tensions, la proposition de solution de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle est plus adéquate pour la Colombie que celles présentées par la doctrine.	237
 II. LA CONVERGENCE EST UN RÉGIME QUI REPRÉSENTE L'HARMONISATION DANS LE MODÈLE DE LA CONCURRENCE D'ORGANISATION DU MARCHÉ DE L'ÉNERGIE ÉLECTRIQUE EN COLOMBIE	240
 A. Sources de droit du régime de la convergence	244

B. Contributions du régime de convergence.....	248
1. <i>Harmonisation des principes ou des biens constitutionnels vers les mêmes objectifs publics.....</i>	<i>249</i>
2. <i>Réduction des tensions entre l'intérêt public et l'intérêt privé.....</i>	<i>250</i>
3. <i>Diminution des coûts sociaux</i>	<i>253</i>
C. Structure du régime de convergence.....	254
1. <i>L'intervention de l'État et la concurrence comme axes concourants ou convergents.....</i>	<i>259</i>
a. Les axes convergents comme principes ou biens constitutionnels.....	260
b. Conditions requises pour que les deux axes soient concurrents	262
1) Conditions requises pour que l'intervention de l'État soit un axe de convergence sur le marché de l'énergie électrique	263
2) Conditions requises pour que la concurrence soit un axe de convergence sur le marché de l'énergie électrique.....	266
c. Modulation des axes convergents pour atteindre les objectifs publics.....	269
1) Modulation des axes convergents selon de la Cour Constitutionnelle	269
2) Modulation des axes convergents selon la doctrine.....	273
3) Modulation des axes convergents selon notre propre concept	277
2. <i>Les objectifs publics comme pilier : concept précis d'intérêt général</i>	<i>288</i>
a. Les objectifs publics établis dans le droit positif.....	288

1) Les objectifs publics selon la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle	288
2) Les objectifs publics selon la doctrine.....	290
3) Les objectifs publics d'intérêt général, selon notre critère	291
b. Pondération dans et entre les objectifs publics	294
 D. Les défis du régime de la convergence face au processus d'intégration énergétique.....	298
1. <i>Objectifs supranationaux.....</i>	<i>300</i>
2. <i>Développements normatifs de la convergence dans les zones de libre commerce en vigueur du service de l'énergie électrique</i>	<i>301</i>
3. <i>Étude des cadres juridiques proposés pour l'organisation du marché commun ou régional énergétique.</i>	<i>302</i>
 CONCLUSION GÉNÉRALE	305
 BIBLIOGRAPHIE.....	311
 ANNEXE: Liste des figures et des tableaux.....	339