

# LA LOI DANS LE PROCESSUS DE LIBÉRALISATION DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

La « juridification » des relations réglementaires

Colin SCOTT

**L**a juridification est un processus selon lequel une activité assume les caractéristiques du système légal dans lequel les relations sont médiées. Dans quelques domaines, par exemple, il s'avère que les systèmes économiques et légaux vont déjà dans la même direction et partagent des valeurs similaires. On en trouve des exemples dans les relations respectives entre les principes économiques d'échange et d'organisation et les principes légaux du droit des obligations et du droit des sociétés. La juridification survient typiquement lorsque des acteurs précédemment orientés par d'autres valeurs « se tournent vers le cadre juridique pour déterminer leurs droits, devoirs, pouvoirs et responsabilités » (1). Le « cadre juridique » ne renvoie pas seulement à l'autorité de tutelle immédiate pour conduire et réglementer certaines activités, mais aussi aux valeurs plus générales ou à la culture du système légal. Dans le secteur des activités de service public (2) il est probable que nous verrons l'influence de valeurs issues du droit des sociétés, du droit des obligations, du droit administratif et du droit de la concurrence.

Des indices de ce processus de juridification ne se réduisent pas aux seules preuves apportées par l'accroissement des procès mais intègrent celles qui proviennent d'une implication plus importante des avocats à la fois pour rédiger des projets et interpréter licences et contrats, servir d'intermédiaires entre acteurs (3). Il apparaît aussi que les acteurs eux-mêmes accordent une plus grande attention afin de s'efforcer d'être en accord avec les valeurs et les exigences du cadre légal. La juridification peut aussi être vue comme une question de degré, et il n'y a pas de doute qu'au moins une partie du secteur britannique des activités d'intérêt public se « juridifie ». Ce texte explore les façons dont cela se passe. Trois questions sont à considérer. La première, pourquoi un processus de juridification survient-il ? La seconde, quels sont les principaux indicateurs d'un tel processus ? La troisième, quelles en sont les conséquences ?

Les activités de service public étaient au départ, en Grande-Bretagne, assurées sur une base locale ou régionale, quelquefois concurrentielle, par des fournisseurs privés et publics. Une quantité substantielle de droit de service public, concernant les contrats, les obligations pour l'interconnexion des infrastructures des sociétés etc., s'est développée (4). Ces arrangements ont été progressivement retirés de la sphère juridique en raison de la nationalisation du service téléphonique, des chemins de fer, de la fourniture de gaz et d'eau, de la production et de la distribution d'électricité. A l'ère des nationalisations, les valeurs sur lesquelles reposaient à la fois les aspects positifs et procéduraux de la fourniture des services publics provenaient d'autres sources que du système légal. Les sources principales de telles valeurs ont été, de façon différente selon les époques, les systèmes politiques et économiques. Cependant, certains aspects de ces secteurs ont été dominés par des valeurs techniques, les valeurs des systèmes économiques et politiques y

(1) LOUGHLIN, 1994 : 278.

(2) N.D.T. : Nous traduisons ainsi « public utility » plutôt que par d'intérêt public ou d'utilité publique plus imprécis dans ce contexte.

(3) McELDOWNEY, 1995 : 418-9.

(4) KEEN, 1925.

faisant rarement intrusion. Beaucoup des problèmes des sociétés de service public nationalisées peuvent être attribués au conflit entre valeurs économiques et politiques, et à des accords de gestion pour ces industries qui n'étaient pas suffisamment robustes pour assurer la médiation entre les deux (5). Le recours aux valeurs ou aux institutions du système légal était excessivement rare durant cette période (6). Bien que l'essentiel des programmes de nationalisation de la première moitié du vingtième siècle ait eu des objectifs à la fois économiques et politiques, ces derniers ont exercé une influence majeure. Les tentatives d'appliquer des valeurs économiques aux industries nationalisées, et en particulier les principes d'allocation efficace à travers la tarification au coût marginal, dans les années soixante comme dans les années soixante-dix, ont été subverties par les besoins du système politique (7). Pendant cette période le système légal et les valeurs légales étaient rarement évoqués au cours des procédures formelles, et, on peut en faire l'hypothèse, jouèrent peu pour la formation ou la régulation de ces relations.

### **Un exemple : l'affaire du Greater London Council**

Lors de la seconde moitié des années quatre-vingt, l'une des affaires les plus importantes au cours de laquelle les tribunaux eurent à intervenir directement pour des décisions concernant un service important dont la propriété était publique, a été le procès concernant la politique de « tarification équitable » du Greater London Council (8). Cette affaire a fourni une forte démonstration de la difficulté pour les tribunaux de prendre des décisions raisonnables dans des problèmes affectant de nombreux intérêts différents et lorsque seulement deux des intérêts concernés se trouvaient devant les tribunaux. Le Greater London Council (GLC) avait utilisé ses

pouvoirs légaux pour accorder à la London Transport Executive (LTE) un prêt autorisant celle-ci à prévoir un déficit dans son budget et à réduire les tarifs du métro et des bus à Londres de 25 %. Le prêt était fondé sur un engagement « manifeste » de la part du groupe travailliste majoritaire dans le GLC et était financé par un impôt imposé à l'ensemble des collectivités locales de Londres qui augmentait de 6.1 pence par livre l'impôt local. Cet impôt local additionnel entraînait en retour une réduction de la subvention du gouvernement central aux autorités locales. Le bourg semi-rural, contrôlé par les conservateurs, de Bromley contesta la décision du GLC par la voie juridique. La Chambre des Lords leur donna raison (9).

Dans cette affaire Bromley, la Chambre des Lords a considéré que l'obligation légale du GLC, résultant de la section 1 de l'acte de 1969 régissant les transports londoniens, de développer et d'encourager des mesures qui devaient permettre la fourniture « d'infrastructures et de services intégrés, efficaces et économiques pour le Grand Londres » ne l'autorisait pas à utiliser ses pouvoirs pour accorder des prêts au LTE afin de permettre de financer délibérément le déficit des transports publics londoniens. La Chambre avait estimé que le terme « économique » devait être entendu comme impliquant que la LTE équilibre recettes et dépenses. L'acte stipulait qu'un déficit pour la LTE au cours d'une période comptable devait être compensé, dans la mesure du possible, par des recettes additionnelles au cours de la période suivante. Eu égard à cette obligation ainsi qu'à l'obligation fiduciaire plus large qu'elle avait à l'égard de l'ensemble des contribuables locaux, le prêt du GLC au LTE était jugé comme ne ressortant pas des prérogatives du GLC. A l'époque du jugement, des règles procédurales bien établies empêchaient, lors d'un procès, les avocats ou les juges de consulter les débats

(5) PROSSER, 1986 : 30.

(6) McELDOWNEY, 1995 : 409.0

(7) PROSSER, 1983 : chap. 3.

(8) N.D.T. : Communauté urbaine du Grand Londres.

(9) *Bromley LBC v Greater London Council* (1982) 2 WLR 62.

parlementaires afin de résoudre les ambiguïtés dans l'élaboration de la loi (10). Un recours postérieur aux débats parlementaires indiquait, quoique de façon non concluante, que contrairement à l'interprétation légale de la Chambre des Lords, le Parlement avait envisagé que des prêts du GLC puissent couvrir le financement du déficit des transports londoniens. Les intérêts des voyageurs des transports londoniens, des utilisateurs des routes, des entreprises dont l'activité dépendait de l'accès du personnel et des consommateurs, de l'industrie touristique, etc. n'étaient pas représentés dans le procès. La Chambre ne devait considérer simplement que les arguments présentés par les deux entités élues, le GLC et Bromley LBC. Le LTE avait du doubler les tarifs des transports londoniens pour compenser la perte du prêt.

L'un des effets clairs de cet arrêt aura été d'accroître considérablement le rôle des avocats pour la planification des politiques locales de transport dans toute la Grande-Bretagne. Les procédures décisionnelles devinrent de plus en plus coûteuses en temps comme en argent dans la mesure où les collectivités locales cherchèrent à se prémunir contre des contestations fondées sur l'argument selon lequel l'ensemble des facteurs pertinents n'auraient pas été pris en considération. (11) fait le commentaire suivant : « *Il est très difficile de caractériser ces changements comme une avancée... La légalisation des problèmes n'est pas nécessairement une étape sur la voie du bon gouvernement* ».

## **Un changement fondamental du mode de gestion**

La privatisation de chacun des services publics-clés, à partir de 1984, et le développement des régimes réglementaires d'accompagnement, ont offert le changement le plus fondamental du mode de ges-

tion de ces industries depuis les années quarante. La législation pour chaque secteur fournissait un nouveau point de référence pour les acteurs-clés et un nouveau cadre dans lequel les tensions devaient se développer et être résolues. Cette législation fournissait nécessairement de nouvelles définitions juridiques des principaux acteurs, de leurs droits et obligations respectifs (12), mais ce potentiel juridique n'a pas été rapidement concrétisé. La juridification des relations réglementaires dans le secteur des services publics était liée à des modifications substantielles des accords de gestion pour ces secteurs.

Ces changements fondamentaux de mode de gestion incluaient : le transfert de la propriété des fournisseurs de services publics des mains du public aux actionnaires du secteur privé, la séparation des fonctions opérationnelles des fonctions de réglementation, les dernières étant remises entre les mains de nouvelles entités réglementaires, l'introduction de doses limitées de concurrence dans quelques uns de ces domaines auparavant en monopole (libéralisation). Chacun de ces changements était, en terme de politique publique, conçu pour améliorer l'insertion de ces industries dans le système économique et ce d'une façon qui soit consistante avec le maintien ou le renforcement de la légitimité politique tant du gouvernement que des industries concernées.

Une large part du débat public et universitaire qui tend à évaluer la privatisation des services publics est faite dans les termes du système économique. Mais, les lois de privatisation n'étaient pas concernées uniquement par la poursuite de l'efficacité économique. D'autres valeurs politiques étaient aussi évidemment attestées, telles que la protection d'une conception quelque peu lâche de l'intérêt public et la protection des consommateurs (13). Mais, chacun de ces changements dans le mode de gouvernement a eu des implications pour la concep-

(10) Mais voir maintenant *Pepper v Hart*.

(11) CRANSTON, 1994 : 72.

(12) PROSSER, 1994c.

(13) PROSSER, 1994 : 242-3. On doit noter que les *justifications* produites publiquement pour la privatisation et l'établissement de nouveaux régimes réglementaires *n'expliquent pas* nécessairement cette activité pas plus que la structure de la nouvelle législation (SCOTT 1993).

tion juridique du secteur des services publics qui ont été jusqu'à présent largement négligées. Ce qui peut être nommé le « potentiel juridique » du secteur des services publics devient progressivement apparent lorsque les relations réglementaires se juridifient de plus en plus.

## POURQUOI LA JURIDIFICATION ?

L'explication de ce processus de juridification dans le secteur des services publics britanniques tient avant tout, quoique de façon non exclusive, à trois changements dans les accords de gestion survenus depuis 1984. D'autres facteurs qui ne sont pas liés directement à la privatisation incluent le développement généralisé de principes soumis au droit dans la culture du droit public (14). La création d'agences réglementaires et la tendance à la création d'une « société régulée » n'expliquent pas en eux-mêmes le processus de juridification (15). Le transfert de propriété est sans doute le moins important des changements associés à la privatisation en ce qui concerne le processus de juridification. L'immunité des autorités publiques à l'égard des procès a été tellement érodée dans les cinquante dernières années que la différence pratique entre une société de service public de droit privé et de droit public n'est pas très importante. La Poste, propriété publique, continue à bénéficier d'une large immunité pour les pertes résultant d'actions préjudiciables de sa part ou de ses employés, mais a la possibilité d'offrir légalement une compensation dans les cas où les problèmes de livraison de colis domestiques entraînent des délais ou des pertes. British Telecom, en tant qu'entité publique détenait des immunités semblables à celles de la Poste jusqu'à sa privatisation. Mais, de façon générale les entreprises publiques étaient assujetties à la loi ordinaire de la même façon que les sociétés privées (16).

En termes formels, le transfert de propriété n'a donc guère fait de différence. Toutefois, le passage du secteur public au secteur privé a rendu les services publics plus vulnérables à l'argument selon lequel ils devraient être rendus légalement responsables pour toute interruption ou pour un service de mauvaise qualité. Lors de la privatisation la responsabilité devant le Parlement à travers les ministres a été remplacée par une combinaison hybride de responsabilités devant les actionnaires et les créanciers, comme pour toute autre société, et devant les régulateurs (17). Les implications du transfert de propriété sur la responsabilité vis-à-vis du consommateur n'ont pas été envisagées lors de la privatisation de British Telecom. Quand le problème a été traité, d'abord à l'initiative individuelle de régulateur du secteur puis à travers la loi sur la concurrence et les services (publics) de 1992 (18), l'effet en a été de refondre les relations entre fournisseur et client dans des termes plus appropriés à la forme juridique du contrat que cela n'avait été le cas jusqu'alors. Un point clé de la relation client-fournisseur aujourd'hui, que cette relation soit assurée par un contrat ou non, est l'ouverture d'un droit à la compensation en cas de service de faible qualité. Mais, une nouvelle fois, ceci ne peut pas nécessairement être attribué au transfert de propriété car les chemins de fer britanniques (encore) propriété de l'État se sont vu contraints d'introduire un schéma de compensation par le ministère concerné.

La séparation de l'exploitation de la réglementation des services publics fournit une clé pour comprendre la poursuite du processus de juridification. Au minimum, il y a désormais deux parties dont la tâche principale est d'assurer la fourniture des services publics là où il n'y en avait qu'une seule. L'entité réglementaire et les services privatisés ne peuvent qu'avoir des intérêts divergents. En cas de conflit, chaque partie regardera les ressources dont

(14) BALDWIN et McCRUDDEN, 1987 : chap. 7.

(15) BELOFF, 1995 : 145-140.

(16) WADE et FORSYTH, 1994 : 176.

(17) SCOTT, 1993.

(18) Competition and Service (Utilities) Act 1992.

elle dispose afin de conforter sa position stratégique et ceci inclut les opportunités offertes par le cadre légal du secteur. Cependant, la chose n'est pas aussi simple que cela. Si la séparation de l'exploitation et de la réglementation en soi était le facteur-clé, on pourrait alors s'attendre à ce que le processus de juridification débute avec cette séparation. Ceci n'est pas arrivé, essentiellement parce que les ressources apportées par le cadre légal ont été rendues soit inutiles, soit inutilisables dans ce cadre tout au moins en ce qui concerne l'exploitant en place et le régulateur.

Dans le domaine des télécommunications l'instrument principal de la réglementation a été l'attribution par le secrétariat d'État d'une licence à British Telecom. Cette dernière fut fortement impliquée dans la rédaction de sa propre licence. Pendant les cinq premières années, la modification de sa licence pour changer le contrôle des prix ainsi que l'application de cette licence en particulier pour les conditions d'interconnexion de Mercury ont été les domaines clés de friction. Dans le dernier cas, toute modification devait être acceptée par le régulateur et le détenteur de la licence. Dans l'hypothèse où les parties n'arriveraient pas à un accord, la loi prévoyait que la seule façon de faire était de recourir à la commission des monopoles et fusions (Monopolies and Mergers Commission : MMC). Dans le cas de modification du contrôle des prix la MMC estime que l'enquête peut durer une année, et après cela toujours nécessiter une décision du régulateur lequel, bien que requis par les principes généraux du droit administratif de tenir complètement compte des vues de la MMC, n'était pas tenu par cette décision. Ce lourd processus de modification de licence donne au réglementé, BT, une quantité substantielle de pouvoir afin de déterminer selon quel régime il sera régulé, et n'offre que peu d'incitations aux deux parties à procéder à une consultation de la MMC, en dehors des procédures juridiques.

Le processus pour obtenir l'accord sur les conditions d'interconnexion entre BT et

Mercury était plus susceptible de se teinter de juridisme, premièrement parce que les intérêts positifs même des deux parties étaient diamétralement opposés et, deuxièmement car les pouvoirs d'application du régulateur étaient, une nouvelle fois, encombrants. A cette étape de la vie du régime réglementaire, il ne semblait dans l'intérêt de personne de voir les avocats intervenir. La structure de la législation semblait anticiper des relations coopératives et consensuelles entre régulateur et régulé (essentiellement BT) plutôt que ce type de commande et de contrôle hiérarchique qui est le plus courant dans le domaine de l'application des règles légales (19).

Le facteur qui semble faire ressortir le potentiel juridique des accords du domaine des télécommunications est la combinaison de la séparation de la propriété et de l'exploitation avec le troisième facteur, la libéralisation du marché. C'est en conséquence dans le domaine le plus libéralisé, celui des télécommunications, que le plus grand degré de juridification a été atteint. Dans ce domaine la concentration de la plus tangible de l'activité juridique (les procès) se trouve dans les secteurs où l'on trouve un nombre important de nouveaux entrants en concurrence avec l'exploitant dominant, BT. C'est là que les enjeux sont très élevés et concernent directement le problème de savoir si des aspirants à l'entrée peuvent accéder et rester dans le marché. De surcroît, le régulateur, l'Oftel, a évité de se présenter comme présidant les négociations sur la réglementation (en raison de la nature consensuelle du processus) et a cherché à assumer un rôle de commande et de contrôle à travers lequel il procède à des consultations, plutôt qu'il ne négocie, et ensuite décide. Le nombre d'acteurs et d'intérêts divergents, non seulement de sociétés mais aussi d'utilisateurs, empêche que la négociation et le consensus ne deviennent les modes dominants de la régulation. BT affirme publiquement être favorable à la concurrence, mais se retrouve en réalité coincée entre la concurrence d'un côté, et une réglementa-

tion qui se resserre de l'autre. Quelques uns des nouveaux entrants sont des sociétés américaines qui ont une expérience substantielle du manège procédural typique du secteur des télécommunications aux États-Unis. Le processus de juridification se développera probablement au fur et à mesure de la poursuite du développement du rythme de la libéralisation, stimulé par le programme de libéralisation des télécommunications de la communauté européenne qui apportera à la fois de nouveaux marchés et de nouveaux concurrents d'envergure pour les firmes britanniques.

#### A L'ÉPREUVE DE LA JURIDIFICATION

Le processus de juridification fait apparaître un certain nombre d'indicateurs. Le plus aisé à discerner est la fréquence des litiges. Le surgissement de litiges en relation avec un domaine d'activité particulier est un phénomène d'un grand intérêt. Nous pouvons analyser les conditions d'apparition du litige en cherchant à classer les différents problèmes types et les contextes. Ce canevas analytique peut être utilisé à la fois pour expliquer la montée des litiges et pour évaluer son impact possible sur le secteur. L'analyse du résultat concret des affaires jugées montre la forme juridique émergente du secteur, une forme qui ne peut pas nécessairement être anticipée avant que le processus de juridification ne survienne. Mais, une analyse de la fréquence et du résultat des litiges ne donne qu'une image incomplète du processus de juridification. Elle ne dit rien des cas dans lesquels un litige était menaçant mais qui ont été réglés. De façon plus problématique, cette analyse ne donne aucune indication sur le déplacement plus subtil des relations qui résulte d'une attention plus grande accordée au rôle du cadre légal du secteur, à une présence plus grande des avocats et à un rôle renforcé en conséquence des valeurs juridiques face à d'autres valeurs. Dans les affaires quotidiennes, il peut y avoir un changement dans la conception des problèmes en raison de l'intrusion des

valeurs juridiques sans qu'il y ait nécessairement eu un quelconque conflit entre les parties concernées. Aussi le secteur se voit-il transformé en une image de plus en plus juridiquement conforme même en l'absence de procès. Ce déplacement plus subtil dans les relations réglementaires est encore plus difficile à évaluer que celui qui résulte de l'analyse des procès. Aussi une évaluation de la juridification qui ne s'attacherait qu'aux procès doit être traitée avec quelque prudence et pour être conduite de façon appropriée, être complétée par d'autres preuves de ces changements les moins tangibles.

En examinant la fréquence des litiges, nous pouvons distinguer les problèmes concrets des formes légales à travers lesquelles ils ont été traités. Dans le domaine des télécommunications, les conflits donnant lieu à procès sont survenus à travers une diversité de formes légales, en incluant le droit des obligations et le droit administratif. Des conflits à propos de l'interprétation du régime spécifique des télécommunications sont apparus sous ces deux formes juridiques. Mais d'autres problèmes concrets sont apparus également. Ces problèmes ont été très divers, concernant les conditions d'interconnexion et le droit d'un exploitant d'interrompre le service à un autre fournisseur. L'importance de l'analyse de la forme à travers laquelle les conflits légaux sont plaidés intervient pour démontrer que l'envergure de la juridification dans les télécommunications ne se réduit pas à la seule référence au cadre légal du secteur fourni par la loi sur les télécommunications de 1984, mais joue sur l'attrait des valeurs légales plus générales développées dans d'autres contextes. C'est pourquoi nous trouvons une interaction entre les valeurs du cadre légal spécifique du secteur et les valeurs légales les plus générales. Nous pouvons, en conséquence, estimer que les valeurs du droit des obligations et du droit administratif sont complétées par celles du droit des sociétés et de la concurrence pour fournir des ressources juridiques au secteur.

## Le cadre légal du secteur des télécommunications

La loi sur les télécommunications de 1984 est en réalité remarquablement exempte de valeurs juridiques. L'accent porte plus sur l'attribution de compétences aux autorités de l'État qu'à la restriction du pouvoir de celles-ci ou de la firme réglementée. De telles valeurs juridiques surviennent principalement pour allouer des compétences et établir des procédures plutôt que sous forme de droit positif. Les obligations créées par la loi concernent avant tout le directeur général des télécommunications (Director General of Telecommunications : DGT) et le secrétaire d'État et sont formulées dans des termes tels qu'ils sont à peine de l'ordre du juridique et fréquemment non concernés de façon centrale par des objectifs d'efficacité économique. La tâche la plus fondamentale pour chacun d'entre eux est de s'assurer que, dans la mesure du possible, les services de télécommunications sont fournis sur l'ensemble du territoire britannique et satisfont toute demande raisonnable (20). Les principes de procédure de la loi incluent la séparation de l'exploitation et de la réglementation, la séparation de la politique de structuration de l'industrie (aux mains du secrétaire d'État avec le pouvoir d'accorder des licences) de la réglementation (assurée par l'Oftel), une plus grande transparence (21) et le principe que la modification des licences doit se faire avec l'accord du détenteur de la licence. Certaines autres valeurs comme la confidentialité commerciale se trouvent aussi dans la loi.

Le contenu juridique positif du régime légal des télécommunications se trouve dans les licences attribuées par le secrétaire d'État aux divers exploitants publics de télécommunications ainsi qu'aux fournisseurs de réseaux et services. Ces principes positifs, de non-discrimination, de service universel, de coopération avec d'autres

fournisseurs de service, de contrôle des prix et de la qualité ne s'appliquent pas de façon uniforme à l'ensemble des acteurs mais sont plutôt constitués à l'aune de BT qui a exercé et continue d'exercer le plus grand degré de pouvoir de marché. L'interprétation et l'application des conditions de la licence a représenté beaucoup d'énergie au sein des firmes auxquelles les licences ont été accordées, ainsi que pour le régulateur, l'Oftel chargé par la loi de 1984 d'atteindre certains objectifs pour lesquels l'attribution et l'application de la licence sont les principaux instruments de régulation. Aussi les conditions de licences ont-elles fourni une ressource-clé non seulement à l'Oftel, mais aussi aux firmes qui tentaient de renforcer leur position sur le marché et offert, non nécessairement les motifs, mais souvent les ressources-clés aux parties en présence dans les procès.

Depuis la privatisation, un nouvel instrument de nature infra-légal, le code des pratiques, a été élaboré pour gouverner les relations entre les sociétés de service public et leurs clientèles résidentielles et d'affaires. Il a pour origine un accord volontaire de BT d'émettre « une charte client » selon laquelle les clients auraient droit à des compensations pour des retards pour l'installation et la réparation des lignes téléphoniques. En conséquence, la loi sur la concurrence et les services publics de 1992 (22) a donné aux autorités réglementaires le pouvoir d'instaurer des normes obligatoires de qualité avec des clauses de compensation en cas de rupture. Ces clauses ne s'appliquent qu'aux firmes détenant un pouvoir de monopole substantiel, aussi dans le cas des télécommunications l'Oftel a choisi de maintenir le code volontaire des pratiques et de l'étendre au secteur relativement concurrentiel des mobiles, comme à certaines sociétés qui n'auraient pas été considérées comme détenant des positions de monopole dans d'autres secteurs. Les statuts légaux précis des codes volontaire et obligatoire n'ont

(20) Loi sur les télécommunications, section 3 (1) (a). PROSSER, 1994 : 243.

(21) McELDOWNEY, 1995 : 419.

(22) Competition and Service (Utilities) Act.

pas fait l'objet d'un examen par les tribunaux. Un des problèmes particulier est de savoir si de tels codes sont incorporés dans le contrat du client et en conséquence applicable directement par celui-ci. Bien qu'une telle analyse semble plausible dans le cas des télécommunications, d'autres secteurs comme l'électricité, n'ont pas du tout été considérés comme faisant l'objet d'un contrat pour la distribution des services. Les fournisseurs d'électricité ont plutôt une obligation légale de fourniture.

### **Les relations contractuelles au sein du cadre sectoriel**

Quand les relations contractuelles font l'objet d'un examen par les tribunaux sur la base de la loi sur les télécommunications de 1984 ainsi que des licences qui en procèdent, il en résulte une forme hybride avec des caractéristiques du droit privé et du droit public. Les relations qui entraînent des procès proviennent en partie des négociations commerciales, en partie du cadre plus large au sein du secteur réglementé. L'effet en est que les principes contractuels font l'objet de médiations par les principes légaux du domaine mais également que ces principes légaux des télécommunications soient aussi formés de façon inattendue par les valeurs des conflits sur la base des contrats. Ces conflits sont classiquement considérés comme des affaires privées entre deux parties. La conséquence en est que lors des procès, les tribunaux ne regardent que les droits et devoirs respectifs de chacune des deux parties et non les intérêts des tiers (23). Cependant, la conception juridique émergente dans les télécommunications ne semble pas entièrement conforme à cette conception classique. D'une part, les contrats commerciaux entre sociétés de télécommunications sont potentiellement modelés par les devoirs des exploitants publics de télécommunications définis par les licences accordées par le secrétaire

d'État, or ces devoirs sont conçus traditionnellement comme relevant du droit public plutôt que suscitant des droits privés. D'autre part, il existe aussi une possibilité de traiter un conflit qui relève fondamentalement du régime réglementaire, à savoir l'exercice de devoirs publics, à travers le prisme du droit des obligations.

L'expérience principale des procès commerciaux dans le domaine des télécommunications après la privatisation a porté sur les conditions d'interconnexion entre BT et Mercury, ainsi que sur le droit de la compagnie dominante en place BT d'interrompre les services qu'elle fournissait aux sociétés utilisant son réseau pour offrir des services payants (premium rate services) à leur clientèle. Les deux formes de conflits ont effectivement fait l'objet de procès comme s'il s'agissait de conflits contractuels. Les conflits entre les clients dans le marché de détail et leur fournisseur ne semblent pas avoir jamais fait l'objet de procès. Ceci peut être partiellement expliqué par les doutes qui subsistent sur le fait de savoir si ces services de détail de télécommunications sont fournis par obligation légale ou sur une base contractuelle. On a considéré récemment que les positions précédant la privatisation n'avaient pas été affectées par la loi sur l'électricité de 1989, que l'électricité était fournie aux consommateurs au détail sur la base de l'obligation légale et qu'il n'existait pas de contrat (24). La position d'autres services publics n'a pas été envisagée par les tribunaux. Mais il existe une présomption globale selon laquelle dans les télécommunications, les clients au détail ont un contrat avec leur fournisseur de service et BT le reconnaît (25). Cependant, quelques uns des facteurs de l'affaire *Dixon* (une obligation de fourniture, l'absence de négociation entre les parties) semblent s'appliquer au moins aux accords entre BT et ses clients résidentiels.

(23) En fait, les tribunaux sont capables de considérer certains aspects des politiques publiques lors de ces procès entre parties, par exemple en ce qui concerne l'illégalité et les entraves au commerce. Et la législation telle que l'Unfair Contract Terms Act de 1977 a importé de nouveaux principes réglementaires dans ces procès.

(24) *Norweb v Dixon* (1995) 3 All ER 952.

(25) HARDEN, 1992 : 38-41.

***L'émergence d'une conception juridique mixte : entre droit spécifique et droit général***

Les affaires concernant les services payants surviennent dans un contexte où les fournisseurs de ces services dépendent de l'utilisation continue du réseau de BT pour exercer leur activité. De surcroît, ils peuvent avoir investi dans du matériel, des bâtiments, de la formation et de la publicité dans l'anticipation d'une relation continue. La fourniture de tels services par des sociétés autres que BT a été rendue possible par la libéralisation de services à valeur ajoutée figurant dans la loi sur les télécommunications de 1981. Avec les terminaux, les services à valeur ajoutée ont été les premiers domaines du marché des télécommunications à être libéralisés. Les services payants ont été en réalité introduits en 1985 sur la base de 38 pence la minute aux heures de pointe et de 25 en dehors. BT et les fournisseurs se partagent effectivement le bénéfice (26).

La première de ces affaires fût *Mega-phone International Ltd v British Telecommunications plc* (27). Les fournisseurs de services payants concernés offraient les services dits de convivialité (chatline), services grâce auxquels l'appelant converse avec d'autres appelants dans le cadre d'une « conversation de groupe ». Beaucoup d'inquiétudes avaient été formulées par l'Oftel au sujet de ces services, et en particulier vis-à-vis du risque que des personnes non autorisées à utiliser le téléphone génèrent d'importantes factures téléphoniques et que ces services conviviaux soient utilisés à des fins illégales ou non souhaitables telle que la prostitution, etc. BT avait elle-même, entre 1986 et 1988, exploité un tel service, mais facturé à un tarif différent du tarif courant. La société l'avait retiré suite à la pression de l'Oftel pour introduire des mesures de contrôle des risques que l'exploitant avaient considérées comme non-économiques.

Les fournisseurs de ces services remplissaient le vide laissé par BT. L'Oftel cherchait à imposer les dispositions réglementaires qu'elle avait souhaitées pour le service Talkabout de BT à l'ensemble des fournisseurs en cherchant à introduire une modification dans la licence de BT qui obligeait à passer des contrats avec les clients et à introduire une facturation détaillée. La loi de 1984 (section 13) stipulait que les modifications devaient soit faire l'objet d'un accord entre le détenteur de la licence et l'Oftel, soit être renvoyées par l'Oftel à la commission des monopoles (MMC) pour enquête. BT avait répondu à l'Oftel qu'elle n'était pas en mesure d'accepter la modification proposée car cela l'aurait conduit à rompre ses contrats avec les fournisseurs de service. Le fait que les modifications de la licence étaient avant tout entre les mains de BT signifiait que le risque d'un changement n'était pas le type de risques incontrôlables pour lesquels la société pouvait évoquer une clause de force majeure (28) dans son contrat.

En juillet 1988, l'Oftel renvoya les services de messagerie et de convivialité à la MMC pour déterminer si les modifications qu'elle proposait permettrait de traiter les éléments considérés à l'époque comme contraire à l'intérêt public. L'enquête fût relativement rapide, étant conclue en novembre 1988. BT et l'association professionnelle des fournisseurs de services payants, l'Independent Telephone Chatline Association (ITCA), fournirent des éléments à la MMC pour s'opposer aux modifications. L'ITCA fournit des éléments selon lesquels le code des pratiques qu'elle exigeait de ses membres permettrait de répondre complètement aux demandes de l'Oftel et que, par conséquent, les modifications n'étaient pas nécessaires. L'Independent Committee for the Supervision of Standards in Telephone Information Services (ICSTIS), établi par l'industrie des services d'information afin d'éviter une réglementa-

(26) On trouvera une récente histoire de ces services et des principaux problèmes réglementaires dans Oftel, *The Future Regulation of Premium Rate and Similar Services*, (London, Oftel), juillet 1995.

(27) *The Independent 1*, mars 1989).

(28) N.D.T : en français dans le texte.

tion supplémentaire, fut un acteur de plus impliqué dans ces événements. La MMC a conclu que les services de convivialité devaient continuer à être autorisés sous réserve d'être soumis à certains garde-fous acceptés par les fournisseurs.

Ultérieurement, après les conclusions de l'enquête de la MMC, BT changeât d'avis sur ces services. L'importance d'une publicité contraire portait dommage à sa réputation, estimait BT. BT conclut qu'en l'état de la technique des services de convivialité ceux-ci bénéficiaient d'une faille inhérente qui rendait possible un accès non autorisé aux lignes téléphoniques. Le 3 février 1989, BT informa tous les fournisseurs que les services devaient être interrompus à partir du 6 février. Si ce n'était pas le cas, BT suspendrait d'elle-même les services payants qui offraient ces services. En conséquence, certaines sociétés interrompirent leurs services tandis que d'autres virent leurs lignes déconnectées. L'ensemble des sociétés concernées entamèrent une action contre BT. Une procédure interlocutoire fut entamée dans laquelle les fournisseurs de services cherchaient à obtenir le rétablissement de leurs services dans l'attente du procès. En fonction de quoi le problème principal était de savoir si le juge Drake devait ordonner le rétablissement afin d'éviter des pertes supplémentaires jusqu'au procès. Ces questions se résumaient à savoir si les sociétés disposaient d'un dossier recevable et si, en cas de réussite au cours du procès, elles pouvaient espérer une compensation adéquate pour les dégâts subis. Bien que l'affaire ait été recevable, l'arrêt de suspension ne fût pas accordé, le juge Drake était de plus conforté dans ses vues en considérant que l'intérêt public ne serait pas servi s'il accordait cet arrêt et autorisait la poursuite des services. La conséquence probable de cette conclusion de la procédure interlocutoire était qu'elle réglerait le problème dans la mesure où il était improbable que les fournisseurs de services soient en mesure de maintenir leur

viabilité sans pouvoir offrir leurs services. Il est clair qu'un fournisseur de services non solvable est incapable de poursuivre un procès jusqu'à sa fin.

Le problème-clé de droit positif de cet arrêt de suspension et ce qui se trouvait au cœur de l'intérêt des parties, était de savoir si les contrats entre BT et les fournisseurs de services de convivialité pouvaient légalement être arrêtés par BT. Les clauses dans les contrats eux-mêmes variaient. Tous les contrats stipulaient que les sociétés devaient offrir des services « non susceptibles de jeter le discrédit sur BT ou les fournisseurs ». Des clauses similaires concernaient le contrat de Callstream qui fournissait les liaisons spécialisées. Les contrats prévoyaient en outre que BT avait le droit de s'opposer à des services lorsqu'il y avait ou que l'on pouvait supposer qu'il y avait rupture de cette obligation, sans pour autant être exposée à dédommager les sociétés concernées. Il faut encore ajouter que BT avait inclus une clause d'exclusion générale (intitulée « limitation de responsabilité ») qui excluait toute responsabilité contractuelle et tout préjudice pour la perte d'activité et de profit ainsi que pour toute perte indirecte ou conséquente.

Les sociétés cherchèrent à plaider que BT ne pouvait mettre un terme à ces accords pour différentes raisons : parce que les sociétés n'avaient rien fait pour justifier un tel traitement, parce qu'en agissant ainsi BT abusait de sa position dominante, contrairement à l'article 86 du traité communautaire (effectivement un « refus d'infrastructures essentielles »), parce que les conditions du contrat autorisant l'arrêt par BT n'étaient pas applicables, parce que c'était une atteinte à la loi de 1977 (29) sur les clauses contractuelles déloyales. Ainsi, l'argument ne portait plus seulement sur l'élaboration et l'application du contrat mais aussi sur la régulation plus globale du contrat par le traité européen et la loi de 1977 (30). Les sociétés cherchaient à plaider en outre que même si les contrats étaient achevés, BT serait obligée en raison

(29) Unfair Contract Terms Act

(30) La section 52 de la loi de 1977 rend nulle toute clause d'un contrat qui permet à l'une des parties de rendre un service différent substantiellement de celui prévu par le contrat, sauf s'il satisfait un examen concernant son caractère raisonnable tel que défini dans sa section 11.

de la condition 1.1 de sa licence de repasser un contrat avec elles (31). Le juge Drake a considéré qu'à des degrés divers ces points étaient recevables et qu'en conséquence l'affaire l'était. En particulier, il estimait plaidable que BT ne soit pas fondée à mettre un terme effectivement aux accords et que BT devrait repasser un contrat avec les sociétés à la fin de leurs accords car le contrat devait être lu à la lumière des obligations de la licence de BT. Le recours à l'article 86 de la loi de 1977 était moins impressionnant.

Dans ce cas émerge une conception juridique des relations entre BT et les sociétés de services conviviaux qui, quoiqu'apparentée à une relation commerciale et contractuelle régulière, peut être aussi sujette aux exigences réglementaires spécifiques du domaine des télécommunications ainsi qu'aux exigences plus générales du droit des obligations et de la concurrence. Il est d'un intérêt particulier que les sociétés aient cherché à s'appuyer sur les obligations contenues dans la licence de BT qui quoi qu'applicables par le DGT (via des procédures d'application embarrassantes) n'étaient pas originellement conçues dans des termes qui donnaient des droits exécutoires aux clients.

### ***La construction d'une nouvelle conception***

La construction d'une conception juridique de la relation entre BT et ses clients commerciaux, fournisseurs de service fût poussée plus loin à l'occasion d'une audition interlocutoire ultérieure au sujet d'un autre conflit. Dans l'affaire *Timeload Ltd v British Telecommunications Plc* (32), la cour d'appel eut à considérer la relation entre la réglementation légale et les conditions contractuelles de BT. Il s'agissait d'un appel au sujet d'une décision qui stipulait que l'un des clients commerciaux de BT devait se voir accorder un arrêt de suspension interlocutoire afin d'éviter de se voir retirer l'usage d'un numéro particulier 0800

(numéro vert). Une fois encore, dans la mesure où les procédures furent interlocutoires et non conduites jusqu'à l'audition complète du cas, la loi ne fit pas l'objet d'un examen au cours d'un procès. La cour d'appel suggéra que la présence d'un cadre réglementaire légal pouvait conduire à l'incorporation des obligations de licence affectant un fournisseur de services en tant que clauses tacites dans le contrat de service.

Les plaignants avaient mis au point un service d'information nommé Free Pages qui permettait aux clients d'appeler le numéro vert lorsqu'ils cherchaient un service particulier d'une localité particulière. Ce service était gratuit pour le client, mais les entreprises payaient pour y figurer. Ce service était en concurrence directe avec celui de BT Talking Pages, offert à partir d'un numéro 0345 et en conséquence facturé au tarif local. Par des moyens incertains (soit en raison d'une erreur de BT, soit en raison d'une violation par un employé), le plaignant avait réussi à obtenir de BT l'utilisation du numéro 0800 192 192 et disposait d'un contrat standard avec BT pour son utilisation. Il était en conséquence capable d'exploiter la connaissance par le public de l'annuaire des numéros 192 de BT. Les plaignants exploitaient le service depuis juin 1993 et avaient dépensé des sommes importantes en publicité et en promotion du service Free Pages. BT alléguait que la campagne de marketing du plaignant cherchait à associer le service avec BT et revenait à s'y substituer. BT écrivit au plaignant pour lui demander de cesser la publicité pour Free Pages et de cesser d'utiliser le numéro 0800 192 192. Postérieurement, BT écrivit à Free Pages pour l'informer que l'utilisation du numéro se terminerait un mois après la date de réception de la lettre. Timeload, propriétaire de Free Pages, rechercha un arrêt pour empêcher l'interruption du service jusqu'à ce que le conflit fût résolu par le procès.

(31) La condition 1.1 crée l'obligation pour BT « de fournir à chaque personne qui le demande la fourniture d'un tel service à n'importe quel endroit de la zone de desserte de la licence : (a) les services de téléphonie vocale et (b) les autres services de télécommunications consistant dans le transport de messages ».

(32) Cour d'appel, 30 novembre 1993.

Si, comme la cour d'appel le suggérait, les conditions de la licence avaient comme effet de générer des clauses tacites qui favorisaient les clients, alors la capacité de BT d'imposer des conditions dures à ses clients serait fortement réduite. En outre, l'arrêt de la cour d'appel suggère que les tribunaux seraient extrêmement hostiles à des conditions dures dans les contrats émis par les sociétés de service public et, que dans l'impossibilité de recourir à la loi de 1977 (33) pour réglementer de telles conditions, ils pourraient être enclins à étendre la réglementation de droit commun des conditions dures aux clauses spéciales des contrats émis dans un tel contexte réglementaire. On peut noter que lors de circonstances similaires BT elle-même avait entamé une procédure légale à l'encontre de l'un des ses clients pour l'empêcher de se substituer à BT, en passant pour une partie de cette dernière, à travers sa campagne de commercialisation (*British Telecommunications plc v Freephone Directory*) (34). La raison pour laquelle BT n'a pas eu recours à son pouvoir économique et simplement menacé de retirer à la société accusée le numéro faisant l'objet du litige (dans ce cas le 0800 142 192), n'est pas claire. L'affaire démontre la signification juridique de la réputation et du fonds de commerce et que des ressources légales peuvent être déployées afin de protéger ces actifs intangibles et ce même dans le cas où elles le sont par un exploitant dominant en place pour empêcher un minuscule entrant de développer une part de marché.

#### ***Une frontière public/privé qui s'estompe***

A ce jour, le cas clé pour examiner l'interprétation des licences a été une action de droit privé concernant l'interconnexion. Dans l'affaire *Mercury Communications v Director General of Telecommunications* (35), Mercury cherchait à contester l'interprétation de la licence de BT par l'Oftel au sujet des tarifs d'interconnexion. L'affaire

portait sur l'interprétation de la clause 13 de cette licence qui obligeait BT à autoriser l'interconnexion à son réseau à travers des contrats avec les autres exploitants détenteurs de licences. Dans l'hypothèse où BT et l'exploitant cherchant l'interconnexion n'arriveraient pas à contracter, le DGT a le pouvoir de déterminer les conditions d'interconnexion (clause 13.5 de la licence). Dans l'hypothèse d'une mise en œuvre de cette clause, le DGT doit s'assurer, *inter alia*, que l'exploitant se raccordant paie « le coût de tout ce qui est réalisé pour ou en relation avec cet accord y compris les coûts complètement distribués affectables aux services devant être fournis et en intégrant les frais généraux pertinents ainsi qu'un taux de retour raisonnable sur les actifs concernés ».

Oftel et BT interprètent tous deux cette exigence comme se référant à la facturation des coûts sur la base de l'utilisation effective, tandis que Mercury recherche une interprétation sur la base de la capacité totale des lignes qu'elle utilise. Selon Mercury, autoriser une facturation en fonction de la capacité, pour cette activité de grossiste, lui conférerait une plus grande flexibilité pour fixer les prix qui les distingueraient de ceux de BT. Au moment où l'affaire Mercury fût ouverte, il y avait en fait un accord d'interconnexion entre celle-ci et BT. Le DGT avait émis, en décembre 1993, une décision qui, *inter alia*, reproduisait une clause de l'accord d'interconnexion de 1985 qui stipulait que chacune des parties pouvait à tout moment demander une révision du contrat, et dans le cas où un accord ne pouvait être atteint qu'une décision pouvait être demandée auprès du DGT, dans les termes mêmes prévus dans la clause 13 de la licence de BT. La décision judiciaire recherchée par Mercury se rapporte à l'interprétation de la base de facturation qui figure dans l'accord actuel d'interconnexion et que le DGT *adopterait* si cela lui était demandé sur la base de la clause 29 de l'accord

(33) N.D.T : cf. supra note 14

(34) Chancery Division, 1992.

(35) 9 février 1995.

d'interconnexion (qui à cette époque n'avait pas été effectivement incorporé dans l'accord).

L'Oftel et BT cherchèrent à interrompre la procédure initiée par Mercury. La façon dont elle avait été entamée autorisait Mercury à éviter les protections procédurales accordées aux autorités publiques dans le cadre des procédures de révision judiciaire (36) qui impliquent que le requérant recherche une autorisation du tribunal et ce dans un délai de trois mois. Cette affaire marque une étape significative dans la voie vers la relaxation des principes généraux établis dans le cadre de l'affaire *O'Reilly v Mackman* selon lesquels le droit public ne peut être contesté que dans le cadre d'une action de révision judiciaire (37). Cette affaire va au-delà des seules circonstances où les droits contractuels, privés ou publics, sont protégés ou affirmés lors de procédures ordinaires et étend le champ des exceptions à *O'Reilly v Mackman* au cœur même du territoire de la loi publique. Nous soutenons ainsi que la Chambre a créé une exception tellement large aux principes posés par *O'Reilly v Mackman* que cet arrêt peut avoir substantiellement miné la distinction public/privé qui faisait l'objet du débat, avec la conséquence pratique défavorable qui peut en résulter quant à la certitude des décisions réglementaires.

L'aspect le plus important, peut-être, de la décision de la Chambre est l'encouragement qu'elle donne aux firmes réglementées à contester les décisions du régulateur à travers des procès. Décrire la position adoptée dans cette affaire comme une exception étroite aux principes de *O'Reilly v Mackman*, analogue aux pouvoirs de contracter détenus par un ministère semble complètement irréaliste. Il y a de nombreux cas dans la réglementation des services publics ainsi que dans d'autres domaines réglementés comme les services financiers ou les fonc-

tions du régulateur sont exercées à un certain degré par la réglementation des contrats. Dans ce cas particulier, le contrat entre BT et Mercury avait été signé seulement en raison des clauses de la licence de BT résultant de la section 7 de la loi de 1984 qui impliquaient que BT passe de tels accords d'interconnexion. La clause 13(5) dont l'interprétation était en jeu n'intervient que si les parties n'arrivent pas à un accord par des négociations commerciales avec comme conséquence que l'on doit recourir aux pouvoirs du DGT pour prendre une décision. Toutes les négociations entre les parties ont eu lieu à l'ombre du régulateur qui intervient si elles n'aboutissent pas à un accord. Aussi la position de l'Oftel pour déterminer les conditions contractuelles entre BT et Mercury est-elle très différente de celle d'un ministère qui passe des contrats pour la fourniture de services. Les accords d'interconnexion sont du droit public *par excellence* (38). Ceci n'est pas pour contester l'utilité de l'arrêt de la chambre qui pour des raisons pratiques avait décidé que le tribunal de commerce était un lieu approprié pour y affecter le conflit. Plutôt, il s'agit de soutenir que les implications de cet arrêt pour les procès contestant les décisions des régulateurs peuvent être plus importantes que ce que la chambre anticipait. L'arrêt va probablement miner substantiellement un arrêt antérieur à l'affaire *O'Reilly v Mackman* supprimant en conséquence de façon notable les protections procédurales accordées aux autorités publiques dans le cadre de la procédure de l'arrêt 53 comme de législation spécifique concernant en particulier l'obtention de l'autorisation du tribunal et la limite de temps pour l'action. Si cette affaire se poursuit et si Mercury réussit, la suppression de la protection de la limite de temps peut avoir des effets dévastateurs sur la réglementation de l'interconnexion qui est consi-

(36) N.D.T. : cf. titre suivant.

(37) Sur cette tendance à l'assouplissement du principe contenu dans *O'Reilly* cf. *Roy v Kensington and Chelsea Family Practitioner Committee* (1992) 1 AC 624.

(38) N.D.T. en français dans le texte. Cf. *Roy v Kensington Family Practitioner Committee* (1992) 1 AC 624, où il fût jugé que le droit d'un médecin à être payé, bien que faisant l'objet d'une réglementation légale et relevant d'un pouvoir de décision réglementaire, pouvait néanmoins être exercé par la voie d'une action ordinaire de justice. Voir plus généralement, dans ce cas, l'arrêt de Lord Lowry qui plaidât que *O'Reilly* pouvait faire l'objet d'une interprétation large n'impliquant la révision judiciaire qu'en l'absence de dispositions de droit privé.

dérée comme tellement centrale pour le développement de la concurrence dans les télécommunications. En outre, nous pourrions voir se poursuivre une tendance plus vaste à faire intervenir les avocats dans les négociations réglementaires à une étape précoce et à considérer les relations réglementaires plus généralement en termes juridiques qu'économiques ou politiques.

## Le droit administratif

L'autre forme principale d'apparition de procès dans l'industrie des télécommunications après la privatisation a été les actions sur la base du droit administratif afin de chercher la révision judiciaire d'une décision d'une autorité publique. Les raisons principales d'une telle action sont que les autorités publiques ont agi illégalement au sens d'une action se situant en dehors de ses pouvoirs légaux (*ultra vires*), ont agi de façon déraisonnable (au sens d'avoir manqué de prendre en considération tous les facteurs pertinents, d'avoir considéré des facteurs qui ne l'étaient pas ou autrement d'avoir pris une décision qu'aucune autorité raisonnable ne pouvait prendre), ont violé le droit naturel (au sens de ne pas avoir procédé à une audition loyale ou d'avoir agi avec partialité). Les cibles potentielles de telles actions incluent non seulement les arrêts du principal régulateur de l'industrie, l'Oftel, mais aussi la principale autorité chargée de délivrer les licences, le président de la chambre du commerce, ainsi que la MMC qui a le devoir de revoir les points qui lui sont soumis sur la base des lois sur le commerce loyal de 1973, sur la concurrence de 1980 et sur les télécommunications de 1984 (39).

Il y a en outre une entité privée, l'Independent Committee for the Supervision of

Standards in Telephone Information Services (ICSTIS) qui prend des décisions vis-à-vis du code des pratiques qu'elle gère. En pratique, seules l'Oftel et l'ICSTIS ont vu réellement leurs décisions soumises à la révision judiciaire (bien que la MMC ait vu des décisions concernant d'autres secteurs économiques soumises à cette procédure, ainsi que le président du tribunal du commerce), peut-être en raison d'une implication plus directe dans la régulation quotidienne de cette activité. Dans la mesure où elles détiennent des droits spéciaux ou exclusifs les sociétés de service public peuvent être considérées comme « des émanations de l'État » dans le cadre de la législation communautaire et en conséquence soumises à la fois à des régimes spécifiques tels que ceux qui s'appliquent aux appels d'offre et aux principes plus généraux de loyauté des états vis-à-vis des principes du droit communautaire (40).

L'affaire qui introduisit une rupture pour établir le champ de la révision judiciaire du régulateur des services publics fût *R v Director General of Gas Supply ex p Smith* (41) dans laquelle le juge Pill a estimé que les principes d'impartialité et de loyauté (droit naturel) s'appliquaient à l'exercice des pouvoirs d'investigation du Director General of Gas Supply. Il ressort clairement de ce cas que les principes généraux de la révision judiciaire qui concernent l'illégalité, le caractère déraisonnable et l'inéquité seront appliqués par les tribunaux aux régulateurs (42). Les problèmes principaux soumis à révision judiciaire ont concerné les décisions de l'ICTIS et de l'Oftel réglementant, sur la base de l'intérêt public, certains fournisseurs de services touchant aux contenus et en particulier les services roses (43). Des décisions plus complexes et fondamentales concernant

(39) Fair Trading Act (1973), Competition Act (1980), Telecommunications Act (1984).

(40) *Foster v British Gas Case C-188/89* (1990) EC I-3133.

(41) Divisional Court, 1988.N.D.T. : cour supérieure composée de deux juges au moins de la haute cour de justice statuant en appel des décisions des tribunaux inférieurs.

(42) McELDOWNEY, 1995 : 419.

(43) Des procès plus systématiques au sujet de la réglementation des contenus ont eu lieu dans le domaine de la télévision. Cf. l'affaire *R v Radio Authority, ex p Bull* (1995), 4 All ER 481 QBD, dans laquelle la décision de l'autorité de la radio estimant que la publicité pour Amnesty International était « avant tout d'une nature politique » et en conséquence interdite, fût considérée comme un exercice raisonnable du large pouvoir discrétionnaire de l'autorité (1995) EMLR 163, CA.

les politiques réglementaires n'ont pas, à ce jour, été portées devant les tribunaux par ce moyen. Cependant une raison clé supplémentaire de procès a été les conflits *entre* régulateurs.

En mars 1992, le DGT avait estimé que le code des pratiques développé par l'ICS-TIS n'était pas appliqué de façon convenable aux services conviviaux en raison d'un manque de financement par les sociétés réglementées par l'ICSTIS. En conséquence, il avait décidé de retirer sa reconnaissance du code pour les services conviviaux. L'effet d'un tel retrait de la reconnaissance est qu'en vertu de la clause 33A de la licence de BT, la fourniture de ce « service contrôle » n'est plus autorisé. Les « services contrôlés » dans le cadre de la licence de BT comportent les services conviviaux, les jeux interactifs et les services de messagerie (clause 33A.10). Les mêmes clauses donnent pouvoir au DGT de supprimer la reconnaissance d'un code par notification sous un délai d'un mois « s'il est convaincu que ses dispositions ne permettent pas de réglementer de façon appropriée la fourniture des services contrôlés auxquels il s'applique ou s'il n'est pas appliqué ou géré de façon convenable » (clause 33.A.5). La décision du DGT fût contestée non par l'ICSTIS mais par l'un des fournisseurs de services de convivialité qui aurait été à l'avenir empêché d'offrir son service sur le réseau de BT. Dans cette affaire, (44) le juge Schieffman ne vit aucune raison pour intervenir à l'encontre de la décision du DGT qui avait été prise sans attribution de responsabilité et qui était dans le domaine des pouvoirs résultant de la licence. L'arrêt témoigne d'une approche plutôt distante vis-à-vis des décisions administratives qui n'est pas sans caractériser les procédures de révision judiciaire.

Le statut de l'ICSTIS, son rattachement au droit public ou privé fit l'objet d'une contestation en particulier pour savoir si

l'entité pouvait être soumise à une révision judiciaire (45). Le juge conclût que l'ICS-TIS exerçait une forme de juridiction de droit public plutôt que de n'être seulement qu'une entité dont la seule source de pouvoir est la soumission consensuelle à son autorité. Les décisions de l'ICSTIS étaient en conséquence susceptibles d'être soumises à révision judiciaire (46).

Un argument plus fort auquel il ne sera pas fait allusion dans la décision du tribunal serait de souligner que la licence de BT (clause 33A) exige qu'il y ait un code de pratiques approuvé par le DGT avant que BT ne soit en mesure d'offrir son réseau pour les services conviviaux, les jeux interactifs et les services de messagerie vocaux. Souligner ceci fait apparaître que le code n'existe qu'en raison de l'activité d'officiers publics pour émettre, modifier et surveiller les licences. Ceci peut justifier la conclusion que les compétences de l'ICS-TIS ne dépendent pas de contrats dans la mesure où ses activités ne peuvent être entravées par aucun contrat en particulier, relèvent du droit public. Il semble que le tribunal ait tiré sa conclusion selon laquelle l'ICSTIS était une entité publique soumise à la révision judiciaire dans la mesure où les deux parties en acceptaient les prémices et en conséquence la thèse inverse ne fût pas plaidée. Une vue alternative serait de suggérer que dans la mesure où les sanctions ne peuvent qu'être exercées à travers le contrat, celui-ci est la source de l'autorité. Le tribunal annulât l'autorisation d'ouverture de la procédure de révision judiciaire au motif qu'il n'était pas recevable que les clauses du contrat de Firstcode avec BT puissent affecter l'autorité de l'ICSTIS. Aussi trouvons nous qu'en appliquant les principes du droit public à ce petit coin de la réglementation des télécommunications ce qui semble être une entité privée, établie par et tirant son autorité d'un contrat, prend l'aspect d'une entité de droit public avec une compétence universellement applicable.

(44) *R v Director General of Telecommunications, ex p Let's Talk (UK) Ltd*, QBD 6, avril 1992.

(45) NDT : Nous résumons ainsi un long développement au sujet du cas *R v ICSTIS ex p Firstcode*.

(46) Le fondement de cette décision n'est pas clair. Le raisonnement sur ces problèmes semble circulaire et non-satisfaisant.

Bien qu'il semble clair que les tribunaux considéreraient l'ICSTIS comme une entité exerçant des fonctions de droit public et en conséquence soumise au droit public, l'étendue d'une telle révision ne sera probablement pas aussi complète que dans le cas de véritables autorités publiques détenant des compétences légales. Dans un arrêt de la haute cour (47), le juge Kennedy avait estimé qu'à la différence d'une autorité légale, il n'y avait pas de séparation entre l'entité « législative » et l'entité interprétative. L'ICSTIS accomplit les deux fonctions. En conséquence, le juge Kennedy avait suivi l'arrêt de la cour d'appel dans l'affaire *R v Panel on Take-Overs and Mergers ex p Guinness* (48) selon lequel, dans cette affaire, l'illégalité survenait lorsque le Panel violait les lois générales mais non lorsqu'il ne s'agissait que d'une mauvaise interprétation de ses propres règles. Ceci conduit à la conclusion que l'interprétation des règles de l'ICSTIS n'est pas justiciable des tribunaux.

#### ***Une conception minimaliste des obligations juridiques***

Il ne peut y avoir de doute sur le fait que le DGT est un officier public dont les décisions peuvent être contestées par la voie de la révision judiciaire. Cependant, il n'avait sans doute pas été anticipé que la décision du DGT de ne pas intervenir dans une affaire contractuelle entre BT et l'un de ses clients pourrait donner lieu à une demande de révision judiciaire. En effet, c'est une tentative de traduire formellement les obligations de l'Oftel exprimées en termes généraux. L'affaire *Maystart Ltd v Director General of Telecommunications* (49) concernait l'incapacité de l'Oftel d'intervenir vis-à-vis d'une décision prise par BT selon laquelle, dans un délai de notification de 12 mois, les clients des services à contenus sexuels devraient les choisir délibérément et obtenir un code personnel spécial qui remplacerait le schéma précédent, tandis que les clients qui ne souhaitaient

pas que de tels services soient accessibles à partir de leur téléphone pouvaient les refuser. Les raisons de cette décision de BT étaient conformes à son attitude plus générale de prudence vis-à-vis de services payants tels que les services conviviaux. La réputation de BT était ternie par l'abus de ces services notamment des facturations excessives et non autorisées et des problèmes d'accès des enfants. Oftel refusât d'interférer avec cette décision de BT et Maystart demanda une autorisation de procédure de révision qui fût refusée. Maystart la renouvela et fit appel contre un nouveau refus. Le dossier de Maystart était fondé d'abord sur une condition de la clause 15(4)(a) de la licence de BT selon laquelle l'Oftel pouvait demander à BT de modifier tout terme contractuel avec un fournisseur de service si celui s'avérait, *prima facie*, déraisonnable et si l'Oftel estimait nécessaire de le faire. Deuxièmement, il s'appuyait sur une condition de la clause 17 selon laquelle BT ne pouvait pas discriminer indûment à l'encontre de n'importe lequel de ses clients et troisièmement au motif que l'Oftel avait l'autorité résultant de la section 13 de la loi sur les télécommunications de 1984 de renvoyer à la MMC toute affaire de fourniture de télécommunications agissant à l'encontre de l'intérêt public.

Le juge Simon Brown, de la cour d'appel, estimât que ce cas n'était pas recevable dans le cadre de la section 13. Exiger que les clients choisissent des services à contenus sexuels ne niait ni l'accès aux services, ni ne menaçait l'industrie (puisque que de tels services pouvaient être fournis sans que les services payants n'en passent par un système de paiement par carte de crédit) de telle façon que même dans le cas où le maintien de ces services pouvait être estimé dans l'intérêt du public, l'intérêt du public n'était pas menacé. Cette conclusion rendit correcte la décision du DGT vis-à-vis des clauses 15 et 17 de la licence de BT dans la mesure

(47) *R v ICSTIS Ltd ex p Telephone Entertainment Service*, 6 février 1992.

(48) (1990) 1 QB 146 (at 159).

(49) Cour d'appel, 17 février 1994.

où la condition de choix volontaire ne pouvait pas être considérée comme déraisonnable, *prima facie*, et ne pouvait pas être vue comme *indûment* discriminatoire à l'encontre des fournisseurs de services à contenus sexuels par opposition aux autres fournisseurs de services payants. En réalité, le juge S. Brown pensait qu'il était plaidable que, puisque les fournisseurs de ces services à contenus sexuels ne sont pas en concurrence avec les autres, aucune discrimination n'en résulte.

Mais le juge ajoutait à propos du DGT : « *s'il avait eu le moindre doute sur sa désirabilité, il aurait dû inévitablement, me semble-t-il, suivre le schéma proposé dans son courrier, d'abord en tentant de modifier la licence sous couvert de la clause 12, et en cas d'échec il aurait pu ordonner le renvoi au titre de la clause 13* ». Ces opinions incidentes suggèrent que tandis que la lettre du statut de l'Oftel lui confère un pouvoir discrétionnaire considérable, selon le tribunal, s'il estime que les actes de BT vont contre l'intérêt public, Oftel serait obligé de chercher à modifier la licence et peut-être d'en référer à la MMC en cas de désaccord de la part de BT.

Ceci laisse peu d'espace pour l'Oftel pour décider des conséquences néfastes pour l'intérêt public de l'activité d'un exploitant public de télécommunications sauf à décider de ne pas agir si ce n'est pas une priorité ou parce que le bénéfice escompté d'une telle action serait trop faible. De plus, sans en arriver à une vue claire en cette matière, le juge avait indiqué qu'il préférerait l'interprétation de BT pour deux points importants : le premier était que Maystart ne revendait pas un service pertinent et en conséquence sortait de la clause 15 et deuxièmement que le contrat de Callstream à travers lequel Maystart obtenait l'accès aux lignes nécessaires pour ses services payants ne rentrait pas dans la gamme de services que BT était obligé de fournir et en conséquence échappait à la clause 17.

Ces opinions incidentes suggèrent que le tribunal était enclin à une interprétation minimaliste de l'étendue des obligations de BT ce qui, bien que cela n'ait pas été

pertinent pour conclure cette affaire, fournit néanmoins une indication sur le fait que la conception juridique des obligations de BT sous le régime tant de la loi de 1984 que de sa licence est limitée. Une indication supplémentaire de la conception juridique du secteur est donnée par le jugement du tribunal selon lequel même si l'affaire avait été recevable, le délai de dix semaines entre la réception de la lettre de l'Oftel et la demande d'autorisation de Maystart était suffisamment grand pour que le tribunal ait probablement refusé de toute façon. Cet aspect de la décision indique une conception du secteur comme l'un ou d'importants montants financiers dépendent de décisions réglementaires et ou les demandes de révision doivent être traitées rapidement et ou le bénéfice d'un délai maximum de trois mois pour obtenir cette révision ne sera pas accordé.

Des procès similaires sont survenus à propos de la réglementation de l'électricité, dans lesquels le régulateur, l'Offer, refusait d'intervenir dans un conflit entre une société de distribution régionale (Manweb) et un certain nombre de constructeurs immobiliers qui étaient mécontents de la forte hausse des charges d'accès pour les nouvelles maisons prélevées par Manweb. Certaines d'entre elles portèrent le conflit devant l'Offer en se référant à la loi sur l'électricité de 1989 qui stipule que n'importe quel conflit entre un fournisseur licencié et une personne demandant la fourniture d'électricité peut être porté devant l'Offer pour décision ou pour attribution d'un arbitre (section 23). L'Offer a considéré que les tarifs étaient excessifs. Ultérieurement, un autre groupe de constructeurs qui s'était acquitté des charges contestées et était resté sur la touche lors de ce conflit, cherchât à obtenir une sentence de l'Offer reconnaissant que ces charges d'accès étaient également excessives. L'Offer refusât de prendre une telle décision avançant qu'une fois les charges réglées il n'y avait plus de conflit et qu'elle était sans pouvoir pour intervenir. Le juge Schieman estimât que réduire la définition du conflit à un « conflit non résolu » ou un conflit dans lequel les régle-

ments n'avaient pas été effectués était réduire la signification naturelle des mots. C'est pourquoi l'Offer dut statuer sur ce conflit (50). La décision revient simplement à appliquer le sens naturel du statut en définissant les compétences de l'Offer pour résoudre les conflits. En fait, cet arrêt semble épouser une vue large des compétences légitimes de l'Offer pour résoudre les conflits et accorder au régulateur un rôle plus substantiel, que celui que celui-ci estimait approprié, pour réglementer ce qui relève fondamentalement de conflits contractuels. Aussi ceci représente une décision plus interventionniste que celle appliquée à l'affaire vue ci-dessus.

### ***De nouvelles formes de contestation***

Les décisions du président de la chambre de commerce concernant les bénéficiaires des licences dans le domaine des télécommunications n'ont jamais fait l'objet de révision judiciaire. La forme de contestation se rapprochant le plus du traitement de ce problème a porté sur l'attribution des licences de radiodiffusion aux sociétés régionales de radiodiffusion (ITV). Plus récemment, on a vu la contestation par la société TSW Ltd de la décision de l'Independent Television Commission (ITC) de ne pas renouveler sa concession régionale de télévision en 1991. La loi sur la radiodiffusion de 1990 accorde à l'ITC la responsabilité de sélectionner des concessionnaires exclusifs pour les seize (régions d'ITV au Royaume-Uni) canaux de la troisième chaîne. L'ITC devait accorder des licences au mieux offrant sous réserve, pour être susceptible d'être retenu lors de la dernière étape, de satisfaire à deux conditions de seuil, la première impliquant une qualité minimale des programmes promis, la seconde portant sur la capacité du postulant à assurer la programmation sur l'ensemble de la période couverte par la licence. Même lorsque ces exigences de

seuil étaient satisfaites, l'ITC détenait encore un pouvoir discrétionnaire vis-à-vis de « circonstances exceptionnelles » pour accorder la licence à un autre que le mieux offrant. La loi de 1990 ne comportait pas de clauses pour des auditions ou la justification des choix de l'ITC (sauf dans le cas de recours au pouvoir des « circonstances exceptionnelles » ou des raisons devaient être avancées). Mais, on peut noter que les tribunaux se sont montrés de plus en plus désireux de créer des obligations de justifier leurs décisions pour les agences réglementaires et les autres entités publiques.

Lorsque TSW a contesté la décision de l'ITC la cour d'appel et la chambre des Lords ont estimé qu'il aurait été approprié de donner des justifications et la preuve de telles justifications fut produite lors du procès (51). Cette obligation incombant à l'ITC n'avait pas nécessairement un caractère général, mais cette affaire suscitait des circonstances spéciales dans la mesure où TSW était une société existante détentrice de licence et profitable et qui, en conséquence, avait une attente légitime (52). Aussi c'est seulement à travers le procès que TSW pût découvrir les raisons de son échec. Il s'avéra que l'ITC avait estimé que TSW ne serait pas capable d'assurer la programmation qu'elle avait promise en raison, d'une façon générale, de sa situation financière et également car elle avait surenchérit. Elle ne répondait pas ainsi à l'une des conditions de seuil. La majorité de la cour d'appel et la chambre des Lords unanime conclurent que sur le fond la société était en défaut et que l'ITC avait le droit de rejeter son offre sur le fondement de son incapacité à répondre aux exigences de seuil. L'importance de ce cas pour l'attribution de licences dans les services publics est qu'il semble établir un principe général selon lequel un détenteur existant de licence, détenteur de bons états de service (il faut se rappeler que TSW avait été profitable), devrait avoir droit à des justifi-

(50) *R v Director General of Electricity Supplies ex p Redrow*, 21 février 1995 QBD.

(51) *R v ITC ex p TSW Broadcasting Ltd*, Cour d'appel, *The Guardian*, 12 février 1992, Chambre des Lords, *The Independent*, 27 mars 1992, voir aussi (Prosser 1992).

(52) PROSSER, 1992 : 48-49 ; 53, id. 50.

cations écrites en cas de non-renouvellement de sa licence. On a pu argumenter que la décision pourrait rendre la demande de révision judiciaire moins nécessaire dans la mesure où le détenteur déçu pourrait connaître les raisons sans avoir à entamer de procès (53). Prosser a également fait valoir que même dans ce cas qui a atteint la cour des Lords, la procédure administrative ne fût pas indûment retardée, de la publication de la décision initiale concernant la licence jusqu'à l'arrêt de la chambre achevant la révision judiciaire, l'action n'avait pas dépassée quatre mois et demi (54). On peut s'attendre à d'autres procès ultérieurs au sujet des licences de radiodiffusion à la suite de l'attribution de la licence de la cinquième chaîne et de la plainte déposée à ce sujet par le groupe Virgin dont la candidature fût infructueuse.

L'affaire *R v HM Treasury ex p British Telecommunications PLC* (55) offre un aperçu des pressions concurrentielles qui amènent BT à s'opposer au gouvernement qui l'a créée en tant que Public Limited Company (plc) par voie juridique. En 1992, le gouvernement britannique avait adopté des réglementations pour mettre en application la directive européenne sur les marchés publics. La directive exigeait des états-membres que les sociétés de service public soient soumises au même régime d'appel d'offres que les autres parties du secteur public. Mais la raison d'être de la directive était que les sociétés publiques fournisseurs monopolistiques des services publics et les sociétés de services publics détentrices de droits spéciaux ou exclusifs accordés par l'État, devaient être traitées comme n'importe quelle activité monopolistique au sein du secteur public mais que les sociétés privées de services public soumises à la concurrence devaient être exclues et avait à cette fin introduit diverses clauses pour chercher à délimiter le champ d'application de cette directive. En appliquant cette directive, le gouverne-

ment britannique avait adopté le point de vue selon lequel elle devait s'appliquer à une organisation avec le statut de BT. A la base de l'opposition de BT se trouvait la conception selon laquelle la compagnie ferait l'objet d'un préjudice sérieux si elle devait révéler à ses concurrents tous les contrats qu'elle avait l'intention de passer conformément à ce qu'exige la directive pour les entités auxquelles elle s'applique. Comme il arrive si souvent en Angleterre, le tribunal choisit la position timide d'une incapacité à déterminer la législation correcte dans les cas où les questions de droit communautaire étaient centrales et conclut que ces questions centrales devaient être renvoyées à la Cour européenne du justice. Qu'un tribunal anglais se sente incapable de juger des points de droit communautaire ou du moins d'adopter un point de vue quant à leur validité et le succès probable de la position, ne semble pas clair. Aussi la décision concernant la légitimité de la réglementation est-elle repoussée d'un cran vers la Cour européenne et intégrera en conséquence les valeurs plutôt différentes ou la jurisprudence de cette institution.

### **Le potentiel de procédures liées au droit de la concurrence**

A l'heure actuelle, il y a peu d'éléments attestant que les principes de la concurrence sont invoqués de façon telle que le domaine des télécommunications ou d'autres domaines de services publics pourraient connaître une juridification pour cette raison. Un commentateur a remarqué qu'il était surprenant qu'il n'y ait eu jusqu'à présent peu d'éléments ou de contestations des décisions de politiques de la concurrence ni de procès auprès des tribunaux compte tenu du fait que les révisions pour les sociétés ou les secteurs n'impliquent pas une relation de clientèle continue avec les autorités de la concurrence et qu'en conséquence, elles n'aient pas grand chose

(53) PROSSER, 1992 : 50.

(54) PROSSER 1994b : 258.

(55) 28 juillet 1993, QBD.

à perdre en testant les limites et les procédures de ces autorités (56). Il semble qu'il y ait quatre voies selon lesquelles un processus de juridification des politiques de concurrence dans le domaine des services publics puissent survenir.

Premièrement, les juridictions actuelles de la concurrence telles qu'elles s'appliquent au domaine des services publics sont hautement fragmentées et discrétionnaires. Les compétences pour déterminer les politiques sont détenues de façon variée par les régulateurs sectoriels, le directeur général du Fair Trading et le secrétaire d'État au commerce et à l'industrie. Les règles générales ont été invoquées plus particulièrement dans le secteur du gaz. Les rapports de la MMC, publiés en 1993, étaient le résultat d'un recours à la fois du directeur général chargé de la fourniture du gaz sur la base de la loi de 1986 sur le gaz et du secrétaire d'État sur la base de la loi de 1973 sur le commerce loyal. Ces rapports concluaient de façon similaire que la société British Gaz devait être démantelée soit complètement soit seulement au moins sur le plan comptable. Il n'aurait pas été surprenant que de telles conclusions soient contestées par British Gaz devant les tribunaux quoique, dans la perspective de l'action proposée par le Secrétaire d'État conformément aux rapports, cela ne fût pas le pire des maux pour la société. Le recours au système légal est possible non seulement lorsque les sociétés qui ont fait l'objet d'un examen par les autorités de la concurrence (qui se sont occupées de beaucoup de conflits récemment) ne sont pas satisfaites du résultat, mais également lorsqu'il y a des conflits institutionnels entre autorités de la concurrence comme cela peut survenir quand un recours du Secrétaire d'État est perçu comme interférant avec les politiques du régulateur sectoriel. Aucun incident de ce type n'a eu lieu. On peut noter que, dans le droit britannique et à la différence du droit communautaire, les tiers n'ont pas le droit de demander réparations pour les violations de la concurrence et il serait impro-

vable qu'ils puissent être partie prenante pour contester des décisions des autorités de la concurrence à l'encontre de firmes ou de secteurs particuliers dans lesquels ils ne sont pas directement impliqués. En conséquence, une voie importante vers la juridification dans ce domaine (qui a été, par exemple, très importante aux États-Unis) manque.

La décision de l'Office of Fair Trading (OFT) de renvoyer à la MMC une affaire concernant l'exploitation de services de bus locaux a été récemment contestée. Les raisons de ce renvoi des pratiques de la société Southdown étaient des pratiques anticoncurrentielles présumées qu'il fallait vérifier. Dans ce renvoi de l'OFT, la société Southdown se plaignait qu'en procédant à ce recours, l'OFT avait agi illégalement dans la mesure où elle avait spécifié qu'il ne s'agissait pas seulement d'une conduite présumée anticoncurrentielle mais en précisant que cette conduite avait pris la forme d'« une fixation de tarifs non-économiques ». Le juge Auld a estimé que l'OFT ne pouvait que renvoyer pour conduite ainti-concurrentielle et non la spécifier. L'OFT avait, en conséquence, agi illégalement en introduisant un biais dans l'enquête de la MMC. En plus cette qualification du comportement allait au-delà des points couverts par la propre enquête de l'OFT et conséquemment la société Southdown n'avait pas eu, à cette étape, la possibilité de répondre à cette allégation de tarifs non-économiques (57). Bien que les pouvoirs discrétionnaires de l'OFT concernant les affaires de concurrence soient larges, il apparaît que les tribunaux chercheront à cantonner l'agence dans le cadre d'une vue particulière de l'équité procédurale et d'une vue stricte de l'interprétation légale.

Un second scénario de politique de la concurrence qui peut, potentiellement faire émerger une juridification intervient dans le domaine des fusions. A ce jour, les tribunaux ont refusé d'intervenir dans les conflits où des tiers ont contesté soit les conclusions de la MMC selon lesquelles

(56) CRAIG, 1994 : 219

(57) *R v Director of Fair Trading* (1993), 12 Tr Law 90 (QBD).

une fusion n'était pas contraire à l'intérêt public (58), soit les décisions du Secrétaire d'État de refuser de renvoyer l'examen d'une fusion (59). Comme l'activité de fusion s'intensifie dans le secteur des services publics ; il pourrait y avoir d'autres occasions pour encourager les tribunaux à abandonner cette approche distante. La concentration du pouvoir dans un domaine particulier est un problème qui se posera probablement ainsi pour la télévision, la propriété étrangère de sociétés de services publics (60) (ce qui ne semble pas troubler le gouvernement), l'intégration verticale (par exemple dans le multimédia des fusions impliquant fournisseurs de contenus et sociétés de transmission) ainsi que pour l'accumulation de pouvoirs régionaux par regroupement de différents types de services publics. La fusion récente entre Norweb, société d'électricité régionale, et Northwest Water, le fournisseur d'eau de la même région, fournit un exemple de ce phénomène.

Un problème particulier qui a donné lieu à une contestation d'une décision d'une autorité de la concurrence, a porté sur la définition du marché concerné. Dans l'affaire *South Yorkshire Transport Ltd v Monopolies and Mergers Commission* (61), une compagnie de bus avait contesté la décision de la MMC sur le fait qu'une fusion qui donnerait à la compagnie plus de 25 % de part du marché local de transport par bus dans une zone représentant 1.65 % du territoire britannique et 3.2 % de sa population affectait « *une part substantielle du Royaume-Uni* », et qu'en conséquence une fusion relevait bien des compétences d'enquête de la MMC par renvoi du Secrétaire d'État. La MMC avait conclu en outre que cette fusion serait contraire à l'intérêt public et que le Secrétaire d'État avait bien agi dans cette perspective pour préve-

nir la fusion. La chambre des Lords adoptât une attitude distante vis-à-vis de l'affaire. Lord Mustill dit que l'objectif de la condition du dépassement des 25 % de part de marché joue « *dans une part substantielle du Royaume-Uni* » était simplement d'empêcher que le processus de révision soit invoqué dans des situations où l'effet sur le marché était trop petit pour en valoir l'effort. Dans cette affaire, les conclusions de la MMC restaient dans le cadre de son champ permmissible de jugement.

Selon un troisième scénario, la réglementation sectorielle détaillée le cédera à un rôle pour l'autorité de tutelle plus proche d'une autorité de concurrence au fur et à mesure du développement des marchés compétitifs comme c'est le cas avec une certaine rapidité dans les télécommunications. Le DGT a plaidé pour un tel déplacement, ainsi que pour des changements de la licence de BT afin de créer une obligation générale d'éviter les comportements anticompetitifs et de muscler les pouvoirs de contrôle. Le seul pays qui a privatisé son secteur des télécommunications de telle façon qu'il puisse s'en remettre uniquement au droit de la concurrence est la Nouvelle Zélande. Il en a résulté des procès fort complexes sur les conditions de l'interconnexion entre la société privatisée New Zealand Telecom et son nouveau concurrent Clear Communications (62). L'affaire a finalement atteint le Privy Council (63) à Londres pour jugement. La question à trancher était de savoir si le retard de New Zealand Telecom et les conditions que la société proposait pour l'interconnexion contrevenaient aux interdictions de la section 36 de la loi sur la concurrence de 1986 sur la position dominante « afin de :

(a) restreindre l'entrée de qui que ce soit

(58) *R v Monopolies and Mergers Commission ex p Air Europe*, 18 décembre 1987.

(59) *Lonrho v Secretary of State for Trade and Industry* (1989) 2 All ER 609.

(60) Mais voir l'affaire *R v Southern Water Authority ex p Water Companies Association*, *The Times*, 30 décembre 1988 dans laquelle le tribunal a estimé que les règles qui empêchaient la société qui devait bientôt être privatisée d'acheter de plus petites sociétés d'eau, alors que le gouvernement refusait de renvoyer les prises de contrôles par des sociétés françaises des sociétés privées, étaient utilisées de façon illégale.

(61) (1993) 1 All ER 289.

(62) NDLR : sur cette affaire on pourra se reporter à A. Kahn, « Déréglementation des services publics : problèmes de transition et solutions », *Réseaux n°72-73, Économie des télécommunications*, 1995.

(63) N.D.T. : Conseil privé du souverain.

dans ce marché ou dans tout autre ; ou

(b) empêcher ou dissuader qui que ce soit d'adopter un comportement concurrentiel ; ou

(c) éliminer qui que ce soit de ce marché ou de tout autre ».

La proposition de New Zealand Telecom était de facturer l'interconnexion à Clear Communications afin de recouvrir non seulement le coût marginal de la fourniture du service mais aussi le coût d'opportunité perdu en raison de l'autorisation accordée à un concurrent d'offrir le service (64). Clear avançât que ceci aurait permis à New Zealand Telecommunications de récupérer une rente de monopole. Le Privy Council rejeta cette affirmation en annulant l'arrêt de la cour d'appel de Nouvelle Zélande. Un critique a suggéré que cette affaire démontre la faiblesse de la création d'un système dans lequel les avocats sont le premier port d'attache pour résoudre des conflits économiques complexes (65).

Le quatrième scénario selon lequel les principes du droit de la concurrence sont susceptibles de former le caractère juridique du secteur des services publics passe par le recours aux principes de droit communautaire contenus dans les articles 85 et 86 du traité européen. L'autorité principale pour contrôler et appliquer les règles de concurrence européennes est la Commission européenne qui, avec la coopération de la Cour européenne de justice et de la cour de première instance, a développé ses compétences avec beaucoup de succès. Mais, à la différence du droit britannique de la concurrence auquel il ne peut être recouru que par les autorités de la concurrence, les tiers peuvent utiliser les règles de concurrence pour rechercher des com-

pensations pour violation des règles. Dans la mesure où les marchés européens de services publics sont libéralisés cette perspective semble de plus en plus probable.

## L'IMPACT DE LA JURIDIFICATION

La juridification en tant que déploiement de la vision légale du monde portant sur les activités économiques, sociales et politiques, apporte en même temps des conséquences imprévues. Les activités administratives comme la réglementation ne vont pas très bien avec les procès. Tandis qu'une autorité réglementaire tente d'envisager tous les problèmes soulevés par ses décisions, les tribunaux peuvent n'entendre que les deux parties en conflit (66). Ceci n'est pas vrai seulement des procès résultant de contrats mais aussi bien des révisions judiciaires des actes administratifs. Aussi, les tribunaux ont une vue des événements qui peut être comparée à la vision d'un tunnel. A la fin d'un procès, une partie l'emportera et l'autre perdra.

Dans leur étude du rôle des tribunaux en relation avec les agences de réglementation, Baldwin et McCrudden identifient un certain nombre de conséquences du développement d'un contrôle judiciaire plus important des activités réglementaires. Ils s'attachent avant tout à l'impact de la révision judiciaire des actes administratifs dans la sphère réglementaire. Ils suggèrent premièrement que les groupes d'intérêt peuvent avoir plus de jeu pour retarder les décisions administratives avec des procès. Il y a eu peu ou pas de preuves de cela dans le domaine des services publics comme vis-à-vis du développement de stratégies de mise à l'épreuve dans le cadre de procès, par exemple par

(64) NDLR : ces mécanismes sont expliqués dans A. Kahn op. cit.

(65) Voir *Telecom Corporation of New Zealand v Clear Communications*, octobre 1994, Privy Council, et le commentaire critique de Flynn in (1995) 6 (1) *Utilities Law Review* 17-20. L'affaire est aussi commentée par Ahdar in 1995 111 *Law Quarterly Review* 217-220. Une tentative d'évaluation plus approfondie du rôle de la loi dans un environnement aussi substantiellement déréglementé que les services publics de Nouvelle Zélande est faite par (TAGGART, 1995).

(66) CRANSTON, 1994.

(67) Mais le groupe d'écologistes, Friend of the Earth, a entrepris une action pour une révision judiciaire pour contester l'application par le gouvernement des standards européens concernant l'eau potable aux compagnies des eaux britanniques. Les plaignants n'ont pas eu de succès quant à leur revendication selon laquelle le choix du gouvernement de procédure d'engagement plutôt que de mise en application aux fins de mise en conformité avec les normes, sortait du cadre du droit communautaire. *R v Secretary of State for the Environment ex p Friends of the Earth*, 7 juin 1995, cour d'appel.

des groupes de consommateurs (67). La Consumer Association a essayé une telle stratégie contre British Rail pour tester la validité de leurs clauses d'exemption des conditions de transport. Baldwin et McCrudden suggèrent que la crainte de tels procès puisse décourager la planification à long terme des agences et comme l'inaction est plus difficile à contester, décourager des initiatives hardies dans la mesure où elles pourraient demander des justifications plus importantes et auraient pour conséquence de redistribuer le pouvoir entre autorités étatiques, comme ce fut le cas avec l'affaire *Laker Airways*, entre le ministère et l'agence. Pourtant, la tendance des agences à recourir à des formes de décision non soumises à révision, comme la négociation plutôt que les procédures de décisions formelles est plus intéressante. Finalement, il y a, bien sur, la tendance à une implication plus importante des avocats dans la prise de décision des agences (68).

Une crainte plus générale concernant la juridification est qu'un excès de légalisme puisse soit endommager le domaine réglementé, soit le système légal lui-même à travers l'incapacité de la loi à apporter ce qu'elle promettait. Ceci n'est pas seulement un problème de régulation mais également de l'interventionnisme de l'État en général (69). Le dommage pour le système légal provient de la tentative d'incorporer des normes nouvelles, positives et orientées vers les résultats dans un système légal dont la caractéristique est la généralité et le formalisme. Pour Teubner chaque intervention réglementaire qui va au-delà d'un simple processus d'auto-déclenchement risque soit d'être non-pertinente, soit de conduire à la désintégration du système social qu'elle visait soit encore du système légal. Ceci, représente à ses yeux le « trilemme » réglementaire (70).

Quel a été l'impact de la juridification dans le domaine des services publics ? La présence des avocats a cru de la façon la

plus notable. L'Oftel a doublé la taille de son département légal en 1994. Il y a quelques preuves anecdotiques que les avocats sont amenés à intervenir dans les discussions réglementaires plus tôt et plus fréquemment qu'auparavant. D'autres questions intéressantes seraient de savoir si les régulateurs donnent plus de justifications qu'avant (car les justifications leur demandent d'être plus confiant sur le fait qu'ils détiennent des arguments pour cette décision), ou s'ils en donnent moins (parce que ceux vis-à-vis desquels ces décisions ont un impact négatif n'ayant pas accès au raisonnement trouvent la contestation de celles-ci plus difficile). Dans les télécommunications au moins, il apparaît que le processus devient plus ouvert, avec un véritable engagement de consulter ceux qui sont touchés par les décisions et qui donne une vue plus importante sur le raisonnement du régulateur à l'appui de sa décision. En réalité, le processus décisionnel semble s'éloigner du modèle des avocats d'une négociation bilatérale pour aller vers un processus de consultation à la base plus large qui est déjà allé au-delà de la moitié du chemin pour se rapprocher du modèle d'audition publique familier des américains.

C'est pourquoi le DGT suggérerait que le procès (71) ralentirait les changements de politique favorables à Mercury et que si Mercury réussissait d'une façon qui ne plaise pas à l'Oftel, cette dernière modifierait les conditions de la licence de BT pour restaurer le statu quo.

## CONCLUSION

Ces propos du DGT suggèrent que le processus de juridification est perçu dans les télécommunications comme un inconvénient dont il faut s'accommoder. Le sens de cet article est d'indiquer que ce processus pourrait avoir des conséquences plus pénétrantes vis-à-vis de la refonte de la vision de

(68) BALDWIN et McCRUDDEN 1987 : 59-61.

(69) TEUBNER 1987 : 4, 12.

(70) TEUBNER 1987 : 17-21.

(71) N.D.T : Entamé par Mercury cf. infra.

ce secteur réglementé. Les contrats dans le domaine des télécommunications réglementées semblent avoir une forme hybride incorporant des éléments du droit privé, des relations bilatérales et de éléments de réglementation publique. En conséquence, les relations qu'ils s'efforcent d'exprimer à travers le procès sont formées à la fois par les discours de droit privé et de droit public. Comme les frontières légitimes de l'intervention judiciaire à travers les litiges de droit public sont en train d'être établies, les exigences procédurales du droit public semblent former le processus décisionnel de

façons qui vont au-delà du procédural en affectant les opportunités respectives et les capacités d'influence des sociétés réglementées, des autres agences étatiques et d'autres touchés par l'activité du secteur. L'image juridique de l'activité dans le domaine des services publics est encore en émergence mais on peut être confiant sur le fait que son impact n'est pas neutre.

*Traduction : Jean Paul SIMON*

---

## RÉFÉRENCES

---

BALDWIN R. and McCRUDDEN C. (1987) (eds), *Regulation and Public Law. Law in Context*. London : Weidenfeld and Nicolson.

BELOFF M.J., « Judicial Review – 2001 : A Prophetic Odyssey » 58 *Modern Law Review*, 1985, pp. 143-159.

CRAIG P., *Administrative Law*. London : Sweet and Maxwell, 1994.

CRANSTON R., « Reviewing Judicial Review. » In Genevra Richardson and Hazel Genn (eds.) *Administrative Law and Government Action*, pp. 45-80. Oxford : Oxford University Press, 1994.

HARDEN Ian, *The Contracting State. Studies in Law and Politics*, ed. Norman Lewis and Cosmo Graham. Milton Keynes : Open University Press, 1992.

KEEN F.N., *The Law Relating to Public Service Undertakings*. London : P.S. King, 1925.

KOELBLE T.A., « The New Institutionalism in Political Science and Sociology » (1995), *Comparative Politics*, 1995, pp. 231-243.

LOUGHLIN M.), « The Restructuring of Central-Local Government Relations », in Jeffrey Jowell and Dawn Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, pp. 261-293, Oxford : Oxford University Press, 1994.

McELDOWNEY J., « Law and Regulation : Current issues and Future Directions », in Matthew Bishop, John Kay, and Colin Mayer (eds), *The Regulatory Challenge*, pp. 408-422. Oxford : Oxford University Press, 1995.

POWELL W.W. and DI MAGGIO P. (1991), (eds), *The New Institutionalism in Organizational Analysis*. Chicago : Chicago University Press.

PROSSER T., *Nationalized Industries and Public Control*, Oxford : Blackwell, 1986.

PROSSER T., « The House of Lords and the Channel 3 Licences : The TSW Decision » 3 *Utilities Law Review*, 1992, pp. 47-50.

PROSSER T., « Privatization, Regulation and Public Services », 3 *Juridical Review*, 1994a, pp. 3-17.

PROSSER T., « Regulation, Markets and Legitimacy » in Dawn Oliver and Jeffrey Jowell (eds.), *The Changing Constitution* pp. 237-260, 3rd ed., Vol. Oxford : Oxford University Press, 1994b.

SCOTT C., « Privatisation, Control and Accountability », in Sol Picciotto, Joe McCahery, and Colin Scott (eds.), *Corporate Control and Accountability* Oxford : Clarendon Press, 1993.

TAGGART M., « Public Utilities and Public Law » in P. Joseph (eds.), *Essays on the Constitution*, pp. 214-264. Wellington : Brookers, 1995.

TEUBNER G., « Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions » in Gunther Teubner (eds.), *Juridification of Social Spheres*, pp. 3-48. Berlin : Walter de Gruyter, 1987.

TEUBNER G., *Law as an Autopoietic System*, 1993.

THELEN K. and STEINMO S., « Historical Institutionalism in Comparative Politics » in Sven Steinmo, Kathleen Thelen, and Frank Longstreth (eds.), *Structuring Politics – Historical Institutionalism in Comparative Analysis* 1\*32. Cambridge : Cambridge University Press, 1992.

WADE H.W.R. and FORSYTH C.F., *Administrative Law*. Oxford : Oxford University Press, 1994.