

CAHIER DE RECHERCHE - CEIM



Note de recherche
Gouvernance des TIC 11-02
ISSN 1714-7638

L'Europe et la régulation « régionale » de la société « globale » de l'information

VINCENT-HENRI COMTE



Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation
Institut d'études internationales de Montréal
Université du Québec à Montréal
C.P. 8888, succ. Centre-ville,
Montréal, H3C 3P8

MARS 2011

Tel : (514) 987 3000 # 3910
<http://www.ceim.uqam.ca>

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans cette publication demeurent l'entière responsabilité de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement ceux du Projet d'études sur les TIC (ÉTIC) ou des membres du Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation (CEIM).

Résumé

Suite à la consultation publique sur une stratégie de l'Union européenne (UE) en faveur de la coopération internationale dans le domaine des TIC en 2007, certains enjeux de régulation économique comme le *droit de la concurrence* interpellent différents mécanismes de gouvernance soumis au processus de transfert d'autorité. Le projet européen de régulation de l'industrie des *communications électroniques* repose sur l'institutionnalisation forte de dispositions applicables à ce secteur spécifique. Cette gouvernance régionale exige la coopération d'instances politiques et administratives à paliers multiples qui évoluent dans des systèmes de règles commerciales différenciés. Commandant des principes de *proportionnalité* et de *subsidiarité*, la dynamique d'intégration de l'acquis communautaire s'inscrit dans un processus politique et administratif aux pouvoirs déconcertés. La révision des stratégies de Lisbonne fait réfléchir sur l'état de la compétitivité de ce segment du marché commun. L'UE présente des limites institutionnelles quant à son processus législatif supranational qui s'explique par la résistance des États membres à transposer les dispositions applicables à ce secteur spécifique.

Liste des sigles et acronymes

ARCEP : Autorité de régulation des communications électroniques et des postes française

ARN : Agence de régulation nationale

BEREC : Body of European Regulators for Electronic Communications

CUE : Conseil de l'Union européenne

CE : Commission européenne

CdR : Comité consultatif des régions et des localités européennes

CES : Comité économique et social

EEE : Espace économique européen

EECMA: European Electronic Communications Market Authority

GRE : Groupe de régulateurs européens

JAI : Justice et affaires internes

ORCE : Organe des régulateurs européens des communications électroniques

PE : Parlement européen

PESC : Politique étrangère et de sécurité commune

PSM : Pouvoir significatif de marché

TIC : Technologie de l'information et des communications

REC : Réseau européen de la concurrence

ANC : Autorités nationales de la concurrence

L'Europe et la régulation « régionale » de la société « globale » de l'information

Introduction

La régulation transnationale des produits et services du marché des technologies de l'information et des communications (TIC)¹ se décline de manière toute spécifique en Europe. Dans les faits, il s'agit d'un contre-projet au modèle de régulation promu par les États-Unis et ses entreprises du secteur, largement dominantes sur le plan mondial. Ce projet d'Europe occidentale vise l'institutionnalisation forte de compétences et de pouvoirs supranationaux à l'égard de la régulation économique de l'industrie des TIC. Or, l'exemple d'un projet d'intégration d'une nouvelle autorité de régulation de la concurrence européenne subit l'opposition des modèles européens de régulations économiques nationales. La présence de plusieurs cultures de régulation publique européenne nous force à adopter une définition neutre du concept de régulation. D'une part, nous envisageons l'enjeu de la régulation comme un *pôle normatif* de mise en équilibre des intérêts économiques et politiques distincts et, d'autre part, comme un *processus* pérenne de surveillance et de contrôle². Ce débat sur la gouvernance mondiale de la société globale de l'information implique l'interdépendance et la coopération d'acteurs favorisant différents systèmes de règles déployées par le biais de trajectoires institutionnelles distinctes. Ainsi, cette étude des modèles de régulation politiques et économiques européens est liée au phénomène nouveau de l'intégration mondiale des marchés des TIC, phénomène nécessitant une gouvernance plus harmonieuse et plus égalitaire³.

Le modèle de coopération économique de l'Union européenne caractérisé par une position légaliste forte est traversé par des catégories d'ordonnements conflictuels sur le plan de la gestion d'enjeux politiques et économiques comme la souveraineté, la régulation et l'autonomie des marchés⁴. Ces positions antinomiques sont représentées par la trajectoire de régulation nationale des marchés, la trajectoire de régulation supranationale de l'UE et la trajectoire de régulation privée des associations d'opérateurs économiques des marchés des TIC. C'est à partir de ce système de coopération d'autorités organisatrices que nous cherchons à spécifier les limites de la trajectoire supranationale légaliste en mettant l'accent sur les résistances politiques qui poussent les modèles

¹ Les TIC regroupent les techniques utilisées dans le traitement et la transmission des informations, principalement de l'informatique, de l'Internet et des télécommunications. (ILNAS, 2009)

² Danièle Briand-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue internationale de droit économique*, vol. XXI, 2007, p. 349.

³ Nous abordons le terme de l'égalité dans la perspective des concepts fondamentaux énoncés dans la Déclaration de principes du Sommet mondial sur la société de l'information, qui s'occupe d'objectifs de développement chargés de répondre aux effets socio-économiques pernicieux de la fracture numérique Nord-Sud.

⁴ Christian Deblock, Dorval Brunelle et Michèle Rioux, *Globalisation, investissements et concurrence. La voie du Régionalisme : le Projet des Amériques*, Cahier de recherche, Groupe de recherche sur l'intégration continentale, CEIM, 2001, p. 46. En ligne : http://www.ieim.uqam.ca/spip.php?page=article-ceim&id_article=31.

européens vers les régulations nationales et l'autorégulation, et ce, au détriment d'une institutionnalisation forte de compétences et pouvoirs supranationaux. Le projet européen expose des limites internes de nature structurelle et systémique au sein de l'appareil institutionnel de l'UE. Nous pensons que ces points de tensions sont la manifestation politique de la connivence des intérêts publics-privés nationaux ciblés par les réformes juridiques européennes successives. Ces rapports de force qui se manifestent sur le plan régional affectent l'intérêt général du consommateur européen. Ainsi, l'esprit de la législation européenne en matière de concurrence cherche à défendre la plus value des services d'intérêt général dans la réalisation d'un marché commun accessible à tous. Cette quête d'universalité est donc au cœur du projet de construction d'un régime supranational de régulation des TIC européennes.

Ce cahier de recherche analyse les normes et mécanismes du *droit de la concurrence européen*. Nous montrerons que les systèmes de régulation mis de l'avant par l'UE et ses États membres manquent de cohérence et d'efficacité pratique. Treize ans après la libéralisation du marché des télécommunications, la réalisation du mandat de re-régulation⁵ économique de l'industrie des TIC engagée par l'UE est à mi-chemin. Cherchant la compétitivité régionale du secteur des TIC par l'entremise de l'intégration économique, politique et juridique de ce secteur, la Commission européenne (CE) révisé le cadre réglementaire du marché européen des communications électroniques en 2002 (2002-21-CE). En pratique, ces impératifs communautaires rencontrent des limites institutionnelles qui affectent la capacité d'encadrement législatif de l'UE. Cette réalité conflictuelle maintient la fragmentation des sphères d'autorité sous forme de gouvernance à paliers multiples au détriment d'un projet de gouvernance supranationale plus ambitieux.

Le mythe de l'unicité du concept de régulation de l'UE pour un marché intégré des TIC contraste avec la réalité des conceptions fragmentées de la régulation des États membres. La régulation de la concurrence dans le marché des communications électroniques de l'UE engage une procédure complexe de mise en œuvre *déconcentrée* qui sollicite la coopération des autorités politiques et administratives supranationales et nationales. Or, les cadres politiques et économiques des États membres influencent le choix des moyens de mise en application des dispositions applicables au secteur des communications électroniques. Dans cet ordre, quels sont les effets opératoires du maintien de ces pouvoirs nationaux déconcertés?

La première partie de ce cahier fait une analyse descriptive de la nature et de la fonction des enjeux de régulation économique des TIC. La seconde partie propose une analyse des institutions politiques européennes dans le cadre de l'étude du cheminement

⁵ Le concept de re-régulation fait référence à une nouvelle ère de régulation qui succède à l'époque du régime international balisé par l'UIT. En fait, nous faisons référence à l'émergence d'une gouvernance globale des TIC, gouvernance qui est de plus en plus déterminée par les secteurs privés identifiés par les segments de marché qui représentent l'industrie globale des TIC.

d'une proposition de droit communautaire de la CE, proposition visant la création d'une nouvelle autorité, à savoir l'Autorité européenne du marché des communications électroniques (EECMA-COM(2007) 699 final). Les résultats actuels du processus législatif entourant cette proposition nous révèlent les difficultés d'application du droit communautaire de la concurrence au sein des États membres chargés d'administrer cet ordre régulateur à paliers multiples.

Réguler la concurrence sur les marchés européens des TIC

Avec les cadres réglementaires des communications électroniques qui se sont succédé depuis l'effort de libéralisation de l'industrie des TIC en 1998, l'UE désire renforcer les conditions de marché favorables à une concurrence fonctionnelle de cette *nouvelle économie*⁶. Selon la Commission européenne, la politique de concurrence européenne est indispensable pour la compétitivité du marché commun. Ainsi, la Direction générale de la société de l'information et médias, de concert avec la Direction générale de la concurrence, partage certains principes normatifs fondamentaux qui considèrent que l'appareil institutionnel de l'UE doit s'efforcer de consolider le lien synergique qui existe entre les conditions de concurrence, de compétitivité et d'innovation du marché des TIC⁷.

L'objectif de la judiciarisation de cet enjeu économique à l'échelle supranationale vise à avantager les intérêts des entreprises et des consommateurs européens sur l'ensemble du territoire de l'UE. Selon la CE, les paquets législatifs établis afin de réguler les conditions de marchés impliquent des règlements temporaires. En faisant l'examen de l'évolution de ces cadres réglementaires, le paquet législatif actuel (directive cadre 2002/21/CE), programmé pour échoir, contredit notre conception de l'enjeu de la régulation de la concurrence européenne considéré comme un processus pérenne nécessaire à la stabilisation des conditions normales d'un marché concurrentiel. Cette contradiction du régime institutionnel de la concurrence européenne ouvre le débat sur les conflits de gouvernance en présence. Ces rivalités sont d'ordres politique et administratif. Elles proviennent de rapports de force à paliers multiples opposant deux approches de gouvernance, à savoir le supranational et l'intergouvernemental.⁸

⁶ Pascal Petit, *Critique de la société de l'information* (sous la direction de Dominique Wolton): *TIC et nouvelle économie, entre mirage et miracles*, Coll. Les Essentiels d'Hermès, Paris, CNRS Édition, 2009, p. 51

⁷ Les nouveaux enjeux majeurs d'innovation technologique concernent par exemple le développement de la fibre optique et le déploiement du haut débit via les technologies sans fil.

⁸ *Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive)* <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0033:0050:EN:PDF>

Trois volets sont impliqués dans le dossier de la concurrence européenne, mais nous nous attarderons à l'analyse descriptive du troisième volet de ce dossier⁹, c'est-à-dire les dispositions applicables au secteur spécifique des communications électroniques. Ces dispositions interpellent le rôle et les responsabilités des Agences de régulation nationale (ARN), car elles exécutent les analyses de marché et choisissent les modalités d'application de ces dispositions. Depuis l'ouverture des marchés des TIC, ces agences sont au cœur des conflits politiques et administratifs qui minent le renforcement des compétences supranationales de l'UE en matière de concurrence.

La dénationalisation des marchés européens des télécommunications atteint son point culminant le 1^{er} janvier 1998 avec la libéralisation des réseaux et services de télécommunications dans les États membres de l'UE. Les transformations technologiques et l'apport d'innovations d'un point de vue des services s'expliquent notamment par la mise en application de règles de la concurrence. Elles constituent les éléments essentiels de la transition vers la société de l'information européenne. Avec la convergence des secteurs des télécommunications, le contrôle de ces nouveaux secteurs par les différents paliers décisionnels de l'UE exige un régime réglementaire cohérent et fonctionnel. C'est avec l'Acte COM(1999) 539 final que la CE propose aux différentes instances législatives¹⁰ de l'UE un nouveau cadre réglementaire pour les infrastructures réseaux et les produits et services de communications électroniques.

Avec les efforts de libéralisation de l'industrie européenne des TIC au cours des années 1990, le 10 novembre 1999, la CE statue en session plénière que le premier paquet législatif nécessite une révision des règles de la concurrence.¹¹ Ainsi, l'adoption de l'Acte 2002/21/CE touche le domaine des dispositions applicables au secteur spécifique des communications électroniques. Avec ce texte juridique, la CE définit la responsabilité des ARN. Ces agences doivent promouvoir la concurrence et le développement du marché des communications électroniques tout en maximisant les intérêts du consommateur européen.

⁹ 1) Les *dispositions applicables aux entreprises* en matière de concurrence du marché européen sont abordées par les articles 81 à 86 du Traité de la CE (1992). 2) Les *arrangements applicables aux aides d'État* concernent en revanche les articles 87 à 89⁹. Ils visent les aides d'État dans le but de gérer les pratiques des administrations publiques des États membres qui nuisent à la concurrence.⁹ 3) C'est à partir de l'Acte 2002/21/CE que nous aborderons le domaine des dispositions applicables au secteur spécifique des communications électroniques.

¹⁰ Nous faisons ici référence aux communications de la CE acheminées au Conseil de l'Union européenne, au Parlement européen, au Comité économique et social ainsi qu'au Comité des régions.

¹¹ *Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive)* <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0033:0050:EN:PDF>

Pour réguler un marché spécifique¹², ce dernier doit répondre à trois conditions cumulatives, à savoir la présence de barrières à l'entrée et au développement de la concurrence, l'absence de perspective d'évolution vers une situation de concurrence et l'inefficacité relative du droit de la concurrence¹³. En théorie, la nouvelle directive-cadre et ses quatre directives spécifiques¹⁴ donnent le pouvoir à la CE de poursuivre le processus supranational en cours visant l'harmonisation des cadres réglementaires nationaux en matière de TIC. Sur le terrain des enquêtes administratives, les fonctionnaires de la CE concernés constatent que la régulation en matière de concurrence sur le marché des TIC demeure encore fragmentée. D'ailleurs, les opérateurs de réseaux des États membres présentent toujours une forte intégration verticale. Sans mesures de contrôle appropriées, leur pouvoir de marché nuit à la concurrence du marché national et freine la transnationalisation d'activités de compétiteurs étrangers.

Selon Viviane Reding (2008), commissaire à la société de l'information et médias, l'intégration et la régulation économique de ce secteur sont des défis à moitié atteints¹⁵. En 2002, la CE constate des difficultés de coordination horizontale et verticale des ARN, qui doivent réguler des acteurs économiques aux activités commerciales transnationales. Dans l'article intitulé *Régulateur européen : vers la création d'une autorité européenne indépendante du marché des communications électroniques?*, les auteurs Denis Lescop, Jean-Paul Tran Thiet, Thierry Tuot (2008) font référence au fait que la CE ne possède aucun droit de veto par rapport aux décisions prises par les ARN. Ainsi, la CE peut seulement se prévaloir de son pouvoir de recommandations. Cette problématique de coordination des pouvoirs déconcertés propre à une structure politique et administrative à paliers multiples a pour conséquences de ralentir l'innovation technologique et de nuire aux capacités des entreprises à fournir des services transnationaux.

Pour mieux coordonner les cadres réglementaires nationaux, la CE s'est entendue pour créer le Groupe de régulateurs européens (GRE), mandaté officiellement le 29 juillet 2002¹⁶. Sans un statut juridique formel, les travaux du GRE s'appuient sur un mode décisionnel par consensus. L'auteur Denis Lescop (2008) conclut que l'absence de statut juridique du GRE, jumelée à une modalité de pouvoir décisionnel par consensus,

¹² D'après 18 marchés listés dans la recommandation de 2003, sept demeurent susceptibles de faire l'objet d'une analyse de la part des ARN en vue d'une régulation *ex ante*. Nous pouvons à cet effet mentionner le marché de l'accès au réseau téléphonique public ou le marché de gros des infrastructures physiques de réseaux pour la fourniture de services à large bande. (ARCEP, *Rapport public d'activité 2007*)

¹³ Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, *Rapport public d'activité 2007*, publié le 30 juin 2008, p. 137.

¹⁴ Ces directives spécifiques concernent l'autorisation (2002/20/CE) et l'accès aux réseaux et services associés (2002/19/CE), la garantie d'un service universel (2002/22/CE) et l'encadrement du traitement des données à caractère personnel (2002/58/CE).

¹⁵ Viviane Reding, *Europe's Telecoms Incumbents: Friends or Foes of a Single Telecoms Market?* CEO Summit of the European Telecommunications Networks' Operators Associations Venice, 25 octobre 2008, p. 3.

¹⁶ Adopté par la résolution 2002/627/EC.

constitue une approche de négociation qui s'appuie sur le plus petit dénominateur commun¹⁷.

En réponse à cette problématique irrésolue, la CE a proposé des solutions afin d'activer l'intégration du marché unique des communications électroniques. De façon générale, l'Acte 2002/21/CE propose le renforcement du mandat des ARN en matière de communications électroniques. Ces dernières doivent promouvoir la concurrence, le développement du marché interne et l'intérêt du consommateur européen. Selon la triade institutionnelle européenne, les ARN ont les responsabilités suivantes :

(...) they are required to carry out analyses of a set of telecoms product and service markets which may need *ex-ante* regulation. If a market is found to lack effective competition, the NRA is required to impose regulatory obligations, required to carry out analyses of a set of telecoms products and services markets which may need *ex-ante* regulation. If a market is found to lack effective competition, the NRA is required to impose regulatory obligations.¹⁸

Ainsi, la directive 2002/21/CE prévoit qu'il incombe aux 27 régulateurs nationaux de procéder à une analyse de marché et à statuer par la voie de règlements si le marché est considéré comme non concurrentiel. Dans le cas où l'analyse est *a contrario* considérée positive, l'ARN est alors autorisée à démanteler les obligations réglementaires sectorielles imposées aux opérateurs les plus puissants. Or, cette situation hypothétique de déréglementation et d'abolition des dispositions réglementaires applicables à ce secteur spécifique est plus théorique que pratique. Ce constat s'appuie sur le principe qu'il y aurait fixation pérenne des conditions optimales d'un marché concurrentiel des communications électroniques. La chose est peu probable si l'on considère l'état non concurrentiel de plusieurs segments des marchés de l'industrie européenne des TIC. Par exemple, le marché de l'accès aux réseaux téléphoniques, le « marché de gros » aux infrastructures physiques de réseaux, le marché de la fourniture en gros d'accès à large bande livré au niveau régional, etc.

Les ARN bénéficient donc des dispositions du paquet législatif européen qui les concernent. Il est question ici d'une directive-cadre (2002/21/CE) qui cherche à établir une concurrence effective et de quatre directives spécifiques qui concernent l'autorisation (2002/20/CE) et l'accès (2002/19 /CE) aux réseaux et services associés, la garantie d'un service universel (2002/22/CE) et l'encadrement du traitement des données à caractère personnel (2002/58/CE). Le processus en cours d'harmonisation des cadres

¹⁷Denis Lescop, Jean-Paul Tran Thiet, Thierry Tuot, « Régulateur européen : vers la création d'une autorité européenne indépendante du marché des communications électroniques ? », *Concurrence, revue des droits de la concurrence, Chroniques Concurrences* N° 2-2008, p. 162.

¹⁸ *Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive).*

réglementaires nationaux en matière de TIC profite d'ailleurs des efforts de coordination du Groupe de régulateurs européens¹⁹.

En proposant le cadre réglementaire (n°1/2003), la CE poursuit la modernisation de ses mécanismes de coordination, de surveillance et de contrôle. Cette nouvelle directive crée le Réseau européen de la concurrence (REC), qui coordonne les autorités nationales de la concurrence (ANC) de chaque État membre. En décentralisant les mécanismes d'application des articles 81 et 82, la CE voulait renforcer ses pouvoirs d'investigation et régler le défi de coordination dans l'organisation des rapports entre les différentes autorités nationales chargées de réguler les conditions d'ouverture à la concurrence.

En somme, la politique de concurrence tente de réguler les marchés des TIC à travers un processus de surveillance et de contrôle et donc de mise en équilibre des intérêts des consommateurs européens et de ceux des employeurs, et ce, tout en maximisant la croissance interne et externe du marché européen. Le secteur des TIC est un levier économique régional²⁰ direct dû à la croissance générée par cette industrie. Par le fait même, cette industrie provoque des retombées indirectes en raison des avantages technologiques qui profitent à la modernisation des activités des autres secteurs de l'économie européenne²¹. Le rapport de 2007 de la CE sur la politique de concurrence de 2007 nous rappelle que la révision et l'adoption de nouveaux cadres réglementaires des communications électroniques visent à renforcer la concurrence par l'entremise de nouveaux entrants (par exemple, l'arrivée récente d'investisseurs étrangers.)²². Compte tenu de la situation de monopole qui prévalait chez les opérateurs de communications électroniques, l'enjeu de régulation publique de la concurrence constitue un défi colossal pour l'ensemble des intervenants publics et privés concernés par cette question²³.

Après une vaste consultation publique de la CE portant sur l'édification d'une nouvelle approche globale de coopération internationale en matière de TIC²⁴, la CE dépose le 13 novembre 2007 au Conseil européen un projet visant la création d'une nouvelle autorité, l'Autorité européenne du marché des communications électroniques

¹⁹ Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, *Rapport public d'activité 2007*, publié le 30 juin 2008, p. 135.

²⁰ Cette nouvelle économie, qui profite du septième programme-cadre d'investissements européens, un plan de plus de 50 milliards d'euros, est donc l'un des piliers essentiels de la stratégie révisée de développement économique de l'UE représentée par le second programme communautaire de Lisbonne intitulé « *Passons à la vitesse supérieure : le nouveau partenariat pour la croissance et l'emploi* ».

²¹ Conseil de l'Union européenne, *Programmes de dix-huit mois des présidences française, tchèque et suédoise*, 11249/08, le 30 juin 2008, p. 35-36.

²² Commission européenne, *rapport de la commission sur la politique de concurrence 2007*, Bruxelles, le 16 juin 2008 COM(2008) 368 final.

²³ Reding, Viviane, "Europe's Telecoms Incumbents: Friends or Foes of a Single Telecoms Market?", CEO Summit of the European Telecommunications Networks' Operators Associations Venice, 25 octobre 2008.

²⁴ Cette vaste consultation publique portant sur divers enjeux comme la concurrence, la normalisation technologique et le droit de propriété intellectuelle a réuni des acteurs politiques privés (ex. EICTA, ETNO, WKO, etc.), des acteurs politiques d'autorité publique nationale (ex. CRT, MINEFI, Regulatel, etc.) des acteurs d'autorité politique et juridique internationale (ex. OCDE, UIT, OMPI, etc.) et supranationales.

(EECMA- COM(2007) 699 final). Cette instance vise à consolider les acquis des premier et deuxième paquets législatifs concernant les communications électroniques²⁵. La CE souhaite ainsi créer un organe communautaire auquel les 27 ARN devraient se rapporter²⁶. En améliorant son pouvoir de contrôle sur les ARN, la CE estime que cela lui permettrait de renforcer l'effort de consolidation des cultures de régulation.

Or, les résistances sont grandes, notamment de la part des ARN du secteur, comme l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes française (ARCEP). Selon le *Rapport public d'activité 2007* de l'ARCEP, la révision du cadre réglementaire européen des communications électroniques doit faire l'objet d'un débat. En effet, la recommandation pour l'intégration de l'ECCMA propose deux règlements modifiant les directives-cadres (autorisation et accès) et les directives sur les services universels, les droits des utilisateurs, etc. Cette proposition vise la modification de l'équilibre institutionnel en faveur du droit communautaire. Avec l'institutionnalisation de l'EECMA, la CE serait dotée de pouvoirs élargis sur les analyses de marché des ARN. Cette possibilité aurait pour conséquence d'attribuer un pouvoir de veto et de modification à la CE par rapport au choix des remèdes imposés aux pouvoirs significatifs de marché (PSM)²⁷. En outre, en matière de fréquences radioélectriques, l'EECMA disposerait d'un pouvoir visant à imposer une harmonisation de la gestion des fréquences radio qui se sont d'ailleurs multipliées avec l'apport du numérique.

De la sorte, l'EECMA aurait pour fonction d'assister les ARN en instruisant des dossiers comme l'analyse de marché et la question de gestion des spectres radioélectriques. Dans un souci d'efficacité accrue des mesures de contrôle des PSM, la CE a identifié de nouvelles solutions pour pallier aux problèmes de concurrence. La *séparation fonctionnelle* et la *régulation des infrastructures passives* figurent parmi les nouveaux remèdes proposés par la CE. La *séparation fonctionnelle* correspond au pouvoir d'imposer une division des secteurs d'un opérateur réseaux verticalement intégrées. Ainsi, un opérateur historique européen pourrait être divisé en deux entités distinctes, à savoir une entité responsable de gérer les infrastructures de réseau, et l'autre d'offrir les services de détail. L'idée maîtresse de ce nouveau remède est de placer les activités relatives à l'accès de gros aux réseaux dans une entité indépendante. Cette « unité d'affaires » doit ensuite proposer ses produits et services d'accès de gros à tous ses clients concurrents ainsi qu'aux filiales de sa propre entreprise, dans les mêmes conditions de prix ainsi qu'en fonction des mêmes processus opérationnels. La *régulation des infrastructures passives* permettrait pour sa part aux ARN de forcer les opérateurs qui

²⁵ Il s'agit des cadres réglementaires des communications électroniques suivants : COM/99/0539 final et 2002/21/CE.

²⁶ *Ibid.*, p.162-163.

²⁷ Le concept de pouvoir significatif de marché (PSM) est une notion de dominance utilisée en droit général de la concurrence. Selon le cadre réglementaire de 1998 et la réforme proposée par le cadre réglementaire européen de 2003, via la directive 2002/21/CE, une entreprise détenant plus de 25 % de parts du marché est nécessairement une entreprise en position dominante.

sont propriétaires d'infrastructures (ex. pylônes, antennes, etc.) à les partager dans des conditions transparentes, équitables, objectives et proportionnées²⁸.

Autre exemple de propositions, la CE cherche à instaurer plus de flexibilité dans la gestion du spectre radioélectrique. À cet effet, la Commission vise à faciliter l'accessibilité aux différentes fréquences par une mise en œuvre harmonisée d'un régime sans licence. Cette décision d'instaurer une autorisation générale deviendrait « le » régime de facto de gestion des fréquences. En revanche, le recours à la licence individuelle deviendrait l'exception en lien avec la réalisation d'objectifs communautaires. Pour être cohérente, cette proposition de régime sans licence de la CE mise sur l'application obligatoire du principe de la neutralité technologique déterminé par l'article 8 de la directive du paquet législatif de 2002. La neutralité technologique est donc une règle supranationale qui détermine le comportement des États membres et de leurs instances de régulation à l'égard de la gestion des fréquences radioélectriques²⁹. En réalité, les nouveautés législatives résident à la fois dans la régulation publique du dividende numérique ainsi que dans le caractère obligatoire de la neutralité technologique. Cette dernière garantie aux citoyens et entreprises européennes des droits et obligations sans égard à leurs statuts économiques et/ou aux moyens technologiques qu'ils utilisent pour pratiquer leurs activités liées aux technologies de l'information, de communication et de divertissement.

Évidemment, ces propositions inquiètent les gouvernements des États membres, et ce, particulièrement à l'égard du règlement sur l'intégration de l'EECMA qui impliquerait une modification de l'équilibre institutionnel en faveur du modèle supranational. Ce changement institutionnel majeur modifierait de façon irréversible l'équilibre des pouvoirs entre la CE et les ARN. Les gouvernements des États membres comprennent que leur pouvoir discrétionnaire relatif au choix des modalités d'application de la régulation de la concurrence de ce secteur serait amoindri avec l'entrée en fonction de cette haute autorité régionale. Les mesures institutionnelles actuelles visant à répondre aux résistances de la France et de l'Allemagne limitent en revanche les capacités législatives d'encadrement de l'UE. Cette réalité a pour effet d'entretenir la fragmentation des sphères d'autorité. Le résultat est donc le maintien d'une structure de gouvernance à paliers multiples aux prises avec des pouvoirs supranationaux insuffisants.

²⁸ Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, *Rapport public d'activité 2007*, publié le 30 juin 2008, p. 137.

²⁹ *Ibid.* p.141-142.

Limites institutionnelles faisant obstacle au projet de régulation des TIC

Équilibre institutionnel et équilibre des pouvoirs : pouvoir supranational formel, gouvernance à paliers multiples réelle et fonction législative dysfonctionnelle

Le processus décisionnel communautaire s'inscrit dans un régime institutionnel complexe. Il incorpore de nombreuses procédures de gouvernance horizontales qui sollicitent l'intervention commune des différents acteurs institutionnels qui doivent à l'intérieur de leur corps législatif respectif négocier et décider en fonction d'intérêts communautaires et nationaux parfois discordants. La fonction législative du pilier communautaire se distingue par deux principes fondamentaux, à savoir la fonction d'initiative des textes, qui repose sur les épaules de la Commission européenne, et la procédure d'adoption des textes, assurée conjointement par le Parlement européen (PE) et le Conseil de l'Union européenne. En pratique, c'est le Conseil de l'Union européenne, et non le Parlement européen, qui est le véritable législateur de l'UE. Cette institution assure l'insertion des États membres et de leurs gouvernements dans le système institutionnel de l'UE. Ce regroupement de ministres nationaux exerce un rôle essentiel dans la mesure où la Commission européenne propose, mais c'est le Conseil qui dispose en permettant aux bureaucraties nationales de négocier les dossiers communautaires. Par ailleurs, le Conseil de l'Union européenne est une entité institutionnalisée comparativement au Conseil européen³⁰. Les ministres qui siègent au Conseil délibèrent à la fois sur des sujets qui touchent la compétence communautaire ainsi que sur des questions de coopération politique. Chacun des 27 pays membres envoie un représentant compétent devant agir en fonction de l'intérêt de l'État-nation qu'il représente.

Sur le plan consultatif, des organisations comme le Comité économique et social (CES, art.257-262 CE), créé par le Traité de Rome, et le Comité des Régions et des localités européennes (CdR), créé par le Traité de Maastricht (art. 263-265), sont des regroupements qui possèdent un pouvoir de consultation. Par exemple, le CES assure la représentation institutionnelle de la société civile. Ainsi, ce comité regroupe notamment les employeurs et les secteurs associatifs. En revanche, le Comité des régions représente des collectivités régionales et locales. Le Conseil de l'Union européenne est d'abord un organe législatif qui opère sur la base des propositions de la CE. Il doit arrimer ses décisions en fonction des diverses sensibilités nationales qui sont perçues à travers ces « comités » qui représentent les collectivités européennes. Après plusieurs processus de consultations (ex. CES), le Conseil légifère sur des projets présentés en adoptant des lois communautaires³¹.

³⁰ Le Conseil européen correspond à une instance intergouvernementale qui réunit les chefs d'État et de gouvernement deux fois par année.

³¹ Jean-Marc Favret, *Droit et pratique de l'Union européenne*, 3e édition, Édition : Gualino éditeur, Paris 2001, p. 81-82.

Dans le cadre d'enjeux de régulation économique, la CE doit présenter des propositions juridiques (ex. EECMA) au Conseil et au PE qui décident de l'avenir de ces initiatives. La seconde fonction concerne le pouvoir de recommandation et d'avis dans les secteurs intergouvernementaux représentés par le deuxième (Politique étrangère et de sécurité commune-PESC) et troisième (Justice et affaires internes-JAI) pilier de l'UE. La troisième fonction concerne sa responsabilité communautaire de régulation dans l'application effective du droit des traités. Cette fonction lui octroie un pouvoir de contrôle sur l'application du droit commun défini par l'article 226 du Traité d'Amsterdam de 1997. La quatrième fonction accorde à la CE des pouvoirs d'exécution, notamment en matière de règles de la concurrence³².

Ces diverses fonctions législatives nous informent sur la tendance de déconcentration des pouvoirs s'agissant des dernières décisions s'apparentant au dossier particulier de la régulation de la concurrence du secteur des TIC. Ainsi, l'interaction des trois institutions est censée permettre l'équilibre entre les intérêts de cette industrie multi-segments³³ et l'intérêt communautaire. Or, cette quête d'équilibre des sphères de gouvernance est complexe dans la mesure où elle s'inscrit dans le cadre d'un système économique régional en construction. L'espace économique européen (EEE) tente d'intégrer diverses industries des TIC aux sensibilités nationalistes importantes. Selon le portrait des échanges économiques au sein de l'UE, l'auteur Fligstein (2001) identifie l'EEE comme un phénomène de « mondialisation européenne »³⁴.

Le rapport des régulateurs supranationaux à l'égard des enjeux du capitalisme européen présente ainsi une configuration singulière, c'est-à-dire une structure de gouvernance à paliers multiples aux pouvoirs déconcertés. La gouvernance est horizontale dans sa fonction législative et verticale dans sa fonction exécutive. Le rôle des paliers exécutifs et bureaucratiques nationaux s'inscrit dans une dynamique de modélisation du droit européen selon leur contexte spécifique. Ce rapport de force politique nationale, qui met en exergue 27 cultures bureaucratiques différenciées, limite l'exécution pratique des compétences de la trajectoire de gouvernance supranationale et favorise les régulations nationales au détriment des pouvoirs supranationaux. Ce contre-pouvoir politique représenté par le palier de gouvernance national affecte les fonctions de propositions et d'exécutions de la Commission européenne.

Cette analyse descriptive des fonctions législatives des instances de l'UE contribue à notre effort de problématisation dans la mesure où nous cherchons à identifier la nature des limites institutionnelles propres à la fonction législative européenne. Ces

³² *Ibid.* p. 62-65.

³³ Il s'agit de fournisseurs de réseaux, d'opérateurs satellitaires ou de réseautiques, des fournisseurs de services, des fabricants d'ordinateurs ou de semi-conducteurs, des producteurs de logiciels et de services informatiques, des producteurs et des diffuseurs de contenus audiovisuels, etc.

³⁴ Neil Fligstein, Frederic Merand, *Globalization or Europeanization? Evidence on the European Economy since 1980* (April 2, 2001). Center for Culture, Organizations and Politics. Paperwps-2001-02.

limites sont d'ordre politique. Il est ici question d'intérêts nationaux qui nuisent à l'intégration légaliste du projet européen de régulation des TIC. L'hypothèse d'une force de gouvernance supranationale affaiblie et peu fonctionnelle apparaît donc en première analyse comme une réalité de la structure de gouvernance institutionnelle européenne.

Le dossier de révision du cadre réglementaire européen des communications électroniques offre une occasion d'aborder cette problématique. Après une large consultation des parties prenantes du secteur pendant la saison estivale de 2007, la CE a publié de nouveaux textes réglementaires en novembre 2007 et les a ensuite transmis au Conseil de l'Union européenne et au Parlement européen, qui doivent statuer sur la valeur de ces modifications.³⁵ Le projet communautaire de l'Autorité européenne du marché des communications électroniques (EECMA- COM(2007) 699 final) vise à consolider les acquis des paquets législatifs des TIC.

Afin de présenter les intérêts qui font pression sur la fonction législative des institutions supranationales qui évaluent le projet de création de l'EECMA, passons dès maintenant à la position du Groupe des régulateurs européens (GRE), position défendue par les employeurs de l'industrie des TIC et du Comité consultatif des régions et localités européennes. Selon le *Rapport public d'activité 2007* de l'ARCEP, les ARN rassemblées dans le GRE considèrent unanimement que l'EECMA n'est pas une réponse adaptée à une harmonisation de la régulation des TIC européennes.

Même si l'ensemble des intervenants, dont les régulateurs nationaux, s'entend à l'effet que la convergence avec le droit de la concurrence européenne reste le principe clé du paquet législatif de 2003, l'ARCEP déclare que le caractère sectoriel des réglementations appliquées par les ARN condamne *de facto* ces régulateurs nationaux à la disparition. La fin de la réglementation sectorielle *ex ante* doit favoriser le retour d'une réglementation *ex post*. Dans cette logique, la position du GRE est de dénoncer les contradictions soulevées par la révision du cadre législatif en vigueur, car l'institutionnalisation de l'EECMA voudrait dire la pérennisation de la régulation sectorielle dans le domaine des TIC. Selon la GRE, la régulation *ex ante* du secteur des télécommunications doit correspondre à un régime transitoire et non perpétuel. Officiellement, l'ARCEP conçoit que le GRE s'entende avec la CE sur la nécessité d'harmoniser la régulation de cette forme de concurrence sectorielle, mais il émet une réserve à l'égard de la volonté de la CE de créer un déséquilibre des pouvoirs institutionnels en faveur de l'UE. Ainsi, le rapport souligne que : « (...) le projet de

³⁵ L'exercice de délibération concernant ces textes est théoriquement fondé sur le principe de parité entre le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen. L'objectif de ce principe de parité vise à ce qu'aucune des deux institutions ne puisse adopter de législation sans l'assentiment de l'autre. Toutefois, dans le cadre du premier pilier, il faut insister sur le fait qu'à la différence d'un État démocratique, le contexte politique fragile des Communautés veut que le pouvoir de légiférer appartienne de prime à bord au Conseil. C'est donc cette institution, et non le Parlement européen, qui est en dernière instance le principal titulaire du pouvoir normatif. Ainsi, les instruments de ce pouvoir, les règlements, les directives et les décisions sont généralement adoptés par cette dernière.

règlement prévoit de faire de l'EECMA le forum exclusif pour la coopération entre les autorités réglementaires nationales dans l'exercice de l'ensemble de leurs responsabilités au titre du cadre réglementaire. »³⁶

Du côté des opérateurs privés, il y a consensus sur le fait qu'il faut éviter le renforcement du mandat politique du GRE. Clairement, les principes de la politique de la Nouvelle approche (1985), qui mise sur la concertation et l'autonomie des acteurs privés, maintiennent ce consensus. Les résultats de l'exercice de consultation publique de 2007³⁷ sur la revitalisation de la stratégie de l'UE en faveur de la coopération internationale dans le domaine des TIC constituent une preuve « démocratique » du rejet catégorique d'un renforcement du mandat du GRE. L'organisation Wirtschaftskammer Österreich (WKO, 2006), qui représente l'industrie autrichienne des TIC, adopte cette orientation en affirmant :

However, the idea of setting up a regulating authority at EU level should be clearly rejected as it would only put in place an additional bureaucratic level. Furthermore, a lack of hands-on experience at regional level would make decision-making much more difficult. Large international providers could exert a disproportionately strong influence. There would seem to be no practical benefit or improvement. Besides, current procedures under the EU Framework Directive are adequate from the point of view of regulation. The European Regulators Group (ERG) should act as the coordinating body.³⁸

Alors, comment coordonner et baliser les modalités d'intégration de politiques de concurrence supranationale au sein des juridictions nationales sans pour autant avoir recours à l'institutionnalisation d'une haute autorité centrale dotée de pouvoirs coercitifs élargis ? L'inquiétude généralisée sur la question de la concurrence et de l'effritement de la souveraineté des États membres tient au fait que cette autorité de régulation supranationale aurait un droit de regard et un pouvoir de contrainte en cas de conflits de conformité avec une autorité de régulation nationale. L'EECMA prendrait sa décision à l'égard du conflit à la majorité simple et devrait obtenir en final l'autorisation de la CE.

Ce bras de fer institutionnel est une joute politique perdue d'avance pour la CE. L'échec prévisible tient aux pressions de démarchage engendrées par les intérêts nationaux, fortement représentés au sein des institutions supranationales chargées du pouvoir législatif. Selon cet ordre, inclus dans le processus de délibération, les comités consultatifs (ex. CES, Comité des régions, etc.) présentés précédemment assurent la représentation des divers intérêts régionaux et locaux du grand territoire européen. Par

³⁶ Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, *Rapport public d'activité 2007*, publié le 30 juin 2008, p. 143.

³⁷ European Commission - Public Consultation on International Co-Operation on ICTs, *Questionnaire for an EU Strategy for International Co-Operation on ICT*, Consultation period: 02/07/2007 - 31/09/2007.

³⁸ European Commission - Public Consultation on International Co-Operation on ICTs, *WKO: Questionnaire for an EU Strategy for International Co-Operation on ICT*, Consultation period: 02/07/2007 - 31/09/2007.p. 3.

exemple, le Comité des régions est par définition un canal de diffusion institutionnelle efficace pour rendre des *avis* sur un dossier comme l'EECMA. Instrument juridique à l'appui, le traité de la CE prévoit aux articles 263 à 265 l'obligation de consultation³⁹. Précisément, l'Avis du Comité des régions (2008/C257/10) du 19 juin 2008 annonce que la création d'une Autorité européenne du marché des communications électroniques (EECMA) contrevient selon lui aux principes fondamentaux de *subsidiarité* et de *proportionnalité* de l'UE. Dans cet avis, le Comité des régions ajoute que la décision d'instaurer cette haute autorité risque de complexifier le processus du paquet « télécommunication » de 2002, alors que l'un de ses objectifs préalables était plutôt de simplifier les mécanismes de contrôle et de renforcement. D'autre part, cette instance estime que :

La création d'une Autorité européenne du marché des communications électroniques, associée à un transfert substantiel de compétences de chaque État membre au profit de la Commission européenne au niveau de la régulation des marchés conduira à un déséquilibre dans la répartition des pouvoirs entre autorités de régulation nationale et européenne. Par conséquent, le CdR plaide pour la création d'un organisme des régulateurs européens dans le secteur des télécoms, qui ancrerait le Groupe des régulateurs européens dans le droit communautaire.⁴⁰

Ces préoccupations nationales sont partagées par les parlementaires européens, frileux à l'idée de l'effritement du pouvoir des autorités administratives indépendantes. Ainsi, du côté du débat parlementaire, il n'y a qu'à parcourir le rapport de Sharon Bowles (2007), mandatée par la Commission parlementaire des affaires juridiques à l'intention de la Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie sur la proposition de règlement de l'EECMA, pour constater que la proposition de la direction générale est largement contestée. Les amendements ajoutés à une majorité d'articles de la proposition de la CE garantissent la déconfiture du projet.

En résumé, le rapport de la Commission parlementaire des affaires juridiques oriente les délibérations du PE sur l'idée qu'il faut prévenir les dommages irréversibles que pourrait causer une administration hypercentralisée (EECMA) sur le pouvoir et l'expertise des régulateurs nationaux. Selon Sharon Bowles (2007), la menace d'un transfert accru de pouvoirs du GRE vers l'EECMA entraînerait un détournement de l'expertise spécifique inégalable des agences réglementaires nationales sur des marchés

³⁹ Jean-Marc Favret, *Droit et pratique de l'Union européenne 3e édition*, Gualino éditeur, Paris, 2001, p. 82.

⁴⁰ Comité des Régions, *Avis du Comité des régions « Paquet de réformes des télécommunications »*, Journal officiel de l'Union européenne, (2008/C257/10), juin 2008, p.2.

et des dossiers industriels locaux qu'ils connaissent et avec lesquels ils savent travailler⁴¹.

Ainsi, cette réponse des parlementaires reconduit l'idée d'une quête d'équilibre incessante entre l'exercice des pouvoirs supranationaux et intergouvernementaux, équilibre recherché dans les compromis négociés au sein du Traité de l'Union européenne pour l'opérationnalisation du pouvoir législatif de l'UE. Plusieurs intérêts antagoniques s'expriment au sein des institutions communautaires. Par exemple, les allégeances politiques et économiques intergouvernementales exprimées au sein d'institutions supranationales comme le Conseil de l'UE et le PE défendent les intérêts privés des industries nationales des TIC par de multiples canaux institutionnels (par exemple le Comité des régions). Ces faits documentés dans de nombreux avis parlementaires nous poussent à conclure que les nombreuses procédures législatives partagées de façon quasi conjointe entre ces deux pôles décisionnels contrecarrent inévitablement le renforcement du projet de régulation de la concurrence du secteur des TIC. Dorénavant, la menace d'un déséquilibre institutionnel, qui se traduirait par un déséquilibre en matière de pouvoir de contrôle et de sanction en faveur du projet communautaire, ne doit plus inquiéter les autorités sectorielles et de la concurrence opérant sur le plan national.

Ces nombreux constats nous amènent à penser que cette impasse institutionnelle relative aux conditions du processus décisionnel du triangle organisationnel européen maintient une dynamique d'intégration rationnelle qui valorise les intérêts privés nationaux et leurs pouvoirs de régulation au détriment d'une communauté régionale plus compétitive, concurrentielle, cohérente et donc harmonisée juridiquement. Nous postulons que cette situation qui a mené au rejet du projet de l'EECMA sous sa forme initiale rend plus difficile l'application du droit communautaire en matière de concurrence sectorielle qui nécessite des règlements et mécanismes d'application plus contraignants. Avec l'adoption par le PE et le CUE de la régulation (EC) 1211/2009, l'intronisation de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) limite tout autant la transposition et l'application du droit communautaire en matière de concurrence sectorielle au sein des juridictions nationales de l'UE. Même si l'ORECE se propose en remplacement du GRE (2002/627/EC), ses seuls pouvoirs de consultation et de recommandation limitent la portée juridique de son intervention. Ainsi, le mandat de l'ORECE se décline comme suit :

« Berec provides a platform for the regulators to coordinate cross-border policies, share best practices for local markets, study new market developments and advise the European Commission and other EU bodies. Berec is made up of the heads of the 27 national telecom

⁴¹ Parlement européen, Commission des affaires juridiques, Rapporteur Sharon Bowles, *Avis de la commission des affaires juridiques à l'intention de la commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques*, (COM(2007)0699 – C6-0428 – 2007/0249(COD)), p. 4.

regulators as well as a support office staff. Most decisions will be taken by two-thirds majority and by simple majority when Berec gives opinions on national regulatory measures notified to the EC. »⁴²

Suite au constat de cet immobilisme institutionnel, nous cherchons à comprendre les répercussions politiques et légales de ce statu quo institutionnel sur l'organisation de l'intégration de la Communauté européenne en matière de régulation économique. Nous pensons que ce statu quo institutionnel limite dans les faits la transposition juste et équitable des dispositions spécifiques au droit de la concurrence européen qui touche le secteur industriel des communications électroniques. En guise de démonstration, nous étudierons les défis de mise en œuvre du cadre réglementaire (2002-21-CE) assumés par les autorités sectorielles nationales et les autorités de la concurrence. Ces autorités doivent exercer leurs pouvoirs de régulation en fonction d'un équilibre relatif entre les intérêts communautaires (harmonisation des cadres législatifs nationaux) et les intérêts nationaux (par exemple la compétitivité de l'industrie).

Mise en œuvre du cadre réglementaire des communications électroniques (2002-21-CE) sur le plan national : les agences de régulations nationales (ARN)

Considérant le statu quo institutionnel des agences européennes dans le cadre d'enjeux économiques qui relèvent du pilier communautaire et de l'intérêt général, dans quelle mesure cette décision affecte-t-elle les mécanismes nationaux de transposition de la régulation supranationale de la concurrence des communications électroniques ? Puisque les ARN⁴³ agissent au nom de l'État, sont-elles réellement indépendantes vis-à-vis de l'autorité de leur gouvernement ? Quel est le niveau de responsabilité des États membres à l'égard du travail exécuté par ces organes de régulations ? Est-ce que les États membres disposent du recul et des règles éthiques nécessaires pour encadrer les

⁴² Telecom paper, « EU Telecom Regulator Berec Holds First Meeting », 28 janvier 2010, <http://www.telecompaper.com/news/article.aspx?cid=715561>

⁴³ Membres et observateurs du Groupe des régulateurs européens : Autriche: Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, RTR ; Belgique: Institut Belge des services postaux et de Télécommunications: BIPT ; Bulgarie: Communications Regulation Commission : CRC ; Croatie : Hrvatska agencija za poštu i elektroničke komunikacije : HAKOM ; Chypre: Office of the Commissioner of Electronic Communications and Postal Regulation: OCECPR ; République Tchèque: Český telekomunikační úřad: CTU ; Danemark: Telestyrelsen - National Telecom Agency: NTA ; Estonie: Konkurentsiamet:: Finlande: Viestintävirasto Kommunikationsverket: FICORA ; France: Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes: ARCEP ; Allemagne : Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen : BNETZA ; Grèce : National Telecommunications and Post Commission: EETT ; Hongrie: Nemzeti Hírközlési Hatóság: NHH ; Islande: Póst- og fjarskiptastofnun: PTA ; Irlande Commission for Communications Regulation: ComReg ; Italie: Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni: Agcom ; Lettonie: Sabiedrisko pakalpojumu regulēšanas komisija: SPRK ; Liechtenstein: Amt für Kommunikation: AK ; Lituanie: Ryšių reguliavimo tarnyba: RRT ; Luxembourg: Institut Luxembourgeois de Régulation: ILR ; République de Macédoine: Agency for electronic communications: AEC ; Malte: Malta Communications Authority: MCA ; Pays-Bas: Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit: OPTA ; Norvège: Post- og teletilsynet : PT ; Pologne : Urzędu Komunikacji Elektronicznej: UKE ; Portugal: Autoridade Nacional de Comunicações: ANACOM ; Roumanie : Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații : ANCOM ; Slovaquie: Telekomunikačný úrad Slovenskej republiky: TO SR ; Slovénie: Agencija za pošto in elektronske komunikacije RS: APEK ; Espagne: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones: CMT ; Suède : Post- och Telestyrelsen: PTS ; Suisse: Office fédéral de la Communication: OFCOM ; Turquie: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu :BTK ; Royaume-Uni : Office of Communications: Ofcom

instances qui contrôlent les conditions d'ouverture à la concurrence ? Est-ce que les autorités gouvernementales des États membres sont suffisamment crédibles pour arbitrer les conflits entre l'intérêt général communautaire et les intérêts commandés par leurs électeurs et leurs contributeurs financiers ? Les États membres doivent-ils engager une réflexion éthique et juridique sur les implications de l'instrumentalisation nationale du pouvoir normatif supranational délégué aux ARN ?

Nous abordons ici l'enjeu politico-légal de mise en application du droit communautaire dans le contexte des juridictions nationales qui bénéficient d'une autonomie institutionnelle et procédurale encadrée par des obligations communautaires⁴⁴. Certes, les conceptions différentes de régulation à l'intérieur des États membres nuisent à l'intégration du marché unique des communications électroniques et la régulation de la concurrence engage des procédures complexes de mise en œuvre à la fois verticale et horizontale⁴⁵. La mise en place de ces processus sollicite la coopération des autorités politiques, juridiques et techniques supranationales et nationales. Avec le refus du renforcement du transfert du mandat du GRE vers l'EECMA, les nombreux cadres politiques et économiques des États membres continuent de déterminer le choix des moyens de mise en application du paquet législatif de 2002.

Selon Danièle Briand-Meledo (2007), les États membres subissent une double conjoncture organisationnelle, à savoir le passage des cinq étapes d'intégration communautaire jumelé à un processus de décentralisation administrative qui en est le résultat opérationnel. Avec l'union politique de l'Europe (TUE-1992), qui permet d'établir des normes communautaires qui touchent le secteur des télécommunications, un processus de libéralisation et de privatisation (art. 86 du Traité de la CE) des entreprises-réseaux s'intensifie de façon asymétrique tout au long des années 1990 (COM(1999) 539 final)⁴⁶. Suite à la suppression complète des monopoles nationaux le 1^{er} janvier 1998, le « paquet télécom »⁴⁷ de 2002 ouvre la porte à un phénomène de re-réglementation. Ce nouvel épisode de gouvernance s'apparente à un processus d'ouverture à la concurrence qui implique dans le contexte européen un désengagement de l'État face à cette industrie d'anciens monopoles.⁴⁸

Avec le rejet de l'EECMA et l'adoption de l'ORECE (2009), les ARN conservent leurs prérogatives nationales par rapport à leur marché respectif. Titulaires de compétences transversales dans le contrôle des marchés, les autorités de la concurrence

⁴⁴ L'obligation qui pèse sur les États membres est donc une obligation de résultats et non une obligation de moyens.

⁴⁵ Régulations multi niveaux où les échelons décisionnels se multiplient.

⁴⁶ Nous pouvons donner en guise d'exemple la réglementation sectorielle du marché des télécommunications qui est initiée avec la directive 90/388/CE du 28 juin 1990. Ses dispositions importantes sont ensuite modifiées et regroupées par 6 directives apparaissant dans le paquet législatif de 2002/11/CE.

⁴⁷ Ce paquet législatif des télécommunications désigne sept textes européens de règles communes visant à réguler les réseaux de télécommunications.

⁴⁸ Danièle Briand-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue internationale de droit économique*, vol. XXI, 2007, p. 345-349.

des États membres doivent collaborer avec les ARN pour organiser, par exemple, le secteur des communications électroniques. Leurs relations horizontales transforment incidemment l'action de leur gouvernement, qui doit laisser ces organisations instrumentaliser la norme. Ces nouveaux modes d'organisation de la règle propre au courant régional proposent un cadre rénové de l'intervention. Cette forme de gouvernance est questionnable sur le plan éthique si l'on se réfère au principe fondamental de l'intérêt communautaire⁴⁹.

Réfléchissant sur le « modèle » européen d'intégration économique, Danièle Briand-Meledo (2007) nous rappelle la dualité politique du fédéralisme supranational⁵⁰ et de l'intergouvernementalisme (J. M. De Forges-2001)⁵¹ européen à travers son interrogation sur la valeur du concept unique de régulation véhiculé par la CE. En effet, la défense de ce concept traduit une quête théorique de renforcement du pouvoir de régulation communautaire telle qu'imaginé à l'origine par la doctrine fédéraliste de Jean Monnet (1951). Dans les faits, même Viviane Reding (2008), commissaire à la société de l'information et médias, reconnaît au sommet de l'association des opérateurs européens de réseau de télécommunications que le renforcement du pouvoir de régulation communautaire est limité par le manque d'harmonisation des 27 cultures de gouvernance⁵². Ce contexte de fragmentation des cadres réglementaires nationaux portant sur la concurrence caractérise le niveau de complexité des efforts de coopération des membres de l'ORECE. Ainsi, Danièle Briand-Meledo explique :

Ces autorités doivent arbitrer entre différents niveaux d'intervention, qu'ils soient communautaires, nationaux, régionaux ou locaux. Aussi, ces autorités doivent arbitrer entre de multiples intérêts issus de l'économie de marché ou du lien social. (...) Chaque État a travaillé à la mise en place d'une régulation des conditions d'ouverture à la concurrence des nouveaux marchés. La question de l'adaptation de l'État à ses missions

⁴⁹ *Ibid.*, p. 349.

⁵⁰ L'approche fédérale se présente par l'entremise des réflexions et actions de Jean Monnet qui est l'intégrateur en 1951 du plan Schuman (1950) pour la CECA et par la suite du plan Pleven pour une armée européenne. Si les actions de Monnet se traduisent par une démarche opératoire proprement fonctionnaliste (ex. CECA), l'individu en question est un fédéraliste dans l'âme en raison de son désir profond et conscient d'une Europe unifiée économiquement, socialement et politiquement. Il souhaite faire l'Europe pour faire la paix et la Fédération européenne en est l'aboutissement ultime.

⁵¹ La plus belle critique de l'approche fédéraliste consiste à la confronter à la sacro-sainte notion de souveraineté. L'auteur J. M. De Forges (2001), nous rappelle que le concept d'autodétermination légitime les nombreuses inquiétudes des États membres à considérer l'U. E. en tant qu'État fédéral. Il appuie ses dires en affirmant que l'évolution des États de nature fédérale centralise les activités et par conséquent minimise l'indépendance politique des centres décisionnels périphériques. C'est pourquoi l'auteur parle dans le cas de l'Union européenne d'une souveraineté internationale. Il attribue l'originalité de l'U.E. au phénomène unique de la concomitance d'une aire juridique (CJCE) propre aux intérêts communautaires qui finalement cohabitent avec les juridictions nationales européennes.

⁵² Viviane Reding, *Europe's Telecoms Incumbents: Friends or Foes of a Single Telecoms Market?* CEO Summit of the European Telecommunications Networks' Operators Associations Venice, 25 octobre 2008, p. 2-3.

et de sa crédibilité a été posée d'emblée par le Traité de la CE et à l'ouverture des monopoles publics à la concurrence.⁵³

Cette question de l'adaptation et de la conformité de l'État à ses missions européennes de régulation de la concurrence est légitime si l'on considère l'exemple des opérateurs de communications électroniques. Encore aujourd'hui, ces entreprises interpellent les intérêts politiques et économiques stratégiques des gouvernements en raison de leur ancien statut de monopole naturel. À cet effet, la commissaire Viviane Reding établit un lien de causalité entre l'histoire d'interdépendance des grands opérateurs réseaux avec leur gouvernement national et la nature de leurs pouvoirs politiques et économiques. Ainsi, sur le plan de la connivence politique affectant le processus de mise en conformité de l'État en matière de droit de la concurrence européen, la commissaire rappelle certains faits historiques, à savoir :

Most of Europe's incumbents share the same history: They were formerly public administrations enjoying a national monopoly for the provision of fixed voice telephony. Following the EU decision to open the telecoms markets to competition, these public administrations were forced to transform themselves quite radically during the 1990s. (...) it is quite clear that in the regulatory departments of many telecoms incumbents – often divisions of 50 to 100 regulatory experts, many of them formerly working in the national telecoms ministries –, We in Europe did not choose the revolutionary method of breaking-up telecoms monopolies by means of competition law. We choose instead the softer, evolutionary, but also more time-consuming path of regulating the former telecoms incumbents by sector-specific rules administered by national telecoms regulators. Given their history, there is still a vast majority of Europe's incumbents who are at least partially owned by the State.⁵⁴

Ainsi, plusieurs États membres européens sont encore aujourd'hui partiellement propriétaire de leur ancien monopole national en matière de communications électroniques. À cet effet, la commissaire Reding (2008) donne en exemples l'Allemagne qui détient 31.3% des parts de Deutsche Telekom et la France qui détient 33.1% des parts de France Telecom. D'autres sociétés comme TeliaSonera, Belgacom et P&T Luxembourg bénéficient d'une participation de l'État qui dépasse les 45%. Ces formes renouvelées d'interventionnisme économiques minent la croissance et le développement économique de leur marché des communications électroniques.

⁵³ Danièle Briand-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue internationale de droit économique*, vol. XXI, 2007, p. 350.

⁵⁴ Viviane Reding, *Europe's Telecoms Incumbents: Friends or Foes of a Single Telecoms Market?* CEO Summit of the European Telecommunications Networks' Operators Associations Venice, 25 octobre 2008, p. 3-4

Ainsi, certains opérateurs de communications électroniques qui profitent toujours d'une certaine participation de leur gouvernement jouent un rôle économique prépondérant tant au niveau de leur marché national qu'au niveau du marché européen. À cet égard, Viviane Reding établit un lien de causalité entre le pouvoir économique des opérateurs réseaux privilégiés et le niveau de concurrence dans ces marchés respectifs.

First of all, in a European telecom service market worth € 347 billion, or 2.9% of the EU's GDP, incumbents account for 71% of aggregated revenues. Secondly, the incumbents account for 72% of total investment in the sector. And last but not least, incumbents continue to be key for Europe's competitiveness in the world: six of the top ten telecoms companies in the world are European; and five of them are incumbents. Of course, this economic power has a direct relationship with the level of competition on the telecoms market. (...) Regarding the mobile market, three out of four European citizens are subscribers of one of the four main mobile groups: Deutsche Telekom, Vodafone, Telefónica and Orange. Three of these groups are mobile branches of fixed incumbents. Regarding the retail broadband market, the incumbents' market share remain stable at around 45% in 2008. 81.7% of EU fixed subscribers still rely today on the incumbent's infrastructure for direct access.⁵⁵

L'intérêt économique d'un gouvernement à l'égard des activités d'un opérateur réseaux est donc inévitable d'un point de vue stratégique, surtout si l'on considère en plus l'apport commercial indéniable des innovations technologiques de cette industrie. Cette *nouvelle économie*⁵⁶ affecte parallèlement l'ensemble des secteurs d'activités économiques de l'État membre. La compétitivité et le rayonnement international global d'un marché national sont donc dépendants du déploiement économique de ce secteur d'activité à valeur ajoutée. De plus, si l'on examine le spectre de la concurrence systémique (notamment les aides d'État) conditionnant l'esprit des politiques économiques et industrielles des États membres, il est justifié de s'interroger sur les obligations et les *responsabilités éthiques* qui reviennent aux États membres. Ces obligations et responsabilités sont reliées au mandat des ARN qui choisissent, en collaboration avec les autorités de concurrence nationales, les moyens de mise en œuvre du paquet législatif de 2002.

Le cas de la France est illustratif. L'action publique répond à trois catégories d'exigences qui orientent l'opérationnalisation de la régulation de la concurrence : la nécessité d'*impartialité*, l'exigence de la *professionnalisation* et l'obligation d'*efficacité*⁵⁷.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 5-6.

⁵⁶ Pascal Petit, *Critique de la société de l'information* (sous la direction de Dominique Wolton): *TIC et nouvelle économie, entre mirage et miracles*, Coll. Les Essentiels d'Hermès, Paris, CNRS Édition, 2009, p. 51

⁵⁷ Le concept d'*impartialité* est défini par l'état d'indépendance politique de ces institutions (de là leur mission technique). La *professionnalisation* de l'action publique se rapporte aux mécanismes administratifs attribuables aux conventions de la

L'indépendance politique de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) garantit une forme de crédibilité et d'impartialité qui favorise une certaine légitimité de cette voie opérationnelle. Cependant, étant donné qu'il est question d'un processus renouvelé de l'action publique, le gouvernement français doit garantir un processus de contrôle qui vérifie l'efficacité des catégories d'exigences fixées initialement par ce même gouvernement. De par la nature technique des ARN, l'État doit se poser des questions d'éthique par rapport aux responsabilités juridiques engagées dans le Traité de la CE.⁵⁸ Selon Briand-Meledo (2007), il s'agit d'un retour obligé à l'organisation par l'État. Sur le plan strictement juridique, les États se sont engagés sur une voie d'intégration politique et économique irréversible. Cette démarche sous-entend que leurs engagements législatifs les contraignent à procéder selon ces normes, qui relèvent de l'intérêt général régional et non de l'intérêt national spécifique⁵⁹. Selon le droit communautaire, l'article 95 du traité de la CE dicte l'obligation d'harmonisation des conditions de régulation économique sur la base de la cohérence et de la conjugaison des législations communautaires et nationales.

Cet exercice d'application de l'acquis communautaire exige une marge de manœuvre judiciaire pour l'ARN dans son effort de production des mesures de contrôle normatif. Dans sa finalité d'exécution, il reste que c'est l'État qui est responsable de l'arbitrage de ces organes de régulation. En gardant à l'esprit l'indépendance politique de ces agences de régulation, comment la France exerce-t-elle son rôle de gardienne des intérêts communautaires dans un système où l'ordre régulateur est géré par l'ARCEP? Se conformant au paquet législatif de 2002 (2002/21/CE), la France signe le 31 décembre 2003 une loi (2003-1365) qui transpose la directive européenne du service universel (2002/22/CE) en garantissant l'obligation de services publics des télécommunications. Ensuite, la loi communautaire 2002/21/CE est adoptée officiellement en France le 3 juin 2004 sous l'appellation de « norme relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle ». L'ARCEP s'adapte ainsi dans sa relation avec l'Hexagone et le Conseil de la concurrence pour libéraliser et contrôler le marché des télécommunications⁶⁰. La juriste Briand-Meledo (2007) constate ainsi :

fonction publique et parapublique. Finalement, l'efficacité est associée aux impératifs d'adaptation aux réalités des marchés et à la gestion du temps. Ainsi, cette dernière exigence nous ramène à la source de l'institutionnalisation des Autorités administratives indépendantes. (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, *Rapport public d'activité 2007*, publié le 30 juin 2008 <http://www.arcep.fr/index.php?id=9684>)

⁵⁸ Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, *Rapport public d'activité 2007*, publié le 30 juin 2008 <http://www.arcep.fr/index.php?id=9684>

⁵⁹ Danièle Briand-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue internationale de droit économique*, vol. XXI, 2007, p. 351-353.

⁶⁰ *Ibid*, p. 356.

L'organisation de la régulation multi niveaux est exigeante. Elle conduit à procéder à une double redéfinition du partage des compétences : entre niveaux politique et administratif d'une part, puis en échelon central (qu'il soit européen ou national) et pouvoirs déconcertés d'autre part.⁶¹

Identifié par cette spécialiste du droit de la concurrence, ce régime de gouvernance multimodale national provoque un flou législatif et des chevauchements des compétences ministérielles qui nuisent au contrôle des ARN. Même si l'ARCEP profite d'une indépendance politique relative, cet organisme travaille conformément à la loi et en collaboration étroite avec le Conseil de la concurrence française. Par exemple, la désignation des pouvoirs significatifs de marché (PSM) comme des entreprises-réseaux intégrés verticalement peut être une prérogative du Conseil de la concurrence. Toutefois, son simple pouvoir d'avis limite ses capacités de régulation à l'égard de ce secteur spécifique, ce qui peut nuire à une analyse exhaustive du marché. Il en résulte que la qualité et la quantité des mesures *ex ante* de contrôle prescrites peuvent en souffrir. Située en amont⁶² du processus de régulation, cette compétence transversale du Conseil de la concurrence dans ce secteur mandate l'ARCEP comme étant l'institution responsable de l'application et du contrôle de l'équilibre des intérêts à considérer dans les différents segments de marchés des TIC. Cette quête d'équilibre concerne l'amalgame des intérêts de compétitivité de l'industrie et des intérêts publics nationaux et supranationaux. C'est dans cette perspective que l'auteure Danièle Briand-Meledo (2007) pose la question suivante : « Peut-il utilement et juridiquement cumuler ces missions ? »⁶³

Chose certaine, la révolution des cultures nationales de régulation doit passer par une conscientisation et une volonté politique des États membres. Ils doivent assumer leurs responsabilités communautaires juridiques, qui culminent notamment vers des obligations de conformité et de résultat à l'égard des choix et des mesures normatives *ex ante* choisies par leur ARN respective. L'auteure précitée semble remettre en question le niveau d'impartialité de l'État par rapport aux attributions qu'il délègue. Suggérant la possibilité de voir apparaître des monopoles privés, elle considère les ARN comme étant plus acteurs que promoteurs de cette nouvelle forme de gouvernance déconcentrée. Elle remet donc en question l'autonomie de ces agences « techniques » de régulation.

Danièle Briand-Meledo et la commissaire Viviane Reding soulèvent le dilemme intrinsèque que vit l'État qui doit éviter le conflit d'intérêts possible entre ses responsabilités d'agent de déploiement économique et ses responsabilités quant à l'ordre régulateur d'un marché concurrentiel national duquel dépend, au fond,

⁶¹ *Idem.*

⁶² Selon l'article de Danièle Briand-Meledo (2007), les dispositions légales françaises en cette matière veulent que le Conseil de la concurrence puisse ensuite intervenir en aval en vue de sanctionner ou de prendre des mesures contre les entreprises qui ont occasionné des dommages à un tiers. Reste que les nouvelles réglementations sont appliquées par l'autorité sectorielle en place, c'est-à-dire l'ARCEP.

⁶³ *Ibid.*, p. 358.

l'opérationnalisation d'un marché concurrentiel communautaire. C'est à partir de ce constat de connivence politique et économique que nous identifions cette limite structurelle d'application du droit communautaire au sein des juridictions nationales. L'institutionnalisation de l'EECMA aurait non pas garanti, mais assurément renforcé l'impartialité du mandat de réexamen périodique de maintien des missions des ARN. Le prolongement de ces missions n'est assuré formellement par aucune institution communautaire ou nationale détenant un pouvoir normatif à portée coercitive⁶⁴.

Les ARN comme l'ARCEP de France ou l'OFCOM du Royaume-Uni exercent leurs rôles spécifiques dans la supervision des comportements économiques des acteurs du secteur des télécommunications. Ces ARN sont maîtres d'œuvre dans la production des règles et dans le contrôle de l'exercice de ces dernières. Par exemple, l'ARCEP est responsable de la mise en place du service universel qui correspond à la loi française 2003-1365, impliquant ici France Télécom⁶⁵ comme principal opérateur. Si l'on regarde de plus près le processus d'implantation des conditions d'ouverture du marché à la concurrence, nous réalisons qu'il est question d'un enchaînement d'étapes qui débute avec la responsabilité de l'État d'obtenir l'avis de son Conseil de la concurrence sur l'état de la réglementation du secteur concerné et sur le niveau de la transposition du paquet législatif européen. Par la suite, le rôle de l'ARCEP prend tout son sens, dans la mesure où ce régulateur sectoriel adapte ce cadre réglementaire à la réalité du marché qu'il surveille.

De plus, l'ARCEP doit examiner le comportement des opérateurs historiques comme France Télécom, ainsi que les comportements des nouveaux entrants, et ce, tout en garantissant l'application de la directive européenne (2002/22/CE) concernant le service public. Ce processus transitoire devrait culminer par l'annulation progressive des règles sectorielles. Or, l'efficacité de cet ordre qui régule l'ouverture du marché dépend de la capacité de l'ARN à juger les objectifs de développement et d'efficacité économiques des opérateurs par rapport à des enjeux d'intérêt général comme celui du service universel. Cette quête d'équilibre est fragilisée si l'on considère des facteurs tels le rythme des innovations de cette industrie jumelé aux vides juridiques et législatifs qui accompagnent cette nouvelle forme de gouvernance multimodale et multi-niveaux⁶⁶.

À la différence de secteurs économiques plus conventionnels, la régulation de la concurrence au sein du domaine des communications électroniques force l'emploi de normes malléables. C'est dans cette perspective que Danièle Briand-Meledo (2007) déclare :

⁶⁴ *Ibid.*, p.359.

⁶⁵ Voir le décret d'application numéro 2004-1222.

⁶⁶ *Ibid.*, p.366.

Le processus institutionnel a changé en multipliant les acteurs tant aux niveaux horizontal que vertical, international, communautaire et national. Ce faisant, la malléabilité du droit de la régulation provient de procédures complexes issues de ce nouveau paysage, qu'il s'agisse selon le cas d'autorégulation, de corégulation ou d'hétérorégulation.⁶⁷

Compte tenu de la résistance institutionnelle quant à l'émergence de l'EECMA, ce processus de re-régulation étudié dans ce cahier de recherche présente de multiples difficultés d'application du droit de la concurrence selon des critères d'impartialité et d'efficacité communautaire. Les problèmes font référence au vide législatif relatif à l'imputabilité de l'État membre par rapport à l'exécution de la mission de l'ARN et au phénomène paradoxal d'ARN techniques qui disposent d'un pouvoir discrétionnaire devant assurer l'équilibre politique entre les intérêts des divers intervenants du dit marché. Il est justifié de croire que ces sources de conflits renforcent l'idée d'une limite structurelle du projet de régulation de la concurrence européenne au niveau de la mise en application du paquet législatif européen sur le plan national. D'ailleurs, on peut constater que cette nouvelle forme de gouvernance prise en charge par des sphères d'autorité nationales et supranationales multiples semble oublier les enjeux de pérennité, de stabilité, de sécurité juridique et de normalisation considérés initialement par les nouveaux remèdes normatifs (séparation fonctionnelle, etc.) proposés par l'EECMA.

Théoriquement, la Commission et/ou les États membres disposent toujours de la procédure du *recours en manquement*, qui consiste en la représentation d'une violation des obligations que doivent assumer les États membres selon le droit communautaire indépendamment de la nature ou de l'ampleur de la faute. En pratique, pour des raisons politiques, les États membres refusent d'utiliser ce genre de remède, et ce, même en cas de violations répétées et préjudiciables du droit communautaire. Cette réalité politique, qui découle d'un modèle intergouvernemental d'intégration européenne, laisse le fardeau de la preuve entre les mains de la Commission et de la CJCE, qui sont conscientes que la justice communautaire est confrontée au dilemme de la profondeur des mesures à entreprendre par rapport à la quantité de mesures à prescrire⁶⁸.

Ainsi, l'échec de l'institutionnalisation d'une haute autorité supranationale comme l'EECMA a des conséquences politico-légales directes sur la capacité des juridictions nationales à appliquer de façon adéquate les dispositions supranationales applicables au secteur spécifique des communications électroniques. Cette fragmentation des cultures d'intervention régulatrice constatée chez les États membres nous confirme l'hypothèse selon laquelle la structure de gouvernance institutionnelle européenne présente un rapport de force supranational déficient du point de vue législatif et peu fonctionnel du point de vue de sa gestion déconcentrée. Conséquence de pouvoirs politiques déconcertés

⁶⁷ *Ibid.*, p. 369.

⁶⁸ Jean-Marc Favret, *Droit et pratique de l'Union européenne*, 3^e édition, Gualino éditeur, Paris, 2001, p. 322-324.

jalousement protégés par les différentes autorités politiques et administratives des juridictions nationales, la Commission est incapable d'orienter et de renforcer adéquatement sa mission de régulation de la concurrence à l'échelle de l'UE.

Conclusion

En conclusion, le dialogue politique particulier du projet européen sur la régulation de la concurrence de l'industrie des TIC au niveau national, régional et global demeure un enjeu économique de régulation contraint par les prérogatives nationales en matière du choix des modalités d'application de l'acquis communautaire. Véritable contre-projet au modèle de régulation des États-Unis dans l'optique de services d'intérêt général, l'analyse des systèmes de régulation observés dans cette recherche soulève plusieurs défis organisationnels majeurs.

En théorie, la législation européenne en matière de concurrence cherche à défendre la plus-value des services d'intérêt général dans la réalisation d'un marché unique accessible à tous. C'est donc cette quête d'universalité sans compromis qui influe sur le champ et les critères d'application des règles de la concurrence dans le domaine des TIC. Ainsi, l'article 16 du traité CE donne aux services d'intérêt général des valeurs partagées par l'Union européenne en matière de cohésion économique et sociale. La mission des services d'intérêt général repose sur le souci d'assurer partout un service de qualité à un prix raisonnable pour tous. À la différence du modèle de régulation américain, les services d'intérêt général contribuent à l'échelle des 27 États membres aux objectifs de solidarité et d'égalité sur lesquels repose le modèle social européen.

En pratique, depuis la rationalisation des premières stratégies socioéconomiques de Lisbonne⁶⁹ pour manque de compétitivité, les institutions publiques de l'UE, comme la CE, travaillent plutôt à la mise en marche d'un second programme communautaire de Lisbonne intitulé « *Passons à la vitesse supérieure : le nouveau partenariat pour la croissance et l'emploi* ». L'édification de ce régime inquiète, dans la mesure où il minimise certains impératifs du modèle social européen au profit d'indicateurs de performance, de croissance et de développement économiques. Il s'agit d'un régime qui vise la promotion d'activités de recherches et de développements technologiques transnationales favorisant la collaboration des acteurs de l'industrie européenne des TIC. Certes, ces activités encouragent l'innovation et la compétitivité de la nouvelle économie des TIC à l'échelle régionale, mais les consommateurs et les entreprises pâtissent toujours du manque de cohérence dans l'application de la réglementation de l'UE. Cet état de fait assure une régulation

⁶⁹ Il est question dans la stratégie de Lisbonne de trois objectifs intégrés, à savoir une transition vers une société et une économie fondées sur la connaissance, la modernisation du modèle social européen et l'évolution saine des équilibres macro-économiques.

asymétrique des conditions d'ouverture à la concurrence des nouveaux marchés européens dans le secteur des communications électroniques. Pour stimuler la rencontre des objectifs du second programme de Lisbonne, les autorités de régulations nationales des États membres ont intérêt à favoriser la convergence dans l'application des cadres réglementaires européens. Cette démarche politique, économique et juridique universaliste qui propose d'internationaliser et de régulariser l'industrie européenne des TIC, est ambitieuse et, par conséquent, parsemée d'embûches.

En conséquence, une analyse minutieuse des pratiques opératoires nous amène à la conclusion qu'il subsiste un décalage entre la règle supranationale adoptée et les mesures utilisées par les agences de régulation nationales des télécommunications pour voir à la transposition des paquets législatifs européens. Cet enjeu de gouvernance, polarisé sur différents paliers décisionnels implique, le maintien d'un statu quo défini par la déconcentration des mesures opérationnelles de régulation en faveur des autorités des juridictions nationales. Les institutions publiques européennes en charge de légiférer sur l'attribution des pouvoirs de régulation des dossiers économiques de la concurrence engagent des rapports de force institutionnels conflictuels qui minent, en aval, la structure même de la gouvernance supranationale de ces enjeux.

Le constat de ces difficultés politiques explique notre intérêt à vouloir comprendre les limites internes et externes relatives aux différentes trajectoires institutionnelles européennes qui minent l'intégration du projet européen de régulation transnationale de l'industrie des TIC⁷⁰. En réalité, la trajectoire de la régulation nationale et celle de la régulation privée des associations d'opérateurs économiques des marchés des TIC limitent les pouvoirs de régulation de la trajectoire supranationale. De la sorte, plusieurs facteurs de résistance poussent les modèles de régulation européens vers les régulations nationales et/ou l'autorégulation au détriment d'une forte institutionnalisation des compétences et pouvoirs supranationaux.

Du point de vue des limites institutionnelles de la trajectoire supranationale, le dossier de révision du cadre réglementaire européen des communications électroniques offre une occasion d'aborder cette problématique des paradigmes de gouvernance. Après consultation des parties prenantes du secteur, la CE transmet en novembre 2007 de nouveaux textes réglementaires au Conseil de l'Union européenne et au Parlement européen, qui doivent légiférer sur ce domaine. Le nouveau projet communautaire de l'Autorité européenne du marché des communications électroniques (EECMA-COM(2007) 699 final) visant à consolider les acquis des paquets législatifs des TIC de 2002, est mal reçu. L'impasse institutionnelle sur cette question s'apparente à notre avis aux

⁷⁰ Commission des communautés européennes - Communication de la commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *i2010 – Une société de l'information pour la croissance et l'emploi*, Bruxelles, le 1.6.2005, COM (2005) 229 final.

conditions du processus décisionnel du triangle organisationnel européen. Nous sommes d'avis que la trajectoire de régulation nationale des marchés, en connivence avec les intérêts de leurs pouvoirs significatifs de marché déterminent encore dans une large mesure les succès et les échecs de la dynamique d'intégration du modèle légaliste européen en matière du droit de la concurrence. Cette dynamique continue de valoriser au sein du processus législatif européen les intérêts privés nationaux et leurs pouvoirs de régulation au détriment d'un renforcement des pouvoirs communautaires. Ainsi, le rejet du projet de l'EECMA rend plus difficile la transposition et l'application du droit communautaire en matière de concurrence sectorielle au sein des juridictions nationales de l'UE.

Sur le terrain de la régulation de la concurrence, l'absence de règlements et mécanismes d'application plus contraignants permet aux institutions réglementaires des juridictions nationales, comme les Conseils de la concurrence et les ARN de jouir d'une autonomie institutionnelle et procédurale augmentant le déséquilibre des pôles normatifs en faveur de leurs pouvoirs d'expertise et d'intervention. La fragmentation des conceptions et stratégies de régulation à l'intérieur des États membres continue de nuire à l'intégration de la régulation supranationale de la concurrence du marché unique des communications électroniques. Des procédures complexes de mise en œuvre à la fois verticale et horizontale continuent d'être mises en place par le biais d'acteurs de régulation nationale relevant de la responsabilité de leur gouvernement respectif. L'arbitrage des conflits de régulation opposant l'intérêt communautaire aux intérêts politiques et économiques nationaux, suscités par exemple dans l'exercice de la fonction d'analyse de marchés nationaux, continue d'être une prérogative des États membres. Malgré certaines positions communes du GRE, statuées en 2007⁷¹, l'absence d'un statut juridique condamne ses travaux à l'élaboration de bonnes pratiques sans portée obligatoire.

Ainsi, l'instrumentalisation nationale du pouvoir normatif supranational prévu par les principes européens de proportionnalité et de subsidiarité permet aux États membres d'influencer leurs instances de régulation nationale de la concurrence dans leur choix des moyens de mise en application du paquet législatif de 2002. Cet état de fait empêche la création d'un environnement réglementaire plus harmonisé, ce qui a pour conséquence de favoriser la compétitivité économique nationale de l'État membre au détriment de la compétitivité régionale de l'UE.

On peut conclure que l'objectif de standardisation des cultures ou des sous-cultures⁷² de régulation publique des communications électroniques des États membres représente un défi de gouvernance régionale beaucoup plus difficile à réussir si on le compare à l'exercice

⁷¹ European Regulators Group, *Annual Report 2007*, publié en 2008.

⁷² Plusieurs nouveaux États membres comme certains pays d'Europe centrale et orientale (PECO-2001) ne disposaient d'aucune structure légale à proprement parlé capable d'aborder la question du droit de la concurrence nationale en matière de TIC.

de transformation d'une culture de régulateur privé mobilisé par la quête de profit et de la fidélisation d'une clientèle de consommateurs.

Nous sommes d'avis qu'une forte collaboration politique, économique et juridique entre les différents acteurs privés et publics investis dans l'activation de cette nouvelle stratégie européenne de coopération internationale en matière de TIC est essentielle : d'une part, pour une plus grande compétitivité économique régionale et, d'autre part, pour la préservation de l'intérêt général, sur lequel empiète trop souvent les intérêts corporatifs transnationaux. Nous croyons que ces intérêts différenciés alimentent les contre-pouvoirs des trajectoires institutionnelles compétitives, ce qui limite par conséquent l'institutionnalisation forte de compétences et pouvoirs supranationaux. De la même manière, le rapport de forces consensuel des acteurs privés européens qui se polarisent sur certains enjeux économiques et politiques de régulation (ex. Droit de propriété intellectuelle, normalisation technologique, etc.), est loin d'être optimum, et ce, particulièrement au niveau d'un juste accès aux marchés pour leurs homologues nationaux. Cette forme de concurrence systémique malsaine explique en partie les difficultés de la « mondialisation européenne » du marché des TIC. En guise d'ouverture, il serait intéressant de comprendre en quoi ces différentes visions ont une instrumentalité en termes de compétitivité stratégique faussant le jeu de la concurrence et de la compétitivité régionale ou même globale.

Références

Monographie

Favret, Jean-Marc, *Droit et pratique de l'Union européenne*, 3^e édition, Édition : Gualino éditeur, Paris, 2001.

Petit, Pascal. « TIC et nouvelle économie : entre mirages et miracles ». In *Critique de la société de l'information*, sous la dir. de Dominique Wolton, p.51-69. Coll. Les essentiels d'Hermès. Paris : CNRS Éditions, 2009.

Strange, Susan, *The Retreat of the State, the Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge Studies in International Relations (CSIR), New York,. Cambridge University Press, 1996.

Notes de recherche

Cafaggi, Fabrizio, *Rethinking Private Regulation in the European Regulatory Space*, EUI Law Working Paper No 2006/13, 2006. <http://ssrn.com/abstract=910870>

Deblock, Christian, Dorval Brunelle et Michèle Rioux, *Globalisation, investissements et concurrence La voie du Régionalisme : le Projet des Amériques*, Cahier de recherche, septembre 2001, Groupe de recherche sur l'intégration continentale, CEIM, Département de science politique, UQAM.

http://www.unites.uqam.ca/gric/pdf/d+b+r_inv-proj-amer.pdf

Egan, Michelle, *The Politics of Creating a Market: The Internal and External Impacts of Standardization*, West European Studies Program, University of Pittsburgh, 1993.

http://aei.pitt.edu/7158/01/002392_1.PDF

Fligstein, Neil, Frederic Merand, *Globalization or Europeanization? Evidence on the European Economy Since 1980* (2 avril 2001). Center for Culture, Organizations and Politics.Paperwps-2001-02. <http://repositories.cdlib.org/iir/ccop/wps-2001-02>

Articles scientifiques

Briand-Meledo, Danièle, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue internationale de droit économique*, vol. XXI, 2007.

Cafaggi, Fabrizio, « Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés », *Revue internationale de droit économique*, vol. XIX, 2005.

De Forges, Jean-Michel, *Fédéralisme et Souveraineté*, International Law Forum du droit international, Springer-Brill Academic Publishers, Volume 3, Number 4/avril 2001. 2001<http://www.springerlink.com/content/a6682c584a729206/fulltext.pdf>

Frison-Roche, M.-A., « Les nouveaux champs de la régulation », *Revue française d'administration publique*, n° 109, 2004.

Lescop, Denis, Jean-Paul Tran Thiet, Thierry Tuot, « Régulateur européen : Vers la création d'une autorité européenne indépendante du marché des communications électroniques ? », *Concurrence, revue des droits de la concurrence*, Chroniques Concurrences N° 2, 2008, pp. 162-173.

Rioux, Michèle, « Mythes et limites de la gouvernance globale des télécommunications », *A Contrario*, Vol. 2, 2004.

Rosenau, James, « Governance in the Twenty-first Century », *Global Governance*, vol. 1, no.1, hiver 1995.
<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/glogo1&id=21&collection=journals&index=journal>

Publications officielles

Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, *Rapport public d'activité 2007*, publié le 30 juin 2008 <http://www.arcep.fr/index.php?id=9684>

Conseil de l'Union européenne, *Programmes de dix-huit mois des présidences française, tchèque et suédoise*, 11249/08, le 30 juin 2008.
http://www.ue2008.fr/webdav/site/PFUE/shared/ProgrammePFUE/Trio_FR.pdf

Commission européenne, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale*, Journal officiel, no. C 003 du 6 janvier 2001

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:003:0002:0030:FR:PDF>

Commission européenne, *Orientations générales pour la coopération entre le CEN, le Cenelec et l'ETSI et la Commission européenne et l'Association européenne de Libre-Échange* — 28 mars, 2003. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:091:0007:0011:FR:PDF>

Commission européenne, *rapport de la commission sur la politique de concurrence 2007*, Bruxelles, le 16 juin 2008 COM(2008) 368 final
http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/2007/fr.pdf

Commission européenne, Direction générale de la Société de l'information et des médias, Vivianne Reding, *Donner aux citoyens de nouveaux moyens, générer de la croissance*, communiqué, 2008. http://ec.europa.eu/dgs/information_society/reding/index_fr.htm

Commission européenne, *Guide relatif à la mise en application des directives élaborées sur la base des dispositions de la nouvelle approche et de l'approche globale*, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000 <http://ec.europa.eu/enterprise/newapproach/legislation/guide/document/guidepublicfr.pdf>

Commission des Communautés européennes - Communication de la commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Économique et Social européen et au comité des régions, *i2010 – Une société de l'information pour la croissance et l'emploi*, Bruxelles, le 1.6.2005, COM (2005) 229 final.

Commission des communautés européennes, *Vade-mecum sur les règles communautaires applicables aux aides d'État*, Direction générale de la concurrence, mis à jour le 17.07.2008. http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_reports/vademecum_on_rules_2008_fr.pdf

Commissions des communautés européennes, *Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques*.

Comité des Régions, *Avis du Comité des régions «Paquet de réformes des télécommunications»*, Journal officiel de l'Union européenne, (2008/C257/10), juin 2008. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:257:0051:0069:FR:PDF>

EUROPA, Synthèse de législation, *Septième programme-cadre (2007-2013) : Bâtir l'Europe de la connaissance*, Décision no. 1982/2006/CE du Parlement européen et du Conseil, 2008. <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/i23022.htm>

European Regulators Group, *Annual Report 2007*, Published in April 2008. http://www.erg.eu.int/doc/work_progr_2007/erg_08_09_annual_report_2007.pdf

Ministère de l'Économie et du Commerce extérieur, Institut Luxembourgeois de la normalisation et de la sécurité (ILNAS), Henri Tudor, *Normalisation et technologies de l'information et de la communication : un enjeu stratégique national*, ILNAS, CVN/CRP, 10 mars 2009 <http://www.ilnas.public.lu/fr/actualites/articles/2009/03/feedback-jtc1/ilnas-atelier-cvn-jtc1-10032009.pdf>

Parlement européen, Commission des affaires juridiques, Rapporteur Sharon Bowles, *Avis de la commission des affaires juridiques à l'intention de la commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Autorité européenne du marché des communications électroniques*, (COM(2007)0699 – C6-0428 – 2007/0249(COD)) http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/ad/726/726131/726131fr.pdf

Reding, Viviane, *Europe's Telecoms Incumbents: Friends or Foes of a Single Telecoms Market?*, CEO Summit of the European Telecommunications Networks' Operators Associations Venice, 25 October 2008 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/561&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

Workings Papers and Studies

Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0033:0050:EN:PDF>

European Commission - Public Consultation on International Co-Operation on ICTs, *CEN/CENELEC: Questionnaire for an EU Strategy for International Co-Operation on ICT*, Consultation period: 02/07/2007 - 31/09/2007

European Commission - Public Consultation on International Co-Operation on ICTs, *WKO: Questionnaire for an EU Strategy for International Co-Operation on ICT*, Consultation period: 02/07/2007 - 31/09/2007

European Commission - Public Consultation on International Co-Operation on ICTs, *ETNO: Questionnaire for an EU Strategy for International Co-Operation on ICT*, Consultation period: 02/07/2007 - 31/09/2007

European Commission - Public Consultation on International Co-Operation on ICTs, *PHILIPS: Questionnaire for an EU Strategy for International Co-Operation on ICT*, Consultation Period: 02/07/2007 - 31/09/2007

European Commission - Public Consultation on International Co-Operation on ICTs, *WKO: Questionnaire for an EU Strategy for International Co-Operation on ICT*, Consultation period: 02/07/2007 - 31/09/2007

European Commission - Public Consultation on International Co-Operation on ICTs, *DIF: Questionnaire for an EU Strategy for International Co-Operation on ICT*, Consultation period: 02/07/2007 - 31/09/2007

European Commission - Public consultation on International co-operation on ICTs, *EPC GLOBAL: Questionnaire for an EU strategy for International Co-operation on ICT*, Consultation period: 02/07/2007 - 31/09/2007

Commission of The European Communities, *Regulation of the European Parliament and of the Council, Establishing the European Electronic Communications Market Authority*, Brussels, 13.11.2007, COM(2007) 699 final

Commission of The European Communities, *Regulation of the European Parliament and of the Council, establishing the European Electronic Communications Market Authority*, Brussels, 13.11.2007, COM(2007) 699 final.
http://ec.europa.eu/governance/impact/docs/ia_2007/com_2007_0699_en.pdf

Revue de presse électronique

Telecom Paper, « Telecom Regulator Berec Holds First Meeting », 28 janvier 2010, <http://www.telecompaper.com/news/article.aspx?cid=715561>