

L'Europe et la régulation "régionale" de la société "globale" de l'information :



Introduction

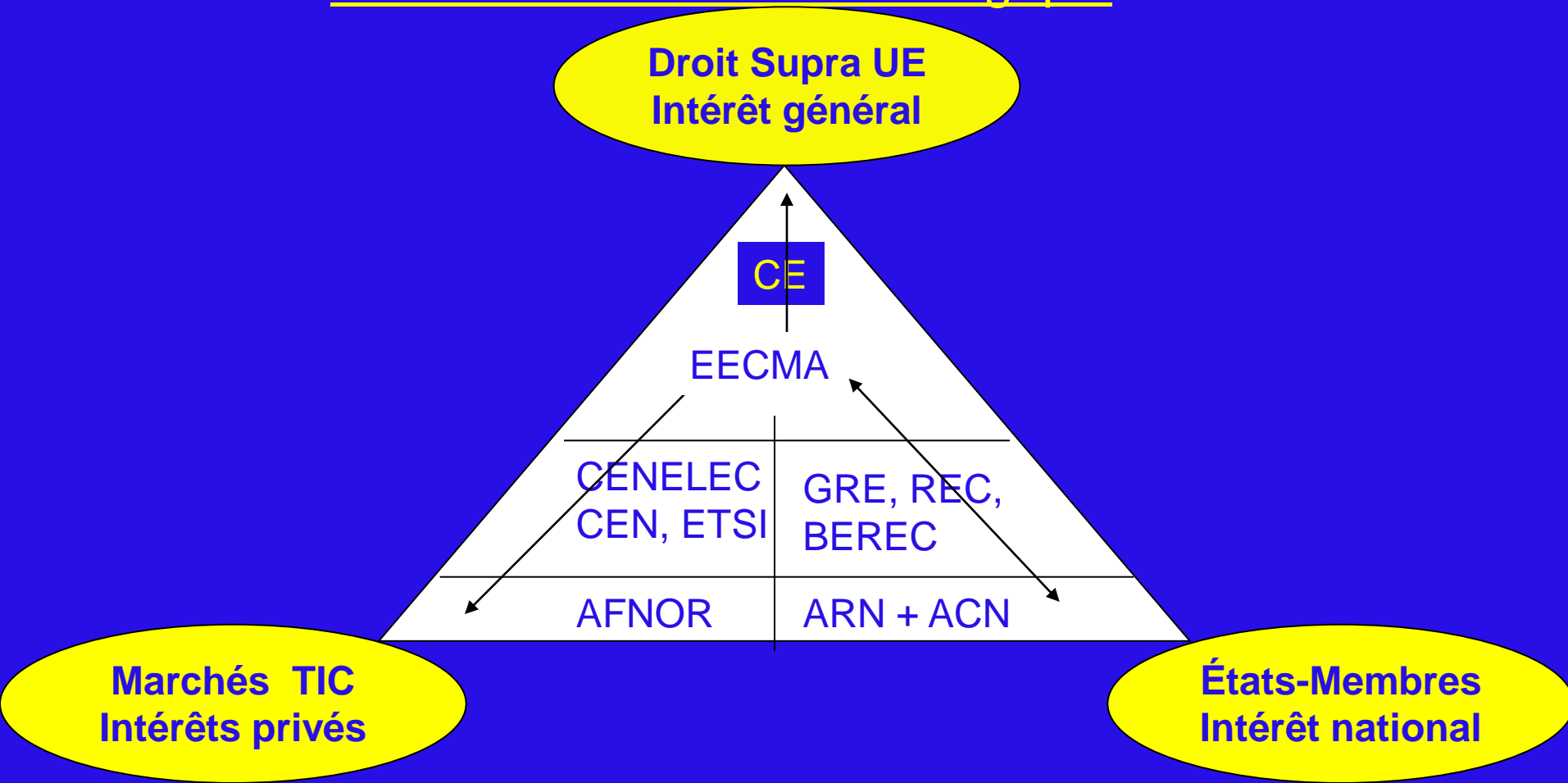
- Les "paquets télécoms" renforcent les droits des consommateurs et la protection de la vie privée. Ils incitent les investissements dans les infrastructures réseaux (ex. fibre optique), assure une application des règles et modernise la gestion des fréquences.
- Définition de la notion de régulation:
*« La notion de régulation est un pôle normatif de mise en équilibre des intérêts économiques et politiques distincts tout en reflétant un processus pérenne de surveillance et de contrôle. »**



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

Triangle impossible de la coopération (Robert Mundell 1999)

Les normes étudiées : droit de concurrence et enjeu de délégation de la normalisation technologique



Deux modèles de régulation multi paliers multi modales de l'industrie des *communications électroniques*.

1. Modèle de régulation publique déconcentré:

- Trajectoire de régulation nationale et supranationale.



- Agences: Commission européenne (CE), GRE, REC, Autorité de Concurrence nationale et ARN, ASR ou AAI etc.
- Objectif: Harmonisation des cadres réglementaires.

2. Modèle de corégulation privé: (1987-1998-2000)

- Trajectoire d'autorégulation par association volontaire.
- AC: 4 lignes directrices...



- Agences: CEN-CENELEC, l'AFNOR et des tierces parties (ex. consommateurs, groupes environnementaux.)
- Objectifs: Conformité et sécurité technologique = interopérabilité et intégration des marchés.

Problématique de gouvernance et de transfert d'autorité:

(Rosenau -1995, Strange-1996, Drake-2000, Cogburn-2003)

- Nous nous attarderons ici à spécifier les limites de la trajectoire supranationale en mettant l'accent sur les résistances qui poussent les modèles européens vers les régulations nationales et l'autorégulation au détriment d'une institutionnalisation forte de compétences et pouvoirs supranationaux.

*Ex. La recommandation du projet EECMA- COM(2007) 699 final par la CE vs l'adoption par le PE et le CUE de la régulation (EC) 1211/2009 qui proposent le BEREC en remplacement du GRE (2002/627/EC).

- Le projet européen expose des limites de nature différente, d'une part de nature structurelle et systémique interne à l'appareil institutionnel de l'UE, alors que d'autres difficultés lui sont externes et mettent en évidence le rapport de force entre les intérêts du marché et de l'État.

Thèses principales

1. La trajectoire institutionnelle publique présente des limites institutionnelles quant à sa *fonction législative supranationale*.
2. Ces limites entraînent des difficultés relatives à la structure du processus normatif de mise en application des *dispositions applicables aux secteurs spécifiques des communications électroniques* (ex. action administrative).
3. Nous identifions à partir de l'enjeu de *délégation de la normalisation technologique* des limites structurelles externes propres au modèle de gouvernance privé qui présente des difficultés d'obligation et de contrôle du processus de conformité électronique.

Argument no. 1

1) Limite systémique & fonctions législatives du triangle institutionnel européen:

- Révision du cadre réglementaire des communications électroniques (2002/21/CE). La CE cherche à modifier l'équilibre institutionnel en faveur du droit commun.
- Ainsi, la CE organise une consultation publique (2007) pour une stratégie de l'UE en faveur de la coopération internationale dans le domaine des TIC.
- Propositions de modifications réglementaires dans trois documents officiels (ex. L'intégration de l'EECMA).
- En pratique, ces *propositions* communautaires rencontrent des **limites institutionnelles**.

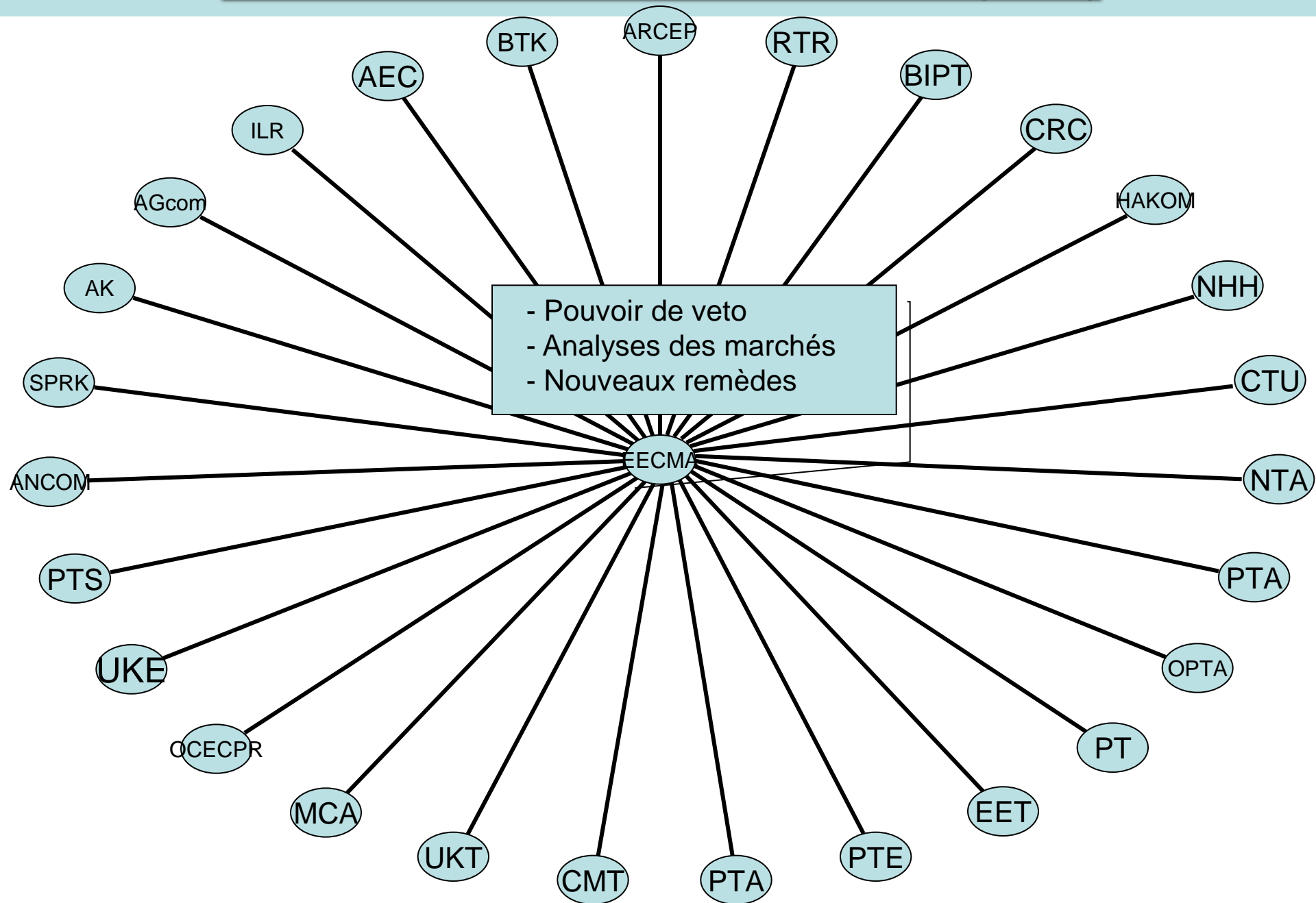
Modèle 1: Dispositions applicables au secteur spécifique des communications électroniques (Acte 2002/21/CE)

- Les fonctions *d'initiative, de recommandation et de contrôle* de la CE l'amène à faire le constat de difficultés de coordination horizontale et verticale des ARN.
- La CE n'a pas de droit de veto par rapport aux ARN. ÉM a une obligation de résultat et non une obligation de moyens.
- Entretiens la fragmentation des cadres réglementaires nationaux.
- Freine l'innovation technologique et nuit aux capacités des entreprises à fournir des services transnationaux.
- Groupe de régulateurs européens (29 juillet 2002). Sans statut juridique, mode décisionnel par consensus qui équivaut à une approche de négociation qui repose sur le plus petit dénominateur commun.

Échecs des stratégies de Lisbonne (2000-2005-2010)

- Consultation des intervenants du secteur, la CE publie de nouveaux textes réglementaires le 13 novembre 2007.
- Améliorer le contrôle de la CE sur les ARN par l'intégration d'une haute autorité = consolider les cultures de régulation.
- Les remèdes imposés par les ARN manquent de cohérences et d'efficacité.
- Instruisant des dossiers, l'EECMA aurait quatre fonctions...
- Nouveaux remèdes pour pallier aux problèmes de concurrence
 - La **séparation fonctionnelle**: « **business unit** »
 - La **régulation des infrastructures passives**
- Remèdes normatifs qui répondent à des enjeux de pérennité, de stabilité et de sécurité juridique de la norme.

Renforcement du GRE: EECMA-COM(2007)



Bras de fer institutionnel dans le processus législatif de l'UE

L'échec des propositions de la CE tient aux pressions politiques engendrées par les groupes d'intérêts consultés par les institutions chargées du pouvoir législatif : Par exemple :

1. GRE: La révision du cadre réglementaire est contradictoire et menace l'équilibre institutionnel (analyse & fréquence). Aussi, l'EECMA limiterait la coopération entre les ARN favorisant ainsi la perte d'expertise.
2. Opérateurs privés: Il y a consensus qu'il faut éviter le renforcement du mandat du GRE. Paquet télécom 2002 est un régime transitoire. (AT&T, BT, BSA, European Trade Asso., EICTA, Telefonica, Deutsche Telecom, etc.)
3. CdR: Avis du Comité des régions (2008/C257/10) du 19 juin annonce que l'EECMA contrevient aux principes de *subsidiarité* et de *proportionnalité* de l'UE. (TUE- 263 à 265 l'obligation de consultation- voir aussi CES)
4. PE: Rapport de la Commission parlementaire des affaires juridiques (2007): « Il faut prévenir les dommages irréversibles d'une administration hyper centralisée (EECMA) sur le pouvoir et l'expertise des régulateurs nationaux. » (Rapporteur Sharon Bowles - 2007)

L'intergouvernementalisme triomphe!

La proportionnalité au détriment de la cohérence et de l'efficacité...

- Le processus législatif est influencé par les intérêts publics privés des localités et des régions par de multiples canaux institutionnels de consultations (ex.CdR-CES).
- Fonction législative en codécision de ces deux agences institutionnelles freine le renforcement du projet de régulation de la concurrence du secteur des TIC.
- Résultat: On adopte la régulation (EC) 1211/2009. Mandate le BEREC(2009) et maintient l'ENISA, le RSPG et le RSCOM.
- Impasse relative aux conditions du processus décisionnel du triangle institutionnel européen qui valorisent les intérêts privés et l'ordre régulateur des États membres au détriment d'un projet plus intégré politiquement.

Argument no. 2

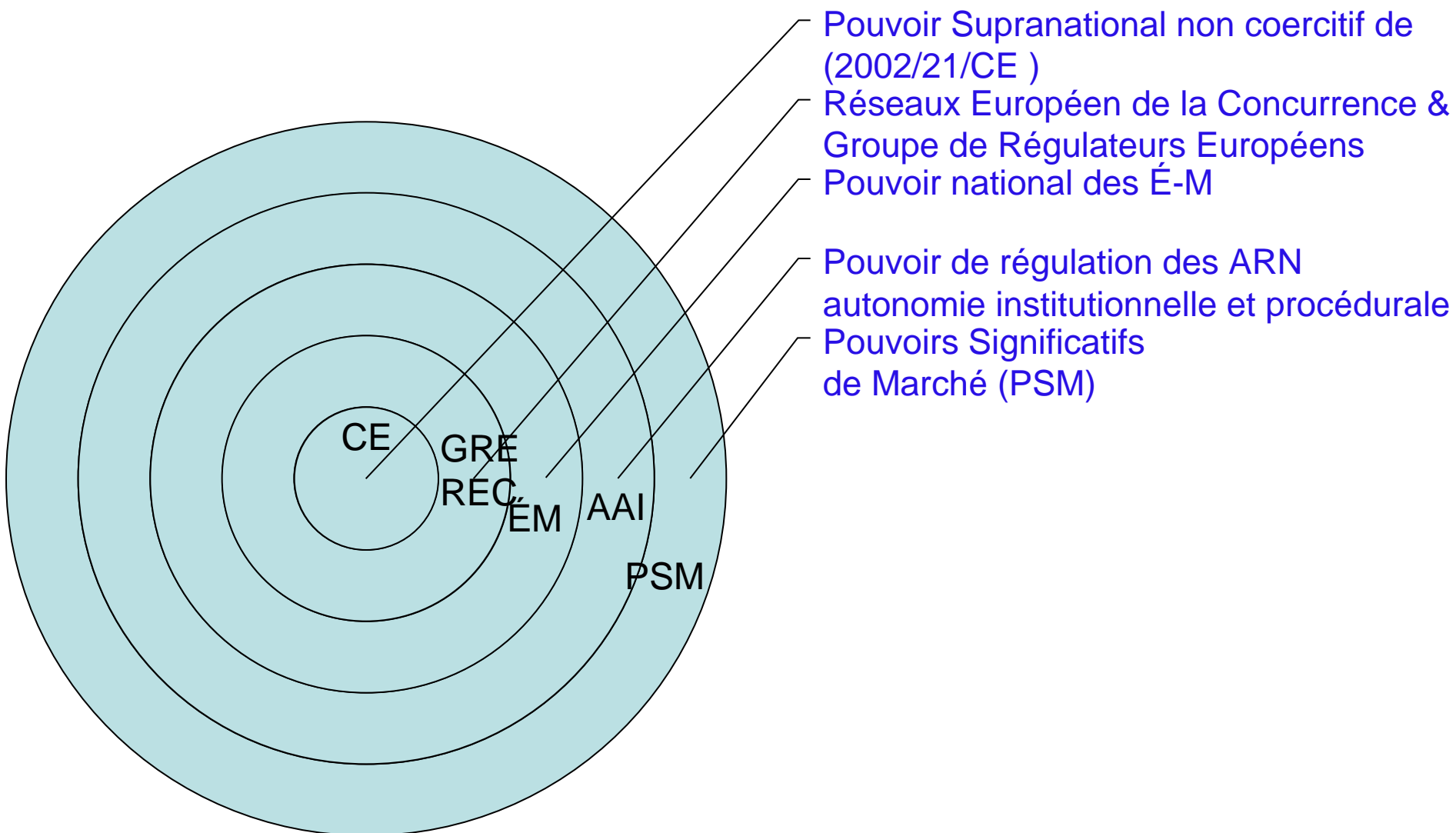
2) Le refus de l'EECMA limite structurellement l'intégration d'un processus normatif du droit de la concurrence harmonisé.

- Mythe de l'unicité du concept de régulation de l'UE se révèle!
- Statut-quo institutionnel & maintien de la fragmentation des cadres de régulation sectorielle (ex-ante) des ÉM.
- Processus normatif multi paliers multi modales *déconcentrées* :
 - Cadres structurels politiques et économiques hétérogènes des ÉM, Marchés de réseaux nationaux distincts;
 - Choix des moyens de mise en application de la directive 2002/21/CE sont de compétence nationale (principes de *proportionnalité* et de *subsidiarité*) alors que le BEREC dispose d'un pouvoir de consultation.

L'ARN comme processus renouvelé de l'action de l'État: Aucune remise en question des processus de contrôle!

- L'État est-il impartial vis-à-vis l'action administrative de l'ARN ?
- L'ARN peut-elle cumuler les rôles d'acteur et de promoteur du régime?
- Considérant l'ARN comme un acteur du régime, quelles sont les responsabilités des EM à l'égard du travail des ARN?
- Comment l'État peut-il prévenir le conflit d'intérêts possible entre ses responsabilités d'agent de déploiement économique par rapport à ses responsabilités d'agent régulateur?
- Est-ce, les EM sont crédibles, pour arbitrer les conflits entre l'intérêt communautaire et les intérêts socioéconomiques de leur marché respectif?
- Les EM doivent-ils engager une réflexion éthique et juridique sur l'instrumentalisation nationale du pouvoir normatif organisé par les ARN ?

Structure du processus normatif multi paliers multi modales du droit de la concurrence



Membres et observateurs du Groupe des Régulateurs Européens

- Austria: [Rundfunk und Telekom Regulierungs-Gmb](#): RTR
- Belgium: [Institut Belge des services Postaux et de Télécommunications](#): BIPT
- Bulgaria: Communications Regulation Commission :CRC
- Croatia [Hrvatska agencija za poštu i elektroničke komunikacije](#) :HAKOM
- Cyprus: [Office of the Commissioner of Electronic Communications and Postal Regulation](#):OCECPR
- Czech Republic: [Český telekomunikační úřad](#): CTU
- Denmark: [Telestyrelsen - National Telecom Agency](#): NTA
- Estonia: [KONKURENTSIAMET](#): KONKURENTSIAMET
- Finland: [Viestintävirasto Kommunikationsverket](#): FICORA
- France: [Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes](#): ARCEP
- Germany: [Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen](#) : BNETZA
- Greece: [National Telecommunications and Post Commission](#): EETT
- Hungary: [Nemzeti Hírközlési Hatóság](#): NHH
- Iceland: [Póst- og fjarskiptastofnun](#): PTA
- Ireland [Commission for Communications Regulation](#):ComReg

- Italy: [Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni](#): Agcom
- Latvia: [Sabiedrisko pakalpojumu regulēšanas komisija](#):SPRK
- Liechtenstein: [Amt für Kommunikation](#): AK
- Lithuania: [Ryšiu reguliavimo tarnyba](#): RRT
- Luxembourg: [Institut Luxembourgeois de Régulation](#): ILR
- Former Yugoslav Republic of Macedonia : [Agency for electronic communications](#): AEC
- Malta: [Malta Communications Authority](#): MCA
- Netherlands: [Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit](#): OPTA
- Norway: [Post- og teletilsynet](#)PTP
Poland [Urzędu Komunikacji Elektronicznej](#): UKE
- Portugal: [Autoridade Nacional de Comunicações](#): ANACOM
- Romania: [Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații](#) : ANCOM
- Slovak Republic: [Telekomunikacný úrad Slovenskej republiky](#): TO SR
- Slovenia: [Agencija za pošto in elektronske komunikacije RS](#): APEK
- Spain: [Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones](#): CMT
- Sweden: [Post- och Telestyrelsen](#): PTS
- Switzerland: [Office fédéral de la Communication](#): OFCOM
- Turkey: [Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu](#) :BTK
- United Kingdom: [Office of Communications](#): Ofcom

Le résultat d'un compromis législatif...

- Le successeur du GRE: BEREC
- “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 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.”

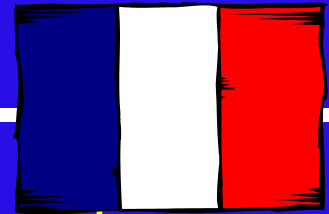
* <http://www.telecompaper.com/news/article.aspx?cid=715561>

Problématique d'application du droit communautaire

- Nouveau mode d'organisation de la règle: Un cadre rénové de l'intervention qui peut-être questionné sur le plan éthique si l'on se réfère à la définition de l'intérêt communautaire. Une question d'impartialité de l'État!

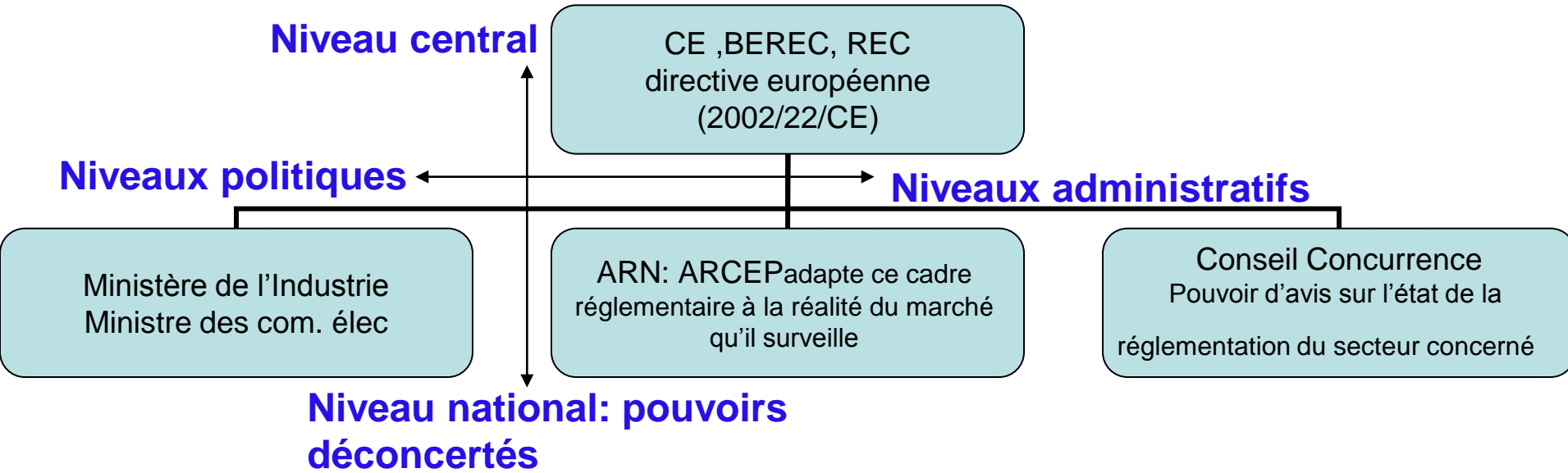
«Ces autorités doivent arbitrer entre différents niveaux d'intervention, qu'ils soient communautaires, nationaux, régionaux ou locaux. Aussi, ces autorités doivent arbitrer entre de multiples intérêts issus de l'économie de marché ou du lien social. (...) Chaque État a travaillé à la mise en place d'une régulation des conditions d'ouverture à la concurrence des nouveaux marchés. La question de l'adaptation de l'État à ses missions 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. » (Meledo 2007, p. 350)

Le cas de la France



- Le gouvernement français doit garantir un processus de contrôle qui vérifie l'efficacité des catégories d'exigences fixées.
- Nature technique de l'ARCEP: l'État doit se poser des questions d'éthique par rapport aux responsabilités juridiques engagées dans le Traité de la CE.
- Ce retour obligé à l'organisation par l'État est le résultat de l'intégration politique et économique irréversible.
- Ces engagements législatifs les contraignent à procéder selon ces normes qui relèvent de l'intérêt général régional et non de l'intérêt spécifique national.
- Art. 95 (TUE) oblige l'harmonisation des conditions de régulation économique sur la base de la cohérence et de la conjugaison des législations communautaires et nationales.
- Paquet législatif (2002/21/CE) = loi sur le service universel (2003-1365)

Organisation de la régulation multi niveaux & double redéfinition du partage des compétences



- ARCEP est le maître d'œuvre à la fois responsable de l'application, de la promotion et du contrôle de l'équilibre des intérêts entre libéralisme et politiques sociales.
- Peut-il utilement et juridiquement cumuler ces missions ?

Bataille politico-légale et déséquilibre institutionnel

- Conflit d'intérêts pour l'État entre ses responsabilités d'agent de déploiement économique et ses responsabilités de régulateur d'un marché concurrentiel national duquel dépend l'opérationnalisation d'un marché concurrentiel communautaire.
- L'institutionnalisation de l'EECMA aurait renforcé l'impartialité du mandat de réexamen périodique de maintien des missions des AAI.
- Vide législatif relatif à l'imputabilité de l'ÉM par rapport à l'exécution de la mission de l'AAI
- Paradoxe quant à la mission technique des AAI qui disposent d'un pouvoir discrétionnaire devant assurer l'équilibre des intérêts des intervenants de ce marché

Argument no. 3

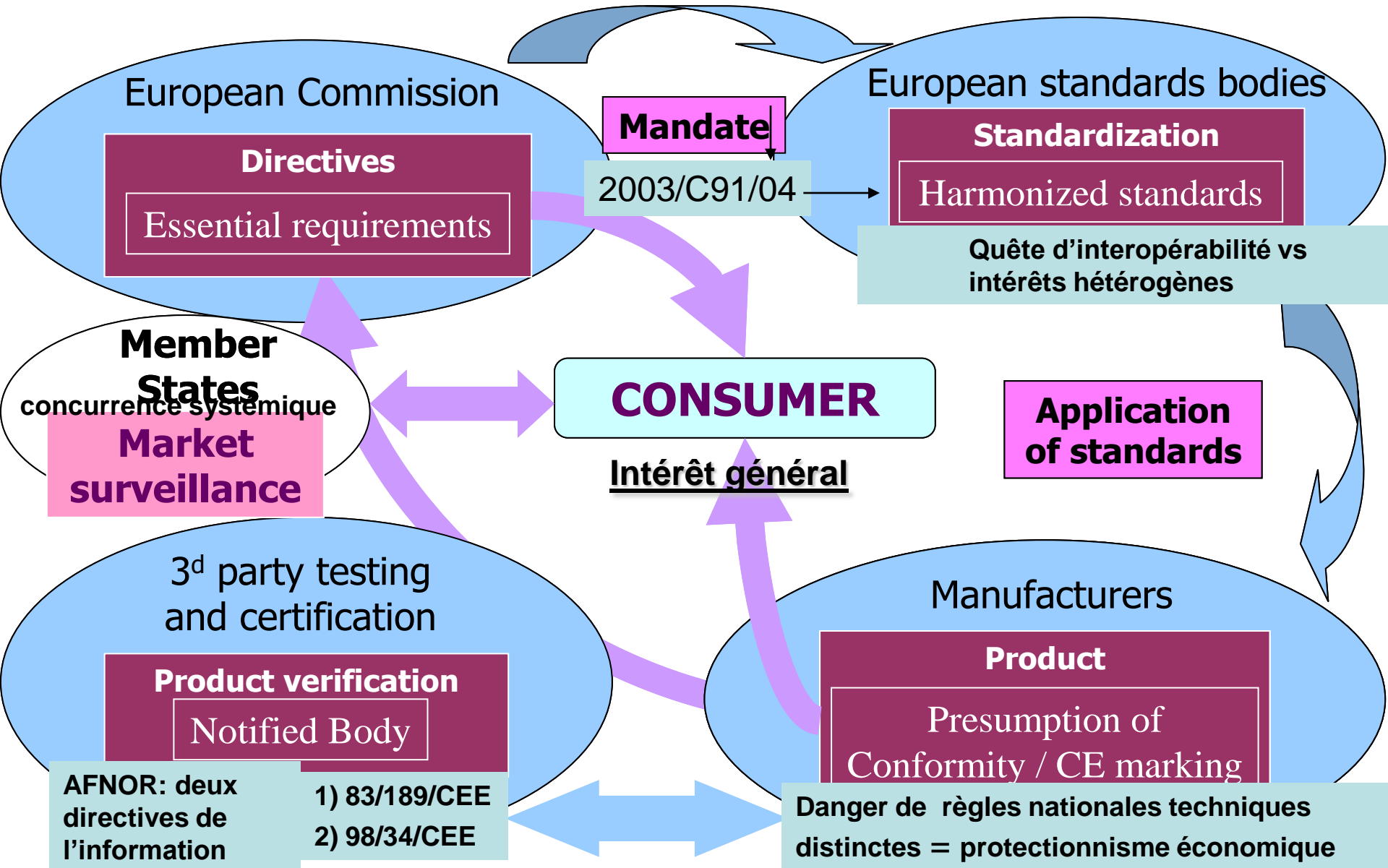
3. Critique de la légitimité communautaire et organisationnelle des régulateurs privés au regard des modalités d'exercices de ce pouvoir et des limites structurelles qu'ils rencontrent:

- Étude des obligations et responsabilités de ce modèle de gouvernance privée en matière économique (libres circulations des produits) et sociale (santé et sécurité)
- Présence de défauts de contrôle du processus juridictionnel de normalisation technologique
- Pouvoirs privés de régulation de nature corporative
- Enjeu de coordination horizontale et verticale des agences de régulations privées nationales et des manufacturiers
- Creux juridiques ou vides administratifs qui affectent le contrôle des responsabilités et des obligations de ces régulateurs nationaux (voir directive 2003/C91/04 instituant les orientations générales pour la coopération entre les acteurs)

Politique de la nouvelle approche

1. L'harmonisation législative doit se résumer à des spécifications de sécurité technologique.
2. La responsabilité de produire des normes techniques appartient aux associations privées européennes.
3. L'exercice de conformité à l'égard de ces spécifications est volontaire .
4. Les autorités nationales comme l'Association française de normalisation (AFNOR) doivent reconnaître l'homologation européenne des produits qui ont transité par ces consortiums privés européens.

The New Approach principles



Questionnements?

- Cette structure de gouvernance privée dispose-t-elle des règles et institutions transnationales pouvant garantir une contribution réelle à l'espace de régulation démocratique européen ?
- Existe-t-il des creux juridiques ou des vides administratifs communautaires qui affectent les obligations d'harmonisation et la responsabilité de protection de l'intérêt public général soumis à ce modèle de gouvernance privé?
- Sans parler d'illégalité (ex. contrôle fautif), est-ce que ce modèle de régulation privée volontaire suffit à contrôler le processus de normalisation qui affecte les intérêts des régulés et des tierces parties?
- Considérant la sécurité des produits, quels sont les responsabilités des régulateurs privés européens et nationaux à l'égard d'un consommateur floué par un produit non conforme?

Nature et fonction du processus de régulations du Comité européen de normalisation électronique

CENELEC-1973

- Le modèle de régulation privé implique un *pouvoir discrétionnaire* (*responsabilité*) dans le processus de *conformité technologique*.
- En théorie, ce modèle élimine la fragmentation nationale : 1) Définition de standards; 2) Contrôle de leurs applications locales et nationales; 3) Imposition de sanctions aux régulés dans le cas de violation des normes préétablies.
- En pratique, les industries nationales en collaboration avec leurs organisations techniques créent des standards technologiques spécifiques qui fragmentent les marchés et protègent les économies nationales.

Contexte régulateur de l'industrie des TIC : Efforts de normalisation du CENELEC

- 50 000 catégories de produits électroniques
- Procédure de notification (directive 98/34/CE) permet le contrôle de la conformité technologique des juridictions nationales.
- Asymétrie des processus nationaux de contrôle des technologies produites.
- Problèmes de coordination qui découlent du flou juridique et administratif qui entoure ses pouvoirs, ses obligations et son système de responsabilités.
- Consommateurs incapables de différencier un produit conforme par rapport à un produit non conforme



Critiques partielles: Nécessité d'une surveillance juridique accrue

- Prévenir les conflits d'intérêts individuels ou de groupes au sein des organisations techniques.
- Structure de gouvernance qui doit concilier des enjeux dichotomiques, c. à d. la maximisation des profits par rapport à la juste représentation des intérêts des différents partenaires impliqués.
- Implanter un régime juridique des régulateurs privés européens et nationaux pour assurer leur imputabilité et leur légitimité communautaire.

(suite...)

- Les *défauts de contrôle* ou de *contrôle fautif* du régulateur privé doivent se confronter à dispositifs juridiques incisifs qui impliquent l'intervention directe en cas de préjudices causés aux régulés ou aux tierces parties.
- Nouveau droit qui impliquerait la création de formules de coordination entre les différents niveaux institutionnels publics et privés concernés.
- Le processus de conformité dépend d'une directive de l'information (83/228/CEE) volontaire. La CE ne dispose d'aucune compétence normative dans ce domaine.
- Il faut rééquilibrer l'allocation juste et équitable des pouvoirs de régulation entre les régulateurs privés et l'appareil de justice européen.

Conclusion

- La révision du cadre réglementaire confirme le rejet du projet de l'EECMA. L'impasse institutionnelle s'apparente aux conditions du processus décisionnel de l'UE.
- La *trajectoire de régulation nationale* des marchés en *connivence* avec les intérêts de leurs *PSM* détermine les succès et les échecs de la dynamique d'intégration de l'UE.
- Cette dynamique valorise dans le processus législatif européen les intérêts privés nationaux et leurs pouvoirs de régulation au détriment des pouvoirs supranationaux.
- L'intronisation du BEREC rend plus difficiles la transposition et l'application du droit communautaire en matière de concurrence sectorielle au sein des juridictions nationales de l'UE.
- L'intergouvernementalisme au détriment du fédéralisme.