

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe

De Streel, Alexandre; Queck, Robert

Published in:

Journal des Tribunaux. Droit Européen

Publication date:

2003

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Streel, A & Queck, R 2003, 'Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe', *Journal des Tribunaux. Droit Européen*, numéro 101, pp. 193-202.

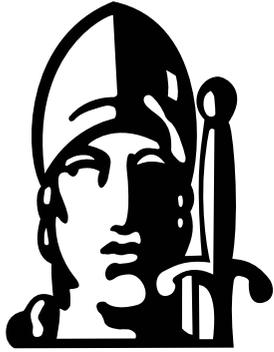
General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



Journal des tribunaux

DROIT EUROPÉEN



Editeur : LARCIER, rue des Minimes, 39 - B 1000 BRUXELLES

ISSN 0779-7656

DOSSIER

Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe (*)

1

Introduction

L'Union européenne vient de se doter d'un nouveau cadre réglementaire (1) pour les réseaux et services de communications électroniques (téléphonie fixe et mobile, Internet, réseaux câblés de télédistribution, ...) qui est, pour la plupart de ces éléments, devenu applicable dans les Etats membres en juillet 2003. Cette réforme, qui remplace le cadre réglementaire des télécommunications de 1998 (2), vise

(*) Cette contribution se base en partie sur : A. de Streel, R. Queck, P. Vernet, « Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques », *Cah. dr. eur.*, 2002, p. 243. Les auteurs remercient Pierre-Yves Potelle pour ses commentaires pertinents. Sauf indications contraires, le texte reflète la situation au 1^{er} août 2003.

(1) La liste des principaux instruments du nouveau cadre est reprise en annexe. Pour une analyse plus détaillée du nouveau cadre réglementaire, voy. : A. Bavasso, *Communications in EU Antitrust Law : Market Power and Public Interest*, The Hague, Kluwer, 2003; S. Farr, V. Oakley, *EU Communications Law*, Bembidge, Palladian Law, 2002; C. Koenig, A. Bartosch, J.-D. Braun (eds), *EU Competition and Telecommunications Law*, The Hague, Kluwer, 2002; P. Larouche, « A Closer Look at Some Assumptions Underlying EC Regulation of Electronic Communications », *Journal of Network Industries*, 3, 2002, p. 129; P. Nihoul, P. Rodford, *EU Electronic Communications Law: Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, Oxford University Press, à paraître; P. Valcke, D. Stevens, J. Dumortier, « Van telecommunicatie naar elektronische communicatie - Een eerste verkenning van het nieuwe Europese kader voor de elektronische communicatiesector », *R.W.*, 22, 2003, p. 841.

(2) Sur le cadre réglementaire de 1998, voy. J.-E. de Cockborne, « La libéralisation du marché des télécommunications en Europe », *J.T.D.E.*, 1997, p. 217; P. Nihoul, *Droit européen des télécommunications - L'organisation des marchés*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 1999; J. Scherer (ed.), *Telecommunication Laws in Europe*, 4th ed., Butterworths, 1998. Pour un résumé de la jurisprudence communautaire liée au cadre de 1998, voy. <[à assurer la fourniture d'infrastructures et de services efficaces, de qualité et disponibles à des prix compétitifs. Elle contribue ainsi à réaliser l'objectif fixé par le Conseil européen de Lisbonne en 2000, à savoir que l'Union devienne en 2010 l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale.](http://euro-</p></div>
<div data-bbox=)

Ce nouveau cadre réglementaire s'inscrit dans le fil de la libéralisation des télécommunications qui fut entamée avec le *Livre vert* de la Commission européenne de 1987 (3) et qui a mené à une libéralisation totale des marchés en 1998. Cette réforme poursuivait principalement trois objectifs : assurer la promotion de la concurrence, renforcer le marché intérieur et garantir les intérêts des consommateurs européens. Elle a progressivement mis en place un modèle réglementaire plaçant plus de confiance dans le marché que dans l'Etat pour organiser au mieux les comportements humains. La libéralisation entraîna de nombreux effets positifs pour le consommateur (4) : baisse substantielle des prix, accroissement de la qualité et apparition de nouveaux produits. Toutefois, plusieurs problèmes subsistaient, en particulier le maintien d'une approche réglementaire rigide et peu harmonisée au sein des Etats membres avec l'absence consécutive de réel marché intérieur des télécommunications ainsi que le maintien de la domination des anciens monopoles sur leurs marchés nationaux, notamment celui des appels vocaux locaux.

Pour faire face à ces problèmes subsistants et pour réagir aux évolutions rapides des marchés

pa.eu.int/information_society/topics/telecoms/implementation/index_en.htm.

(3) Communication de la Commission du 30 juin 1987, Vers une économie européenne dynamique, *Livre vert* sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, COM(87) 290.

(4) Communication de la Commission du 3 décembre 2002, Huitième rapport sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunication, COM(2002) 695, spéc. pp. 9-19.

SOMMAIRE

Dossier :

Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe, par A. De Streel et R. Queck

193

2003

193

et des technologies, la Commission entama dès 1999 une réflexion sur une révision profonde du cadre réglementaire (5). A la suite d'une consultation publique de tous les acteurs concernés (6), la Commission proposa un paquet de nouvelles directives en juillet 2000 (7), dont la plupart furent rapidement adoptées par le législateur européen en mars 2002.

Le nouveau paquet réglementaire, comme ceux qui le précèdent, est composé de deux corps de règles. Il comprend d'abord une *directive* « libéralisation » des réseaux et services de communications électroniques, adoptée par la Commission sur la base de l'article 86 C.E. Elle se contente de codifier les directives existantes en la matière tout en les adaptant au nouveau contexte. Le cadre comprend ensuite quatre principales directives d'harmonisation, adoptées par le Conseil et le Parlement européen sur pied de l'article 95 C.E. La *directive* « cadre », qui en est la pierre angulaire, contient des dispositions horizontales servant aux autres mesures : en particulier champ d'application, objectifs et grands principes, définitions de base, dispositions générales sur les autorités réglementaires nationales (A.R.N.), nouvelle notion de puissance significative sur le marché qui est à la base de la majorité des obligations réglementaires. La *directive* « autorisation » organise l'entrée sur les marchés. Elle supprime toute procédure administrative à l'entrée non indispensable. La *directive* « accès » règle les relations sur les marchés intermédiaires, *i.e.* entre les fournisseurs de réseaux et de services. Elle organise l'accès mutuel des fournisseurs à leurs réseaux et services respectifs. Enfin, la *directive* « service universel » organise les relations sur les marchés de détail, *i.e.* entre les fournisseurs et les utilisateurs finals. Elle comprend trois piliers fort différents : obligations qui peuvent être imposées aux opérateurs puissants sur les marchés de détail, protection renforcée des utilisateurs finals et organisation du service universel. Ces quatre directives sont entrées en vigueur le 24 avril 2002. Après transposition, les mesures nationales auraient dû être appliquées dans tous les Etats membres à partir du même moment, à savoir le 25 juillet 2003 (8). Le cadre

réglementaire 1998 a alors été abrogé avec effet à la même date.

Les nouvelles directives se basent essentiellement sur quatre grands principes (9), censés assurer une gouvernance optimale du secteur (10). La réglementation se doit d'être : technologiquement neutre (2.A), flexible tout en garantissant la sécurité juridique (2.B), minimale (2.C) et harmonisée au niveau européen (2.D). La présente contribution tend à exposer ces principes et à illustrer certaines de leurs applications.

2

Les principes du cadre réglementaire

A. — Une réglementation technologiquement neutre

Le principe de la neutralité technologique de la réglementation signifie qu'elle ne fait, dans la mesure du possible, aucune différence entre les technologies par lesquelles un service est fourni et qu'elle n'impose ni ne favorise de manière discriminatoire l'utilisation d'un type particulier de technologie. Ce principe découle de l'évolution technologique, en particulier la convergence entre les secteurs des télécommunications, de l'audiovisuel et des technologies de l'information et de la déspecialisation technique des infrastructures qui s'ensuit. Si, autrefois, un service particulier était attaché à un réseau particulier, à l'avenir n'importe quel service pourra en principe être fourni sur n'importe quel réseau. Par exemple, il est désormais devenu possible de téléphoner sur des réseaux de télédistribution ou de transmettre des films sur les réseaux téléphoniques.

Cette évolution technologique met en cause l'existence de cadres juridiques distincts par types d'infrastructure en fonction du service transmis. Elle requiert au contraire des règles semblables s'appliquant de manière horizontale à toutes les infrastructures utilisées pour la transmission de signaux électromagnétiques (11). En application de ce principe, des services de communications qui utilisent des réseaux fondés sur le protocole Internet (I.P.) devraient être traités de la même manière que des services similaires utilisant par exemple des réseaux de télévision par câble.

Toutefois, le principe n'est pas absolu et n'est d'ailleurs envisagé que comme un souhait et

(9) C'est de la sorte que nous proposons de synthétiser les cinq principes réglementaires énoncés par la Commission dans sa communication « réexamen 1999 » (pp. 14 à 17). Ceux qui peuvent être mis en œuvre directement par les A.R.N. sont par ailleurs repris dans l'article 7, § 2 et 8, § 1^{er}, de la directive « cadre ».

(10) Pour les principes d'une bonne gouvernance, voy. Communication de la Commission, Gouvernance européenne - Un livre blanc, *J.O.C.E.*, 10 oct. 2001, C 287, p. 17.

(11) *Livre vert* de la Commission du 3 décembre 1997 sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation, COM (97) 623. Communication de la Commission du 26 avril 2000, COM (2000) 239, déjà citée à la note 6, p. 8.

une obligation de moyen. D'une part, des raisons techniques peuvent justifier un traitement spécifique par technologie. Par exemple, si un service utilise des radiofréquences, la réglementation peut tenir compte de la rareté du spectre et le réglementer différemment du même service qui n'utiliserait pas pareille ressource rare. D'autre part, des mesures proportionnées peuvent être prises pour promouvoir certains services spécifiques. Par exemple, la télévision numérique terrestre peut être encouragée par rapport aux technologies du câble ou du satellite, afin d'accroître l'efficacité de l'utilisation du spectre (12).

Le principe de la neutralité technologique trouve son application la plus évidente dans la délimitation du champ d'application des nouvelles directives. Ainsi, elles ont une vocation horizontale et ne s'appliquent pas seulement aux réseaux et services traditionnellement appelés de télécommunications comme ceux de téléphonie vocale mais à l'ensemble des réseaux et services de communications électroniques et des ressources et services qui leur sont associés (13). Les réseaux visant l'ensemble des systèmes de transmission qui permettent l'acheminement de signaux par des moyens électromagnétiques et couvrent par exemple les réseaux terrestres fixes et mobiles, les réseaux satellitaires, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion dont les câbles TV, ou même les réseaux électriques dans la mesure où ces derniers sont utilisés pour des services de communications électroniques. Ces services consistent entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur ces réseaux. Enfin, les ressources associées visent les ressources qui permettent ou soutiennent la transmission du signal à l'utilisateur final, tels les systèmes d'accès conditionnel (*Conditional Access System - C.A.S.*), les interfaces de programme d'application (*Application Program Interface - A.P.I.*) utilisées pour la distribution de la télévision digitale, ou les guides électroniques de programme (*Electronic Programme Guide - E.P.G.*) (14).

Si les nouvelles directives couvrent donc l'ensemble des infrastructures de communications électroniques, elles ne visent pas le contenu qui est transporté sur celles-ci comme des programmes audiovisuels ou la fourniture de contenu sur l'Internet (15). Ces contenus font l'ob-

(12) Considérant 18 de la directive « cadre ».

(13) Articles 1^{er} et 2 de la directive « cadre ». Pour un aperçu de la difficulté d'application de ces dispositions dans le contexte belge, voy : P. Gérard, R. Queck, P. Valcke, D. Stevens, « Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques - Enjeux pour la Belgique fédérale », *A&M*, 3, 2002, p. 257.

(14) Le C.A.S. vise toute mesure et/ou disposition technique — logiciel et composante d'équipement — qui permet de soumettre l'accès sous une forme intelligible à un service de radio ou de télévision à une autorisation individuelle préalable. Le C.A.S. peut être contenu dans les boîtiers distribués par les opérateurs de télévision payante. L'A.P.I. constitue une sorte d'*operating system* ou en d'autres mots, l'équivalent de ce qu'est Windows dans le monde des PC. L'E.P.G. est une des applications qui peuvent tourner sur une A.P.I. On notera enfin que les services associés ne sont pas définis dans les directives.

(15) En outre, le nouveau cadre ne vise pas les équipements terminaux qui sont destinés à être connectés aux réseaux publics (par exemple les appareils télé-

jet de réglementations spécifiques au niveau européen (16) et national, qui peuvent poursuivre des objectifs propres, notamment en matière de pluralisme et diversité culturelle, et auxquels le nouveau cadre n'entend pas porter atteinte. Néanmoins, reconnaissant les liens qui existent inévitablement entre contenu et contenant et donc entre leurs réglementations, les nouvelles directives permettent que certaines obligations soient imposées aux fournisseurs de réseaux et services pour atteindre des objectifs liés au contenu (17). Notons enfin que la frontière entre ce qui relève du contenu et du contenant sera parfois difficile à déterminer en pratique et pourra faire l'objet de classification quelque peu arbitraire (18).

B. — Une réglementation flexible tout en garantissant la sécurité juridique

Une des caractéristiques majeures du secteur des communications électroniques est l'évolution rapide et imprévisible des technologies et de la situation concurrentielle sur les marchés. C'est pourquoi la réglementation doit être suffisamment flexible pour ne pas freiner cette évolution et s'y adapter harmonieusement. D'un autre côté, le secteur est également caractérisé par des investissements importants qui

phoniques). Ils font l'objet d'une réglementation spécifique, basée également sur un double corps de règles. D'une part, la directive 88/301/C.E.E. de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, *J.O.C.E.*, L 131, p. 75 telle que modifiée par la directive 94/46/C.E. du 13 octobre 1994, *J.O.C.E.*, L 268, p. 15. D'autre part, la directive 1999/5/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité, *J.O.C.E.*, L 91, p. 10.

(16) Les services audiovisuels font l'objet de la directive 89/552/C.E.E. du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.C.E.*, L 298, p. 23, dite directive « télévision sans frontière », telle qu'amendée par la directive 97/36/C.E. du 30 juin 1997, *J.O.C.E.*, L 202, p. 60. Le commerce électronique fait l'objet entre autres de la directive 2000/31/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, L 178, p. 1.

(17) Voy. considérant 5 et article 8, § 1^{er}, de la directive « cadre ». Ce lien tient notamment au fait que l'opérateur qui contrôle le réseau de transmission peut indirectement contrôler le contenu qui pourra être distribué aux utilisateurs. Les obligations qui peuvent être imposées visent principalement les autorisations d'entrée sur le marché (par ex., réservation de certaines fréquences pour la transmission de certains contenus), de l'accès aux ressources associées et du *must-carry* : document de travail des services de la Commission, The 2003 regulatory framework for electronic communications - Implications for broadcasting, 14 juin 2002, disponible sous : <http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/maindocs/misc-docs/index_en.htm>.

(18) Par exemple, la présence d'une chaîne audiovisuelle dans un guide électronique de programmes est soumise au nouveau cadre, mais la place qu'elle occupe dans ce même guide ne relève pas des nouvelles directives (art. 6, § 4, de la directive « accès »).

exigent une sécurité financière. A son tour, cela demande une réglementation stable et garantissant la sécurité juridique. Flexibilité et sécurité juridique, deux conditions pouvant paraître antinomiques mais que le nouveau cadre tente de concilier par un ensemble de mesures dont certaines se rapprochent des principes d'une bonne gouvernance.

Ainsi, la sécurité juridique devrait déjà être accrue par une plus grande transparence du nouveau cadre lui-même. Cette dernière devrait résulter d'une simplification et d'une réduction considérable du nombre des instruments juridiques de base puisque les nombreux textes composant le cadre de 1998 ont été réduits à quatre directives principales.

En outre, ces directives se présentent plutôt comme des directives-cadres pour éviter de tomber rapidement en obsolescence dans un contexte de procédures législatives lentes. Elles se limitent à fixer les objectifs des autorités chargées de leur application : promouvoir la concurrence, contribuer au développement du marché intérieur, et assurer l'intérêt des citoyens européens (19). Ainsi, chaque intervention publique, en particulier chaque imposition d'obligation à une entreprise, doit se justifier au regard de l'un de ces objectifs au moins. Les directives fixent également les grands principes de l'intervention publique et renvoient pour le surplus principalement aux méthodologies très souples du droit de la concurrence. Procéder de la sorte relève donc à la fois de la flexibilité puisque les directives se limitent à arrêter l'essentiel et de la sécurité juridique puisque les objectifs et les principes de la réglementation sont connus à l'avance.

Ces objectifs et principes sont d'abord mis en œuvre par les autorités réglementaires nationales, qui sont sans nul doute les acteurs principaux du nouveau cadre. L'A.R.N. est définie de manière fonctionnelle puisqu'il s'agit du ou des organismes chargés par l'Etat membre d'une des tâches de réglementation prévues par les directives (20). Comme ce concept de « tâches de réglementation » n'est pas défini davantage, il faut se référer aux différentes mesures du nouveau cadre pour y relever les tâches confiées aux A.R.N. Elles visent surtout l'application des règles aux acteurs de marché par des mesures individuelles prises au cas par cas. Ainsi, l'A.R.N. détermine les entreprises puissantes sur le marché et leur impose les

(19) Article 8 de la directive « cadre ».

(20) Article 2, g, de la directive « cadre ». En général, voy. D. Gérardin, « Institutional Aspects of E.U. Regulatory Reforms in the Telecommunications Sector : An analysis of the role of National Regulatory Authorities », *Journal of Network Industries*, 1, 2000, p. 5; A. Laget-Annemayer, *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité*, Bruxelles - Paris, Bruylant - L.G.D.J., 2002; P. Nihoul, « Authorities, competition and electronic communications - Towards institutional competition in the information society », *Info*, 1, 2002, p. 7; R. Queck, « The Future of National Telecommunications Regulatory Authorities », *Info*, 3, 2000, p. 251; D. Stevens, P. Valcke, « NRAs (and NCAs?) : Cornerstones for the Application of the New Electronic Communications Regulatory Framework - New requirements, tasks, instruments and cooperation procedures », *Communications & Strategies*, 50, 2003, p. 159; T. Zgajewski, M. Van Bellinghen, « Quelle réforme pour le régulateur des télécommunications en Belgique? », *Studia Diplomatica*, 6, 2000, p. 51.

obligations appropriées, elle assure le respect des conditions de l'autorisation générale, elle calcule l'éventuel coût net du service universel ou encore elle résout les litiges entre entreprises (21). Dans une moindre mesure, certaines des compétences confiées aux A.R.N. visent l'adoption de mesures générales et abstraites qui dépassent un cas précis d'application. Par exemple, l'A.R.N. définit les conditions et les procédures en matière de publication d'informations sur les services offerts (22). En outre, pour respecter l'organisation administrative et les traditions constitutionnelles des Etats membres, ces derniers peuvent confier ces diverses tâches à une ou plusieurs autorités différentes pour autant que la répartition des rôles soit claire et transparente, ce qui combine une fois encore flexibilité et sécurité juridique.

Dans l'accomplissement de leurs missions, les A.R.N. disposent d'un pouvoir discrétionnaire important et qui a été substantiellement renforcé par rapport au cadre de 1998, notamment en matière d'imposition d'obligations aux opérateurs puissants. Les A.R.N. permettent ainsi d'assurer l'application de la réglementation de manière flexible et aussi près que possible des acteurs. Ce large pouvoir réclame des contre-poids au-delà de la détermination explicite des objectifs et principes de la réglementation. D'abord pour assurer l'impartialité de leurs décisions, les A.R.N. doivent être indépendantes des fournisseurs d'équipements, de réseaux ou de services de communications électroniques, et dans une certaine mesure de l'Etat si ce dernier conserve la propriété ou le contrôle d'un fournisseur (23). Ensuite pour assurer l'efficacité de leurs décisions (24), les A.R.N. doivent disposer de moyens humains et financiers suf-

(21) Respectivement les articles 15 et 16 de la directive « cadre », articles 7 à 13 de la directive « accès », articles 16 à 19 de la directive « service universel », article 10 de la directive « autorisation »; article 12 de la directive « service universel », articles 20 et 21 de la directive « cadre ».

(22) Articles 11, § 3 et 22, § 2, de la directive « service universel ».

(23) Ainsi, l'article 3 de la directive « cadre » stipule que « les Etats membres qui conservent la propriété ou le contrôle de fournisseurs veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part ». La directive ne précise pas le contenu exact de cette obligation. Selon la Commission européenne, l'objectif d'une réelle séparation structurelle peut être réalisé de plusieurs manières. Ainsi un Etat membre peut confier les activités réglementaires à une agence réglementaire indépendante, il peut confier les activités réglementaires et opérationnelles à des ministères distincts, ou même confier les deux types d'activités à un seul ministère. Dans ce dernier cas, des mesures de précaution appropriées doivent alors être prévues, comme l'instauration de structures distinctes pour ce qui est de la comptabilité financière, de la gestion du personnel et des bilans (procès-verbal de la 1941^e session du Conseil (télécommunications) tenue à Luxembourg, le 27 juin 1997, Doc. 8455/96, pp. 7-8).

(24) Articles 3, 5, 6 et 16 et considérant 11 de la directive « cadre ». Vu la multiplicité des instances qui gravitent autour de l'application du nouveau cadre (A.R.N., autorité média, autorité de concurrence, autorités de protection des consommateurs, cours et tribunaux, institutions européennes...), il est primordial qu'elles se coordonnent pour éviter une insécurité juridique et un *forum shopping* préjudiciable à tout le secteur.

fisants. Elles doivent aussi mener une consultation publique sur toute mesure ayant une incidence importante sur le marché et ont le droit de demander aux fournisseurs de réseaux et services toute information nécessaire. Elles doivent collaborer étroitement avec les autorités de concurrence dans la mesure où elles sont amenées à utiliser les principes de l'antitrust. Enfin pour assurer l'Etat de droit (25), un recours effectif contre leurs décisions doit pouvoir être exercé. Toutefois même aussi encadré, le pouvoir discrétionnaire des A.R.N. reste important.

Les objectifs et principes des nouvelles directives sont également mis en œuvre par la Commission dans le cadre de ses pouvoirs d'exécution du droit européen. Elle peut ainsi adopter de nombreux instruments de *soft law* (26) qui apportent des indications pour la transposition et l'application des nouvelles directives à l'intention des législateurs nationaux et des A.R.N. A nouveau, cela contribue tant à la sécurité juridique puisque ces instruments clarifient l'interprétation du droit européen qu'à la flexibilité puisque l'adaptation aux évolutions technologiques et commerciales de ces mesures de *soft law* est relativement aisée.

C. — Une réglementation minimale, ayant confiance dans le marché

Un principe fondamental de la réglementation des télécommunications en Europe depuis 1987 est sans nul doute la confiance dans les mécanismes du marché et corrélativement la méfiance envers un excès de réglementation étatique. Cette dernière doit par conséquent être maintenue au minimum nécessaire pour atteindre ses objectifs politiques.

Les nouvelles directives renforcent encore ce principe qui recouvre plusieurs acceptions. Il signifie d'abord de réduire au minimum les barrières réglementaires à l'entrée sur le marché. Il signifie ensuite que la réglementation sectorielle devrait être retirée au fur et à mesure que la concurrence se développe, pour ne laisser en fin de compte que les législations horizontales (droit antitrust, droit de la consommation). La réglementation sectorielle ne devrait être maintenue que lorsque le droit de la concurrence s'avère inefficace à contrôler le pouvoir de marché des entreprises ou lorsque le marché seul ne permet pas de satisfaire certains objectifs publics comme par exemple la fourniture du service universel. Finalement, le principe de réglementation minimale signifie encourager les initiatives de corégulation, comme l'utilisation des codes de conduite (27).

(25) Article 4 de la directive « cadre ». Le recours contre une décision de l'A.R.N. n'a pas d'effet suspensif, sauf si l'organisme de recours en décide autrement.

(26) Si en vertu de l'article 249 C.E. les recommandations ne lient pas, elles ne sont pour autant pas dépourvues de tout effet juridique vu que les juges nationaux sont tenus de les prendre en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis (C.J.C.E., 13 déc. 1989, *Grimaldi*, C-322/88, *Rec.*, I-4407, pt 18). De plus, le nouveau cadre tend à renforcer l'effet des recommandations, par exemple en explicitant que les autorités nationales doivent en tenir le plus grand compte, voire en prévoyant un pouvoir de veto de la Commission si une autorité nationale souhaite s'en écarter.

(27) Voy. en particulier l'article 33, § 2 et le considérant 48 de la directive « service universel ».

1. — Autorisations générales pour l'entrée sur le marché et droits d'utilisation des fréquences et numéros

Pour faciliter un fonctionnement optimal du marché, la directive « autorisation » tente de réduire à un minimum les barrières administratives. Ainsi, les Etats membres ne peuvent soumettre la fourniture de réseaux et services de communications électroniques qu'à une autorisation générale et abstraite (28). Il s'agit d'un cadre juridique général fixant les droits et obligations des fournisseurs. Ces derniers ne doivent donc pas obtenir une décision individuelle et expresse de l'autorité de réglementation avant d'exercer leurs activités. Les Etats peuvent seulement prévoir qu'un nouvel entrant notifie à l'autorité son intention de commencer à fournir des réseaux ou des services afin de permettre à cette dernière de maintenir un registre des prestataires. Cette notification ne requiert pas de réponse explicite de l'autorité et ne peut être considérée comme condition préalable à l'entrée sur le marché.

En outre, les Etats membres ne peuvent assortir l'autorisation générale que des conditions limitativement prévues dans l'annexe de la directive « autorisation ». En particulier, des taxes administratives qui pourraient être imposées doivent se limiter à couvrir les coûts administratifs liés à la gestion et au contrôle du régime d'autorisation. En contrepartie de ces conditions, plusieurs droits sont octroyés au bénéficiaire de l'autorisation générale. Il s'agit principalement du droit de mettre en place et fournir des réseaux et services de communications électroniques, mais aussi de faire examiner par les autorités locales compétentes les demandes de droit de passage pour installer le réseau.

Si dans le cadre de son activité, un opérateur souhaite utiliser des fréquences et des numéros, l'Etat peut lui imposer, en sus du respect des conditions de l'autorisation générale, d'obtenir des droits individuels d'utilisation pour ces ressources (29). Ce régime particulier vise à permettre d'assurer leur emploi efficace. Leur allocation doit se faire selon des critères objectifs, transparents et non discriminatoires et dans des délais fixés par les directives, en particulier lorsque le nombre de ces droits d'utilisation de radiofréquences doit être limité, par exemple en raison de leur pénurie. Des redevances visant à assurer une utilisation optimale des radiofréquences et numéros peuvent être perçues. A cette fin, ces redevances peuvent être substantiellement plus élevées que les taxes administratives. En octroyant des droits d'utilisation de radiofréquences, les Etats membres doivent préciser s'ils pourront être transférés par leur titulaire.

2. — L'encadrement de la puissance significative sur le marché

Comme les économistes l'ont montré, le fonctionnement du marché ne mène pas à l'opti-

(28) Articles 3, 4, 6, 9 à 12 et annexe, partie A de la directive « autorisation », et article 11 de la directive « cadre ». Le non-respect des conditions de l'autorisation générale peut se traduire par des sanctions financières, voire même par l'interdiction de fournir des services : article 10 de la directive « autorisation ».

(29) Articles 5 à 8, 10, 11, 13 et annexe, parties B et C de la directive « autorisation », et articles 9 et 10 de la directive « cadre ».

mum social lorsque des entreprises y disposent d'un important pouvoir dont elles peuvent abuser à leur profit et au détriment de l'intérêt général. En principe, l'acquisition et l'exercice du pouvoir de marché sont contrôlés par le droit antitrust, soit de manière préventive (*ex ante*) lors d'un regroupement d'entreprises, soit de manière répressive (*ex post*) si un accord ou un abus anticoncurrentiel est commis. Toutefois, en raison de certaines caractéristiques du marché, il se peut que l'intervention du droit de la concurrence est inefficace et qu'un contrôle préventif généralisé est nécessaire. C'est l'objet du régime de contrôle des entreprises ayant une puissance significative sur le marché (P.S.M.).

Dans le cadre réglementaire de 1998, ce régime était basé sur des notions largement prédéfinies dans les directives (marchés visés, seuil de parts de marché pertinent, ensembles d'obligations automatiquement applicables). La directive « cadre » modifie substantiellement ce régime en le basant dorénavant sur les méthodologies du droit de la concurrence (30). Cette « hybridation » de la réglementation sectorielle par les principes de l'antitrust permet l'utilisation de concepts plus souples et plus économiques reflétant mieux les réalités du secteur tout en maintenant une certaine sécurité juridique vu la jurisprudence bien établie de la Cour de justice et du Tribunal de première instance en matière de droit de la concurrence. Elle permet aussi de renforcer le contrôle de la Commission européenne, et singulièrement de la direction générale de la concurrence, sur l'action des autorités nationales. Toutefois, l'hybridation ne signifie pas que la réglementation se confond avec le droit de la concurrence puisque précisément elle intervient lorsque le droit antitrust s'avère inefficace.

Ainsi, l'imposition d'obligations aux entreprises puissantes se déroule en trois étapes successives (31). Dans une *première étape*, il s'agit

(30) Sur l'application du droit de la concurrence au secteur des communications électroniques : Lignes directrices de la Commission concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications, *J.O.C.E.*, 6 sept. 1991, C 233, p. 2; Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, *J.O.C.E.*, 22 août 1998, C 265, p. 2. En doctrine, voy. : C.D. Ehlermann, L. Gosling (eds), *European Competition Law Annual 1998 : Regulating Communications Markets*, Oxford, Hart, 2000; J. Faull, A. Nikpay (eds), *The E.C. Law of Competition*, Oxford, O.U.P., 1999, Ch. 11; L. Garzaniti, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet. E.U. Competition Law and Regulation*, London, Sweet & Maxwell, 2000, Ch. 5-10; P. Larouche, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford, Hart, 2000; P. Roth (ed), *Bellamy and Child : European Community Law of Competition*, 5th ed., London, Sweet & Maxwell, 2001, Ch. 14.

(31) Pour une analyse circonstanciée du nouveau régime : A. de Stree, « The Integration of Competition Law Principles in the New European Regulatory Framework for Electronic Communications », *World Competition*, 2003, à paraître, et les références citées. Pour un historique du régime : A. de Stree, R. Queck, « La "puissance significative" nouvelle est arrivée! - L'évolution de la réglementation asymétrique dans le secteur des communications électroniques », *Rev. Ubiquité-Droit des technologies de l'information*, 13, 2002, p. 43.

de définir les marchés concernés (32). C'est d'abord la Commission qui adopte une recommandation recensant les marchés de produits et de services au sein desquels l'imposition d'obligations pourrait se justifier. A cette fin elle sélectionne les marchés dont les caractéristiques structurelles peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires, à savoir les marchés où les remèdes antitrust ne permettraient pas de résoudre efficacement un problème concurrentiel potentiel (33). Ayant identifié les problèmes, la Commission délimite les frontières des marchés pertinents en utilisant les méthodologies du droit de la concurrence. Cette délimitation comprend une double dimension « produit » et « géographique » et se base sur les substituabilités de la demande et de l'offre telles que révélées par le test du monopoleur hypothétique (34). Ensuite, en tenant le plus grand compte de cette recommandation et des lignes directrices « analyse du marché » de la Commission, l'A.R.N. définit les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier les marchés géographiques sur son territoire, conformément aux méthodologies du droit antitrust.

Dans une deuxième étape, l'A.R.N. analyse les marchés ainsi définis, pour déterminer si un ou plusieurs opérateurs disposent d'une puissance significative sur le marché (35). Cela revient à déterminer si un ou plusieurs opérateurs disposent d'une position dominante au sens du droit de la concurrence (36) ou bénéficient d'un effet de levier. La position dominante consiste en un certain degré de pouvoir de marché qui permet à son ou ses bénéficiaires de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients, et en fin de compte des consommateurs. Elle peut être simple si elle est détenue par une seule entreprise, et collective si elle est détenue par plusieurs fournisseurs. En outre, une entreprise qui est puissante sur un premier marché, peut être considérée comme puissante sur un second marché, qui lui est étroitement lié, dans la mesure où l'entreprise peut utiliser, par un effet de levier, sa puissance du premier marché pour

acquérir ou renforcer son pouvoir sur le second.

Enfin, dans une troisième étape, si l'A.R.N. a désigné des entreprises comme puissantes, elle doit leur imposer une ou plusieurs obligations appropriées. Si, au contraire, aucun opérateur n'y est dominant ou ne bénéficie d'un effet de levier, cela signifie que le marché concerné est effectivement concurrentiel et l'A.R.N. doit supprimer toutes les obligations qui s'appliquaient et ne peut en imposer de nouvelles. Lorsqu'une entreprise est puissante sur un marché intermédiaire (i.e. entre fournisseurs de réseaux et de services), l'A.R.N. choisit les obligations à imposer principalement dans un menu de cinq possibilités relatives à l'accès ou à l'interconnexion (37) : 1) une *transparence* selon laquelle l'entreprise puissante doit rendre publiques des informations définies, telles que les modalités et conditions de fourniture ou les spécifications techniques du réseau; 2) une *non-discrimination*, qui oblige le puissant à appliquer des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux entreprises fournissant des services semblables; 3) une *séparation comptable* en ce qui concerne certaines activités d'accès et la mise en place d'un système de comptabilisation des coûts approprié pour permettre un contrôle efficace des prix; 4) une obligation de satisfaire les *demandes raisonnables d'accès*, exigeant qu'une entreprise puissante ne supprime pas l'accès, négocié de bonne foi ou donne aux tiers un accès à des éléments spécifiques du réseau ou à certains services contre paiement d'une rémunération appropriée; 5) un *contrôle des prix*. Dans des circonstances exceptionnelles, l'A.R.N. peut imposer des obligations qui ne sont pas prévues dans ce menu moyennant l'accord préalable de la Commission (38). Le choix de l'A.R.N. parmi les obligations possibles doit être fondé sur la nature du problème constaté, justifié au regard des objectifs du cadre réglementaire et proportionné, ce qui implique que l'obligation choisie doit être nécessaire et la moins interventionniste possible pour atteindre le but recherché (39).

Lorsqu'une entreprise est puissante sur un marché de détail (i.e. entre fournisseurs et utilisateurs finals) (40), l'A.R.N. ne peut lui imposer des obligations que lorsqu'une intervention sur les marchés intermédiaires ne permettrait pas de réaliser les trois objectifs du nouveau cadre et principalement l'instauration d'une concurrence effective. Un important principe de « priorité d'intervention » sur les marchés intermédiaires est ainsi introduit, ce qui est logique puisque la plupart des comportements anticoncurrentiels qu'un opérateur pourrait exercer sur un marché de détail résultent en fait d'une puissance dont il abuse sur un marché intermédiaire situé en amont. Dans ce cas, le choix du type d'obligation est alors très ouvert car la liste indiquée par la directive « service universel » n'est qu'exemplative (notamment interdiction de prix excessifs ou d'éviction, orientation des tarifs vers les coûts, mise en place de systèmes de comptabilité appropriés, non-discrimination, interdiction de groupements de produits) et l'A.R.N. peut imposer d'autres obligations sans devoir obtenir l'autorisation de la Commission (41).

On peut se demander si le nouveau régime de la puissance aboutira à la diminution annoncée de la réglementation sectorielle et au passage vers une application exclusive du droit de la concurrence. Le recours au concept de dominance réduira probablement le nombre d'opérateurs puissants sur les marchés réglementés et partant diminuera la réglementation (42). Par contre, le nouveau système permet une *extension des marchés réglementés* et partant de la réglementation. Alors que le cadre 1998 se concentrait principalement sur les marchés anciennement soumis à un monopole légal (les réseaux et services de téléphonie fixe et les lignes louées), le nouveau cadre permet de réguler tous les marchés où le droit de la concurrence s'avère inefficace. Il y a donc bien un changement de « paradigme réglementaire ». Comme il est possible que le droit antitrust soit inefficace sur des marchés qui se sont développés après l'abolition des monopoles légaux, il est possible que davantage de marchés soient réglementés (43). Le changement de paradigme réglementaire pourrait même emporter une

(32) Article 15 et considérant 27 de la directive « cadre ». Voy. A. de Streel, « Market definitions in the new European regulatory framework for electronic communications », *Info*, 3, 2003, p. 27.

(33) La Commission estime que cette condition est satisfaite lorsque trois critères cumulatifs sont remplis : présence de barrières à l'entrée importantes et non transitoires, caractéristiques du marché telles qu'il ne tend pas naturellement vers la concurrence effective, et incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul aux défaillances concernées du marché, voy. les considérants 9 à 16 de la recommandation « marchés pertinents ».

(34) Points 33 à 69 des lignes directrices « analyse du marché »; Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.C.E.*, 9 déc. 1997, C 372, p. 5.

(35) Articles 14 et 16 et annexe II de la directive « cadre »; points 70 à 106 des lignes directrices « analyse du marché ».

(36) C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands*, 27/76, *Rec.*, p. 207, pt 65; C.J.C.E., 13 févr. 1979, *Hoffman-La Roche*, 85/76, *Rec.*, p. 461, pt 38. Voy. également T.P.I., 25 mars 1999, *Gencor*, T-102/96, *Rec.*, II, p. 753, pts 276-277; C.J.C.E., 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge*, C-395/96 et C-396/96P, *Rec.*, I, p. 1365, pts 39-48; T.P.I., 6 juin 2002, *Airtours*, T-342/99, *Rec.*, II, p. 2585, pts 61-62.

(37) Articles 8 à 13 de la directive « accès ». L'article 2 de la même directive définit l'accès comme la mise à disposition d'une autre entreprise d'une gamme extrêmement large de ressources et/ou de services en vue de la fourniture de services de communications électroniques. Par conséquent l'interconnexion, qui se définit comme la liaison physique et logique de réseaux de communications publics, est un type particulier d'accès.

(38) Par exemple, l'A.R.N. pourrait éventuellement imposer des solutions structurelles comme la vente d'une partie du réseau à une entreprise tierce.

(39) Article 8, § 4 de la directive « accès » et point 118 des lignes directrices « analyse du marché ». De plus, le choix des autorités nationales peut être contraint par le respect d'engagements internationaux, principalement ceux relatifs à l'interconnexion pris dans le cadre de l'accord sur les services de base de télécommunications conclu sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce : décision 97/838/C.E. du Conseil du 28 novembre 1997 concernant la conclusion, au nom de la Communauté européenne, pour les matières relevant de sa compétence, des résultats des négociations de l'O.M.C. sur les services de télécommunications de base, *J.O.C.E.*, L 347, p. 45. Dès lors, pour les marchés couverts par ces accords, les A.R.N. doivent imposer au moins trois obligations (non-discrimination, orientation vers les coûts, et transparence) aux fournisseurs dits

principaux, concept fort proche de celui de puissance utilisé en droit européen.

(40) Article 17 de la directive « service universel ».

(41) En outre, l'article 19 de la directive « service universel » prévoit que si un opérateur est puissant sur le marché du réseau fixe, l'A.R.N. doit lui imposer d'offrir à prix coûtant la sélection et la présélection de l'opérateur. La sélection signifie qu'un utilisateur final peut utiliser les services d'un opérateur alternatif en formant un code de quelques chiffres avant le numéro appelé (par ex., 1595 pour Mobistar en Belgique). La présélection signifie que ce code est préprogrammé dans le terminal téléphonique et ne doit pas être formé par l'utilisateur lors de chaque appel pour utiliser l'opérateur alternatif tout en gardant l'abonnement pour la ligne téléphonique avec son opérateur habituel.

(42) Dans le cadre réglementaire de 1998, la puissance était principalement fixée à 25% de parts de marché alors que la dominance simple est atteinte à 40-50% de parts de marché. En outre, notons qu'une application extensive des concepts de puissance collective et d'effet de levier permettrait d'éviter une diminution de la réglementation.

(43) C'est d'ailleurs ce que l'on constate avec la première recommandation « marchés pertinents » de la Commission, qui rendra la régulation des réseaux de téléphonie mobile plus intrusive qu'actuellement.

réglementation sectorielle permanente, car si l'on prouve que des caractéristiques durables du secteur des communications électroniques rendent le droit antitrust inefficace sur certains de ses marchés, comme par exemple celui de la boucle locale (44), il faudrait en conclure que la réglementation y sera également durable.

3. — *L'encadrement du pouvoir de marché en dehors du régime PSM*

La directive « accès » complète le régime PSM en prévoyant des obligations qui peuvent être imposées à des opérateurs indépendamment d'une désignation de puissance dans certains circonstances spécifiques et limitativement prévues par la directive « accès » (45). Néanmoins, l'obligation se justifie à nouveau par la nécessité de contrôler un pouvoir de marché qui tient précisément aux circonstances spécifiques relevées.

En ce qui concerne l'accès aux réseaux (46), tous les opérateurs de réseaux publics ont le droit et l'obligation de négocier une interconnexion réciproque de façon à garantir la fourniture de services et leur interopérabilité dans l'ensemble de la Communauté. En outre, les A.R.N. peuvent imposer des obligations d'accès, et en particulier d'interconnexion, à toutes les entreprises qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals si cela s'avère nécessaire pour assurer une connectivité de bout en bout des services de communications électroniques (47). Par exemple, l'A.R.N. peut forcer un nouvel entrant sur le marché de la téléphonie fixe qui ne détient que quelques clients à s'interconnecter avec un autre opérateur bien plus ancien et important que lui (48).

En ce qui concerne l'accès aux ressources associées (49), tous les opérateurs qui contrôlent les systèmes d'accès conditionnel (C.A.S.) dont les diffuseurs de services de télévision et de radio numériques dépendent pour atteindre les consommateurs doivent accorder l'accès à leurs services dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires conformes

au droit de la concurrence. En outre, tous les opérateurs qui contrôlent l'accès aux interfaces de programmes d'application ou aux guides électroniques de programme, doivent accorder l'accès à leurs services dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, si cela s'avère nécessaire pour assurer l'accès des utilisateurs finals à des services de transmission de radio et de télévision numérique spécifiés par l'Etat membre (50). Ce régime est donc en principe moins interventionniste que celui des C.A.S. puisqu'il ne prévoit une obligation générale d'accès que pour la diffusion de certaines chaînes spécifiées et non pour la diffusion de toutes les chaînes existantes.

Finalement, une clause de sauvegarde est prévue pour assurer le respect du droit international. L'A.R.N. peut imposer des obligations d'accès à une entreprise qui n'est pas puissante si cela est nécessaire afin de se conformer à des engagements internationaux (51).

4. — *La normalisation*

L'harmonisation des normes techniques est fondamentale dans un secteur fonctionnant en réseau comme celui des communications électroniques. En assurant l'interopérabilité des services au sein du marché intérieur, la normalisation améliore les services et la liberté de choix des utilisateurs. Même si la théorie économique de la normalisation en est encore à ses débuts, elle démontre qu'ici aussi le seul fonctionnement du marché ne mène pas nécessairement à un optimum social. A nouveau, un juste équilibre a dû être trouvé entre la liberté laissée au marché et l'intervention publique (52). Ainsi, les Etats membres doivent encourager la mise en œuvre des normes adoptées par les organismes européens ou internationaux de normalisation. En particulier, ils encouragent l'utilisation d'une interface de programme d'application (A.P.I.) ouverte en vue d'assurer l'interopérabilité des services de télévision numérique, et partant la libre circulation de l'information, le pluralisme des médias et la diversité culturelle (53). En outre, la Commission publie au *Journal officiel* une liste de normes dont tous les Etats membres doivent encourager l'utilisation. Si les normes de la liste n'ont pas été correctement mises en œuvre et, que de ce fait, l'interopérabilité des services n'est pas assurée, la Commission peut alors les rendre obligatoires, après consultation publique et en suivant la procédure de la comitologie de réglementation.

5. — *La protection des utilisateurs finals*

La directive « service universel » renforce la protection des utilisateurs finals (54) par rap-

port au fonctionnement des marchés et au droit général de la consommation en améliorant les droits du consommateur et son information ou en prévoyant des compléments de service aux offres de base. Ici encore, la réglementation est au service du marché puisqu'elle vise à améliorer le fonctionnement.

D'une part, la sécurité juridique et la transparence sont accrues afin d'aider les consommateurs à opérer des choix optimaux et tirer ainsi pleinement parti de la concurrence. Ainsi, les consommateurs ont droit à un contrat avec leur fournisseur de services téléphoniques publics fixes et mobiles. Ce contrat doit contenir un minimum de mentions. En outre, des informations relatives aux conditions d'accès à ces mêmes services doivent être mises à la disposition des utilisateurs finals, soit par les fournisseurs, soit par les A.R.N. Enfin, l'A.R.N. doit être en mesure d'exiger des fournisseurs de services de communications électroniques en général la publication d'informations sur la qualité des services (55).

D'autre part, certains services doivent être offerts en complément du service téléphonique de base et ce en dehors de l'idée du service universel. Ils visent à renforcer la concurrence et l'harmonisation européenne et à assurer une offre de grande qualité. Ainsi, la portabilité entre les numéros fixes ou entre les numéros mobiles doit être disponible pour diminuer les coûts de changement d'opérateur téléphonique (56). En outre, les Etats membres doivent veiller à maintenir l'intégrité du réseau téléphonique public fixe et, notamment en cas de défaillance catastrophique du réseau, l'accès aux services téléphoniques publics fixes et aux services d'urgences. Ils doivent aussi veiller à ce que les utilisateurs finals ont accès à un service d'assistance et de renseignements téléphoniques, et droit à une inscription dans un annuaire (57). Enfin, les Etats membres doivent promouvoir un marché européen de la téléphonie (58).

nals, alors que d'autres se limitent aux consommateurs. L'utilisateur final demande un service de communications électroniques, mais n'en fournit pas au public. Il peut s'agir d'une grande entreprise industrielle qui souhaite relier ses filiales, d'une P.M.E., ou encore d'un consommateur, qui est « toute personne physique qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public à des fins autres que professionnelles » : article 2 de la directive « cadre ».

(55) Articles 20 à 22 et annexes II et III de la directive « service universel ».

(56) Article 30 de la directive « service universel ». La portabilité des numéros signifie qu'un client garde son numéro même s'il change d'opérateur. En outre, pour diminuer les coûts de changement sur le marché de la télévision numérique et assurer la connectivité la plus complète aux récepteurs de télévision, l'article 24 de la directive « service universel » dispose que l'interopérabilité des équipements de télévision numérique grand public doit être assurée, mais il n'impose pas une norme spécifique.

(57) Respectivement les articles 23 et 25 de la directive « service universel ». En outre, l'article 29 prévoit la possible mise à disposition des utilisateurs de la numérotation au clavier et de l'identification de la ligne appelante.

(58) Voy. la directive « service universel », article 26 (possibilité d'utiliser un numéro d'appel d'urgence unique européen « 112 »), article 27 (utilisation d'un préfixe national commun « 00 », et d'un préfixe européen « 3883 »), article 28 (possibilité d'appeler des numéros non géographiques entre les Etats membres).

(44) C'est-à-dire le « dernier kilomètre » reliant par une paire torsadée de cuivre le répartiteur principal avec les locaux de l'abonné.

(45) Article 8, § 3, de la directive « accès ». Ainsi, en dehors de ces trois hypothèses décrites ci-dessus, les A.R.N. ne peuvent en principe pas imposer d'obligation à un opérateur qui n'est pas puissant sur son marché. Toutefois, la rédaction assez large du premier alinéa de l'article 5, § 1^{er}, pourrait suggérer que les A.R.N. ont un pouvoir général d'imposer des obligations d'accès sans aucune autre limitation que les trois objectifs généraux du cadre. Mais cette lecture mettrait à la disposition de ces autorités une véritable « bombe atomique réglementaire », qui serait contraire à l'esprit déréglementaire et aux principes de proportionnalité des nouvelles directives. Dès lors, cette disposition nous semble devoir être lue comme une simple introduction aux pouvoirs des A.R.N. énoncés aux articles 5, § 1^{er}, a et b et non comme une base de compétence propre.

(46) Articles 3 à 5 de la directive « accès ». Sur le concept d'« accès », voy. note 37.

(47) Article 5, § 1^{er}, a, de la directive « accès ».

(48) Par exemple en Belgique, Belgacom pourrait forcer Telenet à s'interconnecter avec elle.

(49) Articles 5, § 1^{er}, b et 6 et annexe I de la directive « accès »; voy. N. Helberger, « Access to Technical Bottleneck Facilities : The New European Approach », *Communications & Strategies*, 46, 2002, p. 33.

(50) Cela vise principalement les chaînes spécifiées dans le cadre du *must-carry*.

(51) Il s'agit principalement des engagements pris dans le cadre de l'accord sur les services de base de télécommunications conclu sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce (voy. note 39) : point 125 des lignes directrices « analyse de marché ».

(52) Articles 17 et 18 de la directive « cadre » et liste « normes 2002 » de la Commission.

(53) Par exemple l'interface M.H.P. (« Multimedia Home Platform »), développée dans le cadre du groupe sur la radiodiffusion télévisuelle numérique (groupe D.V.B.).

(54) Certaines dispositions de la directive « service universel » créent des droits pour les utilisateurs fi-

6. — *Les garanties d'accès à des services d'intérêt général* (59)

Comme un grand marché fonctionnant parfaitement en concurrence ne remplit pas nécessairement tous les objectifs d'intérêt général qu'un Etat peut poursuivre, la directive « service universel » prévoit un certain nombre de mesures qui visent à assurer à tous 1) un accès à un prix abordable à certains services essentiels de communications électroniques, 2) un accès à prix coûtant à un ensemble minimal de lignes louées ayant des caractéristiques techniques harmonisées à travers l'Europe et 3) un accès à certaines chaînes ou services de radio et de télévision pour assurer la pluralité et la diversité culturelle. Pour les deux premiers points, la nouvelle directive maintient globalement le système prévu par le cadre réglementaire de 1998, tout en le rendant plus précis et plus efficace.

Premièrement, tous les utilisateurs finals à travers l'Europe, quelle que soit leur situation géographique, ont droit à un ensemble de services — appelé *service universel* — à un prix abordable et d'une qualité déterminée (60). Ces services visent la fourniture d'une connexion téléphonique (61) permettant un accès à Internet à bas débit (56 kbit/s), la mise à disposition d'un annuaire ainsi qu'un service de renseignement téléphonique, et la fourniture d'un accès à un nombre raisonnable de cabines téléphoniques. Si ces droits ne sont pas satisfaits sur l'ensemble du territoire national par le seul fonctionnement du marché (notamment pour les utilisateurs non rentables dans des zones rurales comme la classique veuve écossaise), les Etats membres doivent désigner en utilisant des procédures objectives, transparentes et non discriminatoires une ou plusieurs entreprises comme fournisseur du service universel. Si la fourniture du service universel entraîne un coût

net pour les opérateurs désignés (*i.e.* le coût qui aurait été évité si l'entreprise n'avait pas été désignée), l'A.R.N. doit calculer ce coût net et, si elle estime qu'il représente une charge injustifiée, le compenser au moyen de fonds publics et/ou d'un fonds sectoriel alimenté par tous les fournisseurs des réseaux et services de communications électroniques (62).

En outre, un Etat membre peut souhaiter aller au-delà du socle défini par le service universel et prévoir que d'autres services — appelés *les services obligatoires additionnels* — soient accessibles à ses citoyens à des prix abordables. Par exemple, dans le cadre de l'initiative *e-Europe* (63), un Etat membre pourrait décider que tous ses citoyens aient un accès à Internet à haut débit à un prix abordable ou que les écoles et bibliothèques aient un accès à Internet à prix réduit. L'Etat peut le faire pour autant que tout mécanisme de compensation du coût net de fourniture de ces services additionnels respecte le droit communautaire, en particulier le régime des aides d'Etat, et ne se base pas sur un fonds sectoriel (64).

Deuxièmement, dans l'intérêt de l'économie européenne et du développement du marché intérieur, tous les utilisateurs finals européens ont droit à un accès à un *ensemble minimal de lignes louées* présentant des caractéristiques techniques harmonisées, dans des conditions non discriminatoires et à prix coûtant (65). Les A.R.N. doivent nommer comme fournisseurs de ces lignes les opérateurs qui ont été désignés comme puissants sur le marché de la fourniture de l'ensemble minimal des lignes louées ou d'une partie de celui-ci (66).

Troisièmement, afin de garantir la disponibilité sur tout le territoire de certaines chaînes ou de certains services de radio ou télévision jugés d'intérêt public, partant d'assurer la diversité culturelle et le pluralisme dans les médias, les Etats membres peuvent imposer des *obligations de diffuser (must-carry)* à certains opérateurs de réseau. Toutefois, ils ne peuvent le faire qu'en respectant des conditions qui visent à garantir que l'objectif de diffusion généralisée des chaînes soit atteint de la manière la plus transparente et efficace possible (67). Ainsi, les chaînes bénéficiant du *must-carry* doivent être spécifiées à l'avance. En outre, les fournisseurs du *must-carry* ne peuvent être que les opérateurs de réseaux qu'un nombre significatif d'utilisateurs utilisent comme moyen principal pour recevoir des émissions de radio ou de télévision. Cela vise actuellement les opérateurs du réseau terrestre, de câble, de satellite, mais non les opérateurs de réseaux télécom offrant de l'accès à Internet à bande large au moyen des technologies D.S.L. (Digital Subscriber Line), ou ceux opérant les réseaux mobiles de la troisième génération. En outre, les opérateurs de ressources associées comme le C.A.S. sont également exclus puisqu'ils ne sont pas des opérateurs de réseaux. Enfin, les obligations imposées doivent être non discriminatoires, transparentes, revues périodiquement, proportionnées et une rémunération appropriée de l'opérateur peut être prévue.

D. — *Une réglementation harmonisée*

2003

199

Tendre vers une harmonisation de la réglementation au niveau européen, tant dans son contenu que dans son application, est un autre principe du nouveau cadre réglementaire tout autant que de l'action des A.R.N. Cette harmonisation et sa contribution à la consolidation du marché intérieur est particulièrement importante dans le secteur des communications électroniques pour différentes raisons : d'une part, ce secteur représente une part substantielle et sans cesse croissante du P.I.B. européen, partant les bénéficiaires d'un marché intérieur en sont d'autant plus importants, et d'autre part la réglementation du secteur est très intrusive, partant son harmonisation en est d'autant plus souhaitable.

Pourtant, après quinze ans de libéralisation, il n'y a toujours pas de culture réglementaire européenne commune et les marchés restent fragmentés le long des frontières nationales, tout en présentant des niveaux différents de développement de la concurrence. Ces problèmes d'harmonisation s'amplifient avec les nouvelles directives puisqu'elles accroissent encore la flexibilité des A.R.N. et partant, le risque de les voir adopter différentes approches. Nous avons vu qu'un des défis du nouveau cadre était d'assurer que l'augmentation de la flexibilité ne se fasse pas au détriment de la sécurité juridique, nous voyons maintenant qu'elle ne doit pas se

(59) Sur le service universel, voy. notam. : *Livre vert* de la Commission du 21 mai 2003 sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270. En doctrine, voy. : R. Cawley, « Universal Service : specific services on generic networks - Some logic begins to emerge in the policy area », 2001, disponible sous : <<http://www.arxiv.org/abs/cs.CY/0109063>>; A. de Strel, « The protection of the European Citizen in a Competitive e-Society : The New E.U. Universal Service Directive », *Journal of Network Industries*, 4, 2003, p. 189; J.-M. Cheffert *e.a.*, « Service universel, concurrence et télécommunications », *Cahiers du C.R.I.D.*, n° 15, Gent, Story-Scientia, 1999; S. Rodriguès, *La nouvelle régulation des services publics en Europe : énergie, postes, télécommunications*, Paris, Editions Tec & Doc, 2000.

(60) Les services composants le service universel sont décrits aux articles 4 à 7 de la directive « service universel ».

(61) Il s'agit en principe de l'accès aux services téléphoniques accessibles au public en position déterminée, et donc du service téléphonique public fixe. Cependant, la connexion peut être assurée par une technologie avec ou sans fil (y compris les réseaux sans fil cellulaires dont le GSM) pour autant qu'elle assure les fonctionnalités requises. D'ailleurs, les Etats membres ont l'obligation de choisir parmi ces technologies celle qui est la moins chère, puisqu'en vertu de l'article 3, § 2, de la directive « service universel », ils doivent opter pour l'approche la plus efficace et entraînant le moins de distorsions sur le marché. Par conséquent, on peut argumenter que la connexion téléphonique exigée au titre du service universel pourrait dans certains cas se faire entièrement par l'utilisation de services de téléphonie mobile. Voy. aussi le considérant 8 de la même directive.

(62) Les modalités d'organisation du service universel sont décrites aux articles 8, 9, 12, 13 et 14 de la directive « service universel ». Voy. également, C.J.C.E., 6 déc. 2001, *Commission c. France (service universel en France)*, C-146/00, *Rec.*, I, p. 9767 et C.J.C.E., 30 nov. 2000, *Commission c. Belgique (service universel en Belgique)*, C-384/99, *Rec.*, I, p. 10633.

(63) Communication de la Commission du 28 mai 2002, *e-Europe 2005 : Une société de l'information pour tous*, COM(2002) 263.

(64) Article 32 de la directive « service universel ».

(65) Article 18 et annexe VII de la directive « service universel ». Le contenu de l'ensemble minimal ainsi que les caractéristiques harmonisées et les normes qui y sont associées sont arrêtées par la décision « ensemble minimal ». Il comprend cinq types de lignes louées. Une ligne louée peut être décrite comme une liaison entre deux points d'un réseau qui fournit à l'utilisateur une possibilité de communication permanente et directe entre ces deux points (c'est-à-dire qu'un message envoyé ne doit pas être aiguillé — « commuté » — d'étape en étape pour atteindre sa destination), avec une garantie de débit et pour un prix forfaitaire. Citons comme exemple les lignes qui relient les terminaux des pompes à essence aux offices de Banksys.

(66) L'utilisation du régime de la puissance pour la désignation des fournisseurs de l'ensemble minimal de lignes louées est regrettable et pourrait mener à une impasse. Ce régime vise principalement à prévenir tout abus de pouvoir de marché, et partant assurer que les biens ou services *qui sont offerts* sur le marché le soient à prix coûtant. Toutefois, il ne devrait pas viser à assurer que certains biens particuliers soient offerts sur le marché. En effet, si des lignes louées concernées ne sont pas offertes sur le marché, il n'y aura forcément pas d'opérateur puissant et partant l'A.R.N. ne peut pas imposer l'obligation de fourniture. Il eût été préférable de maintenir le système du cadre de 1998 dans lequel les obligations

s'imposaient aux organismes puissants, ou à défaut à tout autre opérateur désigné.

(67) Article 31 de la directive « service universel »; Document de travail des services de la Commission, *Must-carry obligations under the 2003 regulatory framework for electronic communications networks and services*, 22 juill. 2002, disponible sous : <http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/maindocs/miscdocs/index_en.htm>.

faire au détriment de l'harmonisation européenne.

Différents mécanismes d'harmonisation sont imaginables. Parmi ceux-ci, on trouve des mécanismes classiques du droit européen comme l'utilisation de l'instrument juridique du *règlement*. Mais cet outil n'a été utilisé qu'une seule fois à des fins de réglementation du secteur des télécommunications (68) plutôt d'ailleurs en raison de la rapidité de la prise d'effets des mesures au niveau national. Pour le nouveau cadre réglementaire, le législateur européen a privilégié des directives.

Un autre mécanisme classique du droit européen est la *reconnaissance mutuelle*. Il n'est pas prévu en matière de réseaux et services de communications électroniques pour des raisons pratiques et politiques (69). Il aurait pu être utilisé pour l'entrée sur le marché mais avec le nouveau régime, son utilité aurait été limitée. D'une part, l'autorisation générale est maintenant très légère. D'autre part, l'octroi de droits individuels d'utilisation pour les fréquences et les numéros et l'octroi des droits de passage représentent encore l'exercice d'un pouvoir de souveraineté nationale et nécessitent des décisions d'attribution actives et spécifiques qui ne peuvent être prises par une A.R.N. d'un pays pour et à la place de celle d'un autre pays. Par contre, une autorité réglementaire européenne ou sous certaines conditions des mécanismes de guichet unique pourraient être utiles en la matière. Pour le surplus, la reconnaissance mutuelle ne serait que très difficilement applicable à la majorité des questions relatives à l'organisation des marchés. Ainsi, le principe ne se conçoit pas pour le régime P.S.M. ou pour la désignation des prestataires du service universel.

Certains, dont le Parlement européen, ont alors soutenu la création d'une *autorité réglementaire européenne* (70). Cette autorité serait particulièrement indiquée pour coordonner l'allocation des fréquences en Europe, et pour réglementer les marchés paneuropéens ou pour résoudre des litiges transfrontaliers. Une telle

autorité permettrait sans doute de combiner flexibilité et harmonisation, mais elle semblait peu réalisable politiquement à ce stade. Le Conseil y était farouchement opposé et la Commission ne l'a finalement pas proposé car elle risquait de porter atteinte au principe de subsidiarité, pourrait être à l'origine de conflits de compétences (notamment avec la Commission) et finalement n'apporterait pas suffisamment de valeur ajoutée pour justifier ses coûts. Le législateur européen a alors préféré se rabattre sur une coopération renforcée entre les A.R.N. et sur une supervision accrue de ces autorités par la Commission.

D'une part, la *coordination entre les A.R.N. des différents Etats membres se voit renforcée* par divers mécanismes. D'abord, elles doivent coopérer entre elles de manière transparente afin d'assurer une application harmonisée des nouvelles directives (71). En particulier, les A.R.N. se consultent mutuellement sur tout projet de décision imposant des obligations aux opérateurs bénéficiant d'un pouvoir de marché et ayant une incidence sur le commerce entre les Etats membres (72). Ensuite, elles doivent collaborer pour l'analyse des marchés transnationaux ou la résolution des litiges transfrontaliers (73). Enfin, un nouvel organisme, relativement original dans le paysage institutionnel communautaire, est créé : le groupe des régulateurs européens (G.R.E.) (74). Ce groupe consultatif est composé des représentants des A.R.N. chargées dans chaque Etat membre de la mise en œuvre journalière du nouveau cadre réglementaire et de représentants de la Commission. Il est présidé par un représentant d'une des A.R.N. élu à cette fonction. Il vise à assurer une culture réglementaire commune et l'application uniforme du cadre réglementaire par l'échange d'informations et des meilleures pratiques ainsi que par le développement de solutions communes appropriées pour traiter de problèmes particuliers. En outre, il conseille la Commission dans sa mission de consolidation du marché intérieur.

D'autre part, le *rôle de la Commission européenne, censée être la dépositaire de l'intérêt européen, est particulièrement important*. D'abord, la Commission maintient les pouvoirs qu'elle tire du droit européen général. Ainsi, elle est l'organe d'exécution du droit communautaire au niveau européen et est assistée en cela par un comité de comitologie classique (75) : le comité des communications (Cocom). Il est composé de représentants des Etats membres (en principe les ministères, mais un Etat peut se faire représenter par son A.R.N.) et présidé par un représentant de la

Commission. En particulier, la Commission peut adresser des recommandations aux Etats membres relatives à l'harmonisation de la mise en œuvre du nouveau cadre (76). La Commission est aussi la gardienne des traités et peut entamer une procédure d'infraction sur la base de l'article 226 C.E. lorsqu'elle estime qu'un Etat membre ou une A.R.N. viole le droit européen. Toutefois cette procédure est longue et n'intervient qu'*a posteriori*, et n'a donc qu'une efficacité relative dans un secteur en évolution rapide. En outre, et de manière plus subtile, la Commission peut exercer un contrôle indirect sur les autorités nationales en utilisant ses pouvoirs en matière de concurrence. Ainsi, si elle estime qu'une A.R.N. n'a pas agi ou a mal agi contre les pratiques d'un ancien monopoleur, la Commission peut ouvrir une procédure d'abus de position dominante contre cet ancien monopoleur (77). L'utilisation accrue des méthodologies du droit antitrust en réglementation sectorielle ne peut que renforcer ce contrôle indirect.

Ensuite, les nouvelles directives octroient à la Commission des pouvoirs supplémentaires et originaux en droit européen pour contrôler certains projets de décisions des A.R.N. (78). Ainsi, les décisions qui imposent des obligations aux opérateurs ayant du pouvoir de marché et qui sont susceptibles d'affecter les échanges entre les Etats membres doivent être notifiées à la Commission. Elle peut alors mettre son veto, après consultation du Cocom, à une définition de marché de produit qui s'écarterait de celle de sa recommandation « marchés pertinents » et/ou à toute désignation ou non-désignation d'une entreprise comme puissante si la mesure n'est pas compatible avec le droit communautaire, en particulier avec les trois objectifs du nouveau cadre (79). La Commission peut également émettre un avis non obligatoire sur les

(76) Article 19, § 1^{er}, de la directive « cadre ». A ce jour, trois recommandations ont été adoptées sur cette base : recommandation 2003/203/C.E. de la Commission du 20 mars 2003 concernant l'harmonisation de l'accès R-LAN du public aux réseaux et services publics de communications électroniques dans la Communauté, *J.O.U.E.*, L 78, p. 12; recommandation « procédure de consolidation du marché intérieur » et recommandation 2003/558/C.E. de la Commission du 25 juillet 2003 concernant le traitement des informations relatives à la localisation de l'appelant dans les réseaux de communications électroniques en vue de la prestation de services d'appels d'urgence à localisation, *J.O.U.E.*, L 189, p. 49.

(77) Ainsi la Commission a décidé le 21 mai 2003 que Deutsche Telekom A.G. s'est rendu coupable d'un abus de position dominante consistant en un amenuisement de marges (effet de ciseau) en pratiquant des tarifs de gros pour l'accès à sa boucle locale plus élevés que les prix demandés aux abonnés pour l'accès de détail. La Commission a par conséquent imposé une amende de 12,6 millions d'euros (IP/03/717 du 21 mai 2003). Cette intervention peut être considérée comme une critique à peine voilée de l'action du régulateur allemand qui contrôle les tarifs de gros et de détail de Deutsche Telekom.

(78) Article 7, §§ 3 à 6 de la directive « cadre » et recommandation « procédure de consolidation du marché intérieur ».

(79) Un droit de veto similaire de la Commission contre les décisions d'autorités nationales a été prévu en matière de contrôle prudentiel : article 22, § 7, de la directive 2000/12/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *J.O.C.E.*, L 126, p. 1.

(68) Règlement (C.E.) n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de la boucle locale, *J.O.C.E.*, L 336, p. 4.

(69) Notons toutefois que l'article 3, § 1^{er}, de la directive « accès » prévoit qu'une entreprise qui demande l'accès ou l'interconnexion dans un Etat membre ne doit pas nécessairement disposer d'une autorisation générale dans ce pays. Par contre, la reconnaissance mutuelle est prévue en matière d'équipements terminaux (directive 1999/5/C.E.), de systèmes d'accès conditionnel (directive 98/84/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, *J.O.C.E.*, L 320, p. 54), ou de diffusion de programmes radio-télévisés (directive 89/552/C.E. telle qu'amendée).

(70) Elle fut proposée dès 1994 par le Groupe Bangemann, groupe d'experts chargé de conseiller le Conseil européen sur l'émergence d'une société de l'information. Elle a fait l'objet de plusieurs études pour les institutions européennes dont la dernière en date fut : Eurostrategies, Cullen International, *Final Report on the Possible Added Value of European Regulatory Authority for Telecommunications*, septembre 1999, disponible sous : <<http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/Study-en.htm>>. Voy. également R. Queck, *op. cit.*, note 20, pp. 259 à 261.

(71) Article 7, § 2, de la directive « cadre ».

(72) Article 7, § 3 de la directive « cadre ».

(73) Respectivement articles 16, § 5 et 21 de la directive « cadre ».

(74) Article 1^{er} de la décision « G.R.E. ». Voy. le site Internet du G.R.E. : <<http://erg.eu.int/>>.

(75) Articles 22 de la directive « cadre »; article 202 C.E. et décision 1999/468/C.E. du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *J.O.C.E.*, L 184, p. 23. Selon cette décision, le comité agit selon la procédure de réglementation pour mettre en application les éléments essentiels d'un acte de base ou pour adapter des éléments d'un acte, et selon la procédure consultative dans les autres cas. Voy. le site web du Cocom : <<http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infosoc/Home/main>>.

choix des obligations par les A.R.N. Ces dernières sont donc sous contrôle strict de la Commission qui veille à l'intégrité des méthodologies du droit antitrust face au risque d'interprétations nationales divergentes mais aussi à la réalisation du marché intérieur.

On le voit, le législateur européen, conscient des risques de fragmentation de la réglementation et des marchés qui en résulterait, a tenté d'y remédier en augmentant la coordination au sein des A.R.N. et en renforçant le pouvoir de contrôle de la Commission. Toutefois, on peut craindre que certains mécanismes n'offriront pas l'efficacité qu'on leur promet. Ainsi, le nouveau droit de veto de la Commission présente certaines faiblesses. D'abord, la Commission ne dispose pas de droit de veto sur le choix des obligations. Ensuite, même quand elle dispose d'un veto, la Commission ne peut que suggérer des modifications au projet incriminé sans lui substituer sa propre décision. Enfin, les délais dont dispose la Commission pour réagir (trois mois au maximum) sont fort courts vu notamment la complexité des questions à résoudre. On peut sans doute placer plus d'espoir dans la coordination des A.R.N. au sein du G.R.E., mais là encore une difficulté importante surgit : l'absence de pouvoir formel de coercition d'une majorité des A.R.N., fût-elle renforcée, sur l'une d'entre elles.

Au vu de ces multiples problèmes, il nous semble qu'une organisation institutionnelle similaire à celle qui résulte de la récente décentralisation du droit de la concurrence (80) aurait pu être imaginée. Les A.R.N. garderaient leurs prérogatives, mais la Commission (ou une autorité indépendante) détiendrait le pouvoir de se saisir d'une affaire, et donc de dessaisir l'autorité nationale, si cela s'avère nécessaire pour garantir l'intégrité de l'application du droit européen et du marché intérieur. Bien sûr cette solution aurait posé des problèmes juridiques importants (notamment la légalité d'une éventuelle délégation d'un pouvoir discrétionnaire à une autorité indépendante, ou le fait que les A.R.N. à contrôler appliquent leurs législations nationales et non directement le droit européen), mais elles n'auraient pas été insurmontables. Par contre, les obstacles politiques auraient sans doute été trop difficiles à surmonter à ce stade. Il reste à espérer que le G.R.E. fonctionne harmonieusement et préfigure peut-être l'instauration d'une autorité européenne lors d'une prochaine révision des directives.

3

Conclusion

Le nouveau cadre réglementaire européen des communications électroniques est plus une évolution qu'une révolution. Il maintient, et même spécifie explicitement, les grands objectifs poursuivis depuis le début de la politique réglementaire européenne en matière de télé-

communications : promotion de la concurrence et du marché intérieur, et *in fine* de l'intérêt des citoyens européens. Il poursuit la philosophie réglementaire entamée en 1987, à savoir une confiance dans les mécanismes du marché pour organiser au mieux les comportements humains.

La réforme des directives vise à réagir face à des évolutions technologiques et commerciales et à introduire plus de flexibilité pour permettre de tenir compte de changements rapides et imprévisibles du secteur. En ce sens, la réforme vise à rapprocher la réglementation des principes d'une bonne gouvernance. Plusieurs modifications ont été apportées par rapport au cadre réglementaire de 1998 : 1) extension du champ d'application du cadre réglementaire à l'ensemble des réseaux et services de communications électroniques; 2) diminution du nombre de directives et recours à des directives-cadres qui se limitent à énoncer objectifs et grands principes, laissant leur application aux autorités nationales de réglementation et à la Commission; 3) recours de principe à l'autorisation générale pour réglementer l'entrée sur le marché et utilisation croissante des principes de l'antitrust pour organiser l'activité sur le marché; et 4) renforcement de la coordination au sein des A.R.N. et du pouvoir de contrôle de la Commission sur les décisions des autorités nationales de réglementation.

L'avenir nous dira si ces modifications rempliront les principes réglementaires poursuivis. L'extension du champ d'application permettra d'atteindre une réglementation technologiquement neutre, même si cela posera quelques problèmes d'application concernant la séparation entre transmission et contenu. La diminution du nombre de directives n'entraînera probablement que peu de simplification eu égard au nombre important d'instruments de *soft law* censés accompagner le nouveau cadre. Par contre, l'utilisation de directives très générales, qui renvoient notamment aux méthodologies du droit de la concurrence, assurera une flexibilité accrue. Toutefois, et c'est là le plus grand danger, cela pourra se faire au détriment de la sécurité juridique et de l'harmonisation européenne. Le législateur européen a tenté de parer à ces risques en accroissant la coordination des A.R.N. et le rôle joué par la Commission. Malheureusement, au vu des divergences déjà existantes, cela pourrait s'avérer insuffisant pour créer un véritable marché intérieur des communications électroniques. En outre, bien peu a été prévu pour garantir la sécurité juridique, même s'il est vrai que dans un secteur en perpétuelle évolution et réglementé principalement par les décisions individuelles des A.R.N., une sécurité juridique absolue est sans doute un leurre. Enfin, l'utilisation des autorisations générales réduira substantiellement la réglementation d'entrée sur le marché. Par contre, la réforme du système de la puissance sur le marché et le changement de paradigme réglementaire qu'il implique ne mènera peut-être pas au retrait annoncé de la réglementation sectorielle d'organisation du marché.

L'application future du droit des communications électroniques intéressera donc à la fois les juristes spécialisés en télécoms et les généralistes de droit communautaire. Les premiers seront attentifs à trois dangers : le décalage entre un discours dérégulateur et une pratique interventionniste, l'absence de sécurité juridique, et le manque d'harmonisation européenne. Ils de-

vront espérer que les A.R.N. éviteront autant que possible ces écueils en tenant un discours sincère, en menant une politique claire et intelligente d'un point de vue économique, et en coopérant activement avec leurs homologues européennes. Sur la base de cette expérience, il faudra alors envisager lors de la prochaines révision du cadre, prévue pour 2006, d'éventuelles améliorations. Les seconds suivront avec intérêt, d'une part, l'absorption (ou non) du droit sectoriel par le droit de la concurrence et, d'autre part, le rôle clé de la Commission européenne et la coordination entre les autorités nationales. Si ce modèle fonctionne, il pourra éventuellement être étendu à d'autres secteurs du droit européen pour atteindre un juste équilibre entre subsidiarité et harmonisation. S'il échoue, d'autres modèles resteront à être inventés!

4

Annexe

Principaux textes réglementaires

Directive « libéralisation »

Directive 2002/77/C.E. de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, L 249, p. 21.

Directive « cadre » et principales mesures liées

— Directive 2002/21/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), *J.O.C.E.*, L 108, p. 33.

— Décision 2002/627/C.E. de la Commission du 29 juillet 2002 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications, *J.O.C.E.*, L 200, p. 38, (ci-dessus décision « G.R.E. »).

— Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, 11 juill. 2002, C 165, p. 6 (ci-dessus lignes directrices « analyse du marché »).

— Liste des normes et/ou des spécifications de la Commission pour les réseaux de communications électroniques, les services de communications électroniques et les ressources et services associés, édition intérimaire, *J.O.C.E.*, 31 déc. 2002, C 331, p. 32 (ci-dessus liste « normes 2002 »).

— Recommandation 2003/311/C.E. de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/C.E. du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 144, p. 45 (ci-dessus recommandation « marchés pertinents »).

(80) Article 11, § 6, du règlement (C.E.) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, *J.O.C.E.*, L 1, p. 1. Voy. E. Paulis et C. Gauer, « La réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité », *J.T.D.E.*, 2003, p. 65.

— Recommandation 2003/561/C.E. de la Commission du 23 juillet 2003 concernant les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la directive 2002/21/C.E. du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 190, p. 13 (ci-dessus recommandation « procédure de consolidation du marché intérieur »).

Autres mesures d'harmonisation

— Directive 2002/20/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et services de communications électroniques (directive « autorisation »), *J.O.C.E.*, L 108, p. 21.

— Directive 2002/19/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), *J.O.C.E.*, L 108, p. 7.

— Directive 2002/22/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), *J.O.C.E.*, L 108, p. 51.

— Décision 2003/548/C.E. de la Commission du 24 juillet 2003 concernant l'ensemble minimal de lignes louées, ainsi que les caractéristiques harmonisées et les normes qui y sont associées, visé à l'article 18 de la directive « service universel », *J.O.U.E.*, L 186, p. 43 (ci-dessus décision « ensemble minimal »).

Autres mesures non traitées dans cette contribution

— Directive 2002/58/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques »), *J.O.C.E.*, L 201, p. 37.

— Décision n° 676/2002/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne (décision « spectre radioélectrique »), *J.O.C.E.*, L 108, p. 1.

— Décision 2002/622/C.E. de la Commission du 26 juillet 2002 instituant un groupe pour la politique en matière de spectre radioélectrique, *J.O.C.E.*, L 198, p. 49.

Pour des informations sur l'historique du processus législatif, voy.

http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/index_en.htm

Alexandre DE STREEL

Institut universitaire européen, Florence

Robert QUECK

*Facultés universitaires
Notre-Dame de la Paix, Namur*

